

PANORAMAS DE ACTUALIDAD LABORAL EN UN NUEVO FIN DE LEGISLATURA: REBUSCANDO POR LAS FUENTES

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Extracto:

LAS normas laborales, tanto sustantivas como procesales, no han dejado de experimentar reformas de cierto alcance por la llegada del cierre de la Legislatura y, una vez pasada, en cierta forma, la «resaca» de las Leyes sociales y laborales con pretensión «faraónica» –más en el papel oficial (BOE) que en la práctica social–. En ocasiones, tales cambios se han realizado mediante leyes específicas de carácter laboral y han respondido al «ajuste de cuentas» con nuestros compromisos comunitarios. Es el caso de la Ley 38/2007, que transpone dos Directivas Comunitarias, eso sí, en algún caso tras volver a sufrir el varapalo de la condena del TJCE. En otros supuestos, la reforma se ha introducido de una forma completamente «deslocalizada», en la medida en que apenas podía existir una pista racional que hiciera pensar en que esa ley contenía reformas de alcance social y laboral, en especial en el ámbito de la LPL, como es el caso de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Aunque en comparación con las cuatro grandes Leyes sociales de esta Legislatura las modificaciones que aportan ambas leyes pudieran parecer de «menor cuantía», un análisis en profundidad evidencia que no es así, y que en realidad pueden abrir, al menos algunas de ellas, una nueva etapa en la edificación de ciertas instituciones jurídico-laborales. Esto ocurre, sin duda, con el derecho de consulta de los trabajadores, pero también en relación con otras que ya parecían estabilizadas, como es la relativa a la legitimidad de las cláusulas de jubilación forzosa, por obra de la Ley 14/2005. Sin embargo, una sorprendente sentencia del TJCE puede devolvernos a la caótica situación de hace años, con lo que todo el trabajo realizado legal y constitucionalmente podría venirse abajo si prosperara cierta lectura expansiva de su doctrina.

Pues bien, a un análisis detenido, tanto de los cambios legales, en su relación con el marco de referencia que los provoca, tanto normativos como jurisprudenciales, cuanto a la localización de sus principales problemas aplicativos, se dedica este estudio. De nuevo, en él se encontrarán tanto las pautas para una comprensión crítica de las reformas, apurando al máximo sus posibilidades –«alimento para el espíritu del jurista»–, cuanto un catálogo o «batería» de soluciones, para que el operador pueda hacer frente a las cuestiones prácticas –«alimento para la vocación pragmática del jurista»–.

Palabras clave: derechos de información, consulta, insolvencia transnacional y administración judicial telemática.

Sumario

1. Proemio: del «sueño» de las «obras magnas» a la «dispersión» de «obras menores».
2. Un «mapa» para orientarse por el sistema: el cuadro de novedades laborales a comentar.
3. Hacia una empresa más «participada»: reformas en materia de derechos de información y consulta del Comité.
4. Reformas del ET por la Ley 38/2007 en materia de tutela frente a situaciones transnacionales de insolvencia.
5. Reformas «al paso» u ocasionales: la enésima modificación del TRLISOS.
6. El colmo de la deslocalización normativa: las novedades procesales en la Ley 41/2007, del «mercado hipotecario».
7. Una cadena de errores que no cesa: la STJCE de 19 de octubre de 2007 y las cláusulas convencionales de jubilación forzosa.
8. Reflexión final: de los «monólogos» a los «diálogos».

«... no soy yo el maestro que debéis elegir, porque de mí solo aprenderéis lo que tal vez os convenga ignorar toda la vida: a desconfiar de vosotros mismos.»

ANTONIO MACHADO, *Juan de Mairena*

«... de la necesidad de no poder decirlo todo surge la virtud de hablar [escribir] convincentemente. Si lo supiéramos todo, probablemente no habríamos hecho los dos mejores descubrimientos del discurso humano: la brevedad y la elegancia.»

D. INNERARITY, *La filosofía como una de las bellas artes*

I. PROEMIO: DEL «SUEÑO» DE LA «OBRAS MAGNAS» A LA «DISPERSIÓN» DE «OBRAS MENORES»

Dejando a un lado las reformas tangenciales introducidas en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) –y en la Ley General de la Seguridad Social– por la muy importante, aunque lamentablemente fallida, al menos hasta el momento, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, relativa a la protección integral a las mujeres víctimas de la mal llamada «violencia de género» –rebautizada en los medios de comunicación con el nombre de «violencia machista»–, así como la puntual, pero muy significativa, reforma que devolvió, remozada, la disposición adicional 10.^a al ET, llevada a cabo por la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, hubo que esperar dos años para encontrar la primera, y única como tal, reforma laboral del denominado «mercado de trabajo». Se trató de la conocida *Ley 43/2006*, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, precedida tanto de un Acuerdo Social del mismo nombre cuanto del habitual Real Decreto-Ley (RDL 5/2006, de 9 de julio). Esta reforma suponía más bien un programa ambicioso de revisión a corto plazo de todo el entramado de las políticas activas de empleo, al menos las que han correspondido a determinados colectivos –personas con discapacidad, jóvenes y personas en situación de exclusión social–, que ha quedado en gran medida frustrado, como prueba el que no se haya aprobado el desarrollo reglamentario de la *Ley 56/2003*, Ley de Empleo, aún pendiente pese a su extraordinaria necesidad y urgencia en lo que

refiere a la ordenación de los sujetos o agentes de empleo en el mercado de trabajo español¹, ni tampoco las Estrategias de modernización de aquellas políticas, salvo para el colectivo de personas en exclusión –Ley 44/2007, reguladora de las empresas de inserción, comentada en el número 298 de esta Revista–.

Pero no vino sola tal reforma, sino que pretendió completarse, para un sector muy concreto de actividad, el de la construcción, con una ley orientada tanto a la mejora de la estabilidad en el empleo y reducir los índices de accidentalidad. Me refiero, como es conocido, a la *Ley 32/2006, 18 de octubre, reguladora de la subcontratación*, que ya cuenta con el esperado desarrollo reglamentario (RD 1109/2007), a partir del cual han comenzado a hacerse efectivas la mayor parte de las obligaciones comprometidas.

A partir de este momento, y siempre en el marco de una nueva etapa del Diálogo Social, la «maquinaria» productora de «leyes sociales» quedó «engrasada» y asistimos a lo que yo me atrevería a llamar «sueño de grandeza jurídica», de modo que empezaron a «concentrarse» los Proyectos de «Obras Magnas», auténticas pretensiones de crear hitos jurídicos como «nunca antes» habrían visto los tiempos. Se pretendía, o al menos así lo parecería por el «humo político» levantado, abrir una nueva etapa en la historia del Estado Social (cada vez más autonómico) de Derecho. Todo comenzaba ya a finales de ese año 2006, cuando se nos prometió, en el marco de un proceso de *reforma del propio Estado Autonómico*, el célebre «Cuarto Pilar» del Estado de Bienestar –por cierto, nunca quedó bien aclarado cuál era el «Tercero», con la célebre *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. La mejor «prueba» de su grandeza es, a mi juicio, que apareció como ley durante los dos años que estuvo en fase de Proyecto y pese a requerir más de una década para su implantación, pero este dato es apenas nada comparado con la ambición del «proyecto» de dar vida a un nuevo derecho social de ciudadanía para todos y todas –más bien, se decía, para «ellas», las cuidadoras, que por fin iban a encontrar «su liberación»–. Como veremos, la obra sigue su curso².

Pero no era suficiente. Al mismo tiempo, había que intentar resolver, al menos afrontar de un modo renovado y decidido, una gran injusticia social arrastrada desde la noche de los tiempos, como es el desigual reparto de trabajos entre los dos sexos, de modo que por fin se «liberara» a la mujer no del trabajo remunerado, al que tendrían ya pleno derecho, normativo y social, sino del «trabajo reproductivo», el invisible, el que no cuenta para el mercado porque no está retribuido.

¹ El Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, se limita a desarrollar la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, solo en su dimensión orgánica, pues afecta únicamente a la materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo. Aunque esta vertiente no es irrelevante, más bien lo contrario, para mejorar la eficacia, eficiencia y efectividad del nuevo modelo de gestión de las políticas de empleo en España, es evidente que no es el aspecto más determinante para mejorar de verdad de las oportunidades de incorporación al mercado de trabajo, en aras del objetivo del pleno empleo, que pasa por delimitar con precisión quiénes son los sujetos que, además de los poderes públicos –cuyo papel apenas alcanza el 12% de la colocación–, pueden y deben intervenir a tal fin.

² El BOE ha visto recientemente cómo aparece en sus páginas el Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, por el que se actualiza el nivel mínimo de protección para las personas con gran dependencia y se establece para los dependientes severos nivel 2, así como el Real Decreto 7/2008, de 11 de enero, que aprueba las cuantías de las prestaciones para las personas mayores y con discapacidad que sean valoradas como dependientes severos nivel 2 y que actualiza las de la gran dependencia para el presente año. Para los desarrollos del año 2007 me permito remitir a mi trabajo en el número 297 de esta Revista.

Aunque con varios años de retraso –quizás alguien recuerde que el Proyecto de Ley relativo a la violencia de género llevaba un compromiso, luego desaparecido, de promulgación de la norma 6 meses después–, pero este dato también es irrelevante ante la magnitud del hito, con la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, le llegaba el turno a la «igualdad efectiva entre mujeres y hombres». A partir de esta ley se marcaría un antes y un después en la realización del principio de igualdad, incluyendo, entre otros muchos aspectos, el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en las «cargas familiares», con instrumentos tales como el permiso de «paternidad», cuyos 15 días de cobertura pública está llamado a hacer temblar el modelo tradicional de reparto de tales cargas.

Pero como en el cuento de «Aladino y su lámpara maravillosa», los deseos no se frenaban ahí. La cita con la historia socio-jurídica tenía reservados más espacios. Y le llegó el turno al Empleo Público. El tan buscado ansiosamente como frustrado objetivo de la modernización de las Administraciones Públicas también tendría su tiempo de resurrección. Tras casi 30 años de mandato constitucional incumplido, no ya los funcionarios públicos sino todo el conjunto de los empleados públicos tendrían el Estatuto Profesional que ellos como trabajadores y servidores de lo público y la ciudadanía merecían. Y entonces nació la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Por supuesto, no se quiso «engañar» a nadie, o quizás frustrarlo más de lo debido, pues en el mismo frontispicio de la ley se dejaba claro que solo era un paso «en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en los demás países de la Unión Europea y en la propia Administración comunitaria». Una vez más, la inmensidad del sueño topaba con la realidad y se aplazaba el cambio efectivo a otros tiempos sucesivos y a otros sujetos –Administraciones Públicas autonómicas, y locales, y a los sujetos negociadores de los acuerdos y pactos colectivos–. Pero el «hito jurídico», al menos formal, textual, ahí quedaba.

Tampoco con este propósito bastaba para culminar la Magna Obra jurídico-social. Nadie hasta el momento había prestado atención, salvo en materia de Seguridad Social, a los trabajadores autónomos, pero esta historia nueva también era la suya y les había llegado la hora –ya se habían movilizizado social y políticamente lo suficiente como para hacerse notar, claro está– de tener su propio «Estatuto Profesional», hecho a «imagen y semejanza» del ET «asalariados». A tal fin llegó la *Ley 20/2007, de 11 de julio*, que por esos caprichos o casualidades –o quizás no era tanta casualidad– que tiene la historia, entró en vigor el otrora día de la «Hispanidad».

Claro está, el ambicioso programa de transformación socio-jurídica de España no podía quedar cerrado en esta Legislatura sin una reforma de la Seguridad Social. Y vio la luz la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de reforma de la Seguridad Social*. Poco importa que del «Proyecto de Reforma» se pasara a una «Reforma sin Proyecto» y que sus medidas, además de ser de «menor cuantía» –pese a algunas mejoras de cierto alcance–, adolezcan de tanto desconcierto como el que querían resolver. Una vez más primaba la necesidad política de cumplir con compromisos pactados con los sujetos sociales que el imperativo de una reforma racionalizadora. Por supuesto, sucesivas leyes seguirían con esta pléyade de medidas de reforma.

Aunque pudiera parecer lo contrario, no tengo ninguna intención, al menos en este momento, de presentar un «Balance de Legislatura Social» –crítico claro, porque el «complaciente» ya ha sido presentado por quien debía–. Entre otras razones, porque todas y cada una de esas leyes han sido objeto de cumplido comentario en estas páginas, por lo que no es el momento de volver sobre ello. Mi pretensión es otra.

Apenas finalizada la promulgación –otra cosa bien distinta será cuando resulten realmente efectivas– de las referidas «Obras Mayores», prácticamente al cierre de esta Legislatura hemos conocido otras novedades jurídico-laborales que, sin embargo, han pasado más desapercibidas. Esta menor difusión puede deberse sin duda, además de a ser muy recientes, por cuanto son del mes de noviembre de 2007 y posteriores, a su carácter parcial, o a su «menor entidad», al menos en comparación con los citados «monumentos jurídicos» erigidos al inicio de 2007. Pero es evidente que, respecto de ciertas novedades de las que daremos cuenta, la perplejidad surge por la ubicación elegida para llevarlas a cabo, por cuanto se habrían «colado» o deslizado en leyes que o bien tenían un contenido laboral diferente, o bien por su material nada hacía presagiar que en ellas podíamos encontrar medidas relativas a la materia social y/o laboral. En el primer caso, podemos hablar de la episódica u ocasional *reforma del TRLISOS* llevada a cabo por la *Ley 38/2007, de 16 de noviembre*, en lo que hace a la actualización de las cuantías de las sanciones en orden a determinar la competencia estatal o autonómica, y en el segundo, y todavía más espeluznante en un plano de técnica jurídica, las *reformas procesales* llevadas a cabo por una ley «tan apropiada» como la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, de reforma del «mercado hipotecario».

La novedad de estas regulaciones por razones cronológicas y, sobre todo, lo estrambótico de la técnica legislativa elegida para introducir algunas de ellas, justifican dedicar algunas páginas a sacarlas a la luz y dar a conocer sus principales aspectos –novedades legales y problemas aplicativos más relevantes–. Por tanto, además de la severa crítica que debe merecer el que de esta manera solapada se reintroduzca aquel engendro que fueron las denostadas «Leyes Escoba», típicas de las Legislaturas anteriores, que abusaron de la «Ley de Acompañamiento» a la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), algunos de los temas concernidos, como el «seguro de dependencia» o la presentación de escritos mediante instrumentos telemáticos merecen algún apunte. Ciertamente, no es la primera vez que se silencia deliberadamente la dimensión laboral de una ley, pese a su intenso impacto sociolaboral –por ejemplo la *Ley 28/2005*, conocida como «Ley antitabaco» y cuyo balance aplicativo está pendiente–. Pero el efecto de des-localización normativa de la *Ley 41/2007* no deja de ser llamativo.

De otro lado, no deja de ser sorprendente la escasez de información disponible en orden a la aplicación práctica que, en el conjunto del sistema de fuentes, han tenido las reformas de 2006, en especial en el ámbito de la negociación colectiva y también de la doctrina judicial. Por eso, me ha parecido especialmente oportuno, situados en este momento de tensa calma que precede a un momento electoral, de resultado a lo que parece especialmente incierto –aunque en la «cocina» se sepa que no tanto–, traer a colación algunas decisiones judiciales y algunos convenios que ponen de relieve sea la utilidad, sean las contradicciones, de estas reformas, incluso entre ellas. El estudio será sumario o muy sucinto, pero entiendo que revelador de cómo está la situación.

Finalmente, he considerado oportuno dar noticia al menos, sin perjuicio también de algún apunte crítico, de ciertas decisiones judiciales aparecidas en este cierre o fin de la Legislatura y que

traen a la actualidad algunas leyes de reforma de este período. Algunas muy polémicas, aunque de ecos ya diluidos en el debate por el transcurso del tiempo, pero no por ello menos activas, como la referida Ley 14/2005, que se ha visto sorprendentemente reforzada por un fallo –en el sentido de decisión, pero también en el más estricto de error de lectura– del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En definitiva, no cabe duda de que se trata de un objeto de análisis muy heterogéneo, porque están afectadas materias muy diversas, si bien todas relativas a cambios en las principales leyes laborales, en especial en el ET y en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Pero todas ellas tienen como hilo conductor la puesta al día de las principales novedades en materia sociolaboral que, por contar con pocos meses de vigencia, hasta ahora carecen de un comentario específico. De ahí que se pretenda poner en valor –como ahora gusta decir, creo que con escasa propiedad semántica– reformas que quizás, en relación con las «Obras Magnas» –más en las declaraciones de sus voceros que en los textos normativos propiamente– aludidas, resulten «obra jurídica menor». Por ello, en todos los casos se trata de ofrecer algunas panorámicas sobre la más apremiante actualidad del proceso continuo de reformas y cambios jurídico-laborales, aunque haya que aflorarla rebuscando por sus fuentes.

Veámoslo, a ser posible con la claridad y brevedad exigibles, al menos si hemos de creer las palabras del filósofo seleccionadas para encabezar este nuevo comentario.

2. UN «MAPA» PARA ORIENTARSE POR EL SISTEMA: EL CUADRO DE NOVEDADES LABORALES A COMENTAR

Precisamente, dada la referida heterogeneidad del campo de análisis del estudio y pese a que, como se ha apuntado, existen algunos nexos de conexión, unos evidentes y otros a aflorar, entiendo oportuno realizar previamente a su comentario analítico un cuadro global de las novedades a explicar, a fin de orientarse con mayor facilidad en este paseo por el panorama de actualidad social y laboral del fin de Legislatura, que deja en todo caso fuera, por supuesto, las cuestiones relativas a la Seguridad Social incorporadas a la LPGE³. A tal fin, el esquema que proponemos es el siguiente:

2.1. Últimas reformas laborales legales parciales, pero transparentes o localizadas, de la LET y de su bloque regulador en el ámbito de las garantías de efectividad –LPL y TRILISOS–.

Se trata en este caso de analizar las novedades operadas por la citada Ley 38/2007, de 16 de noviembre, que modifica diferentes preceptos de la LET, así como del TRILISOS y cuya razón de ser principal es la adaptación del Derecho español a dos Directivas comunitarias, de muy diverso contenido. El cuadro resultante queda así:

³ Sobradamente comentada por PANIZO ROBLES, J.A. en el número 299 de la Revista, a cuyos fértiles análisis remitimos.

- a) Modificación de los artículos 4.1 letra g) y 64 LET, relativos a *los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores*, para adecuarlos a 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.
- b) Modificación del artículo 65 LET, a efectos de reformular el régimen jurídico del *deber de sigilo profesional*, con vista a precisar la facultad empresarial de declarar secretas determinadas informaciones, al tiempo que incluye los eventuales recursos administrativos o judiciales en esta materia, para lo que reforma al mismo tiempo el artículo 151.3 LPL (disp. final 2.ª Ley 38/2007).
- c) Modificaciones del artículo 33 LET, relativo al Fondo de Garantía Salarial –FOGASA–, para corregir los desajustes persistentes respecto de la Ley Concursal y, sobre todo, para adecuar su régimen a lo previsto en la Directiva 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.
- d) Modificación, que califico de «ocasional» o «al paso», y, a diferencia de las restantes incluidas en esta ley, episódica y parcialmente deslocalizada del artículo 48 TRLISOS –disp. final 1.ª Ley 38/2007–, si bien es evidente que estamos ante una ley laboral, por tanto, la novedad sí resulta «transparente».

2.2. Últimas reformas legales en materias sociales y laborales, de tipo episódico e intransparente o des-localizadas.

Atribuyo esta calificación a los aspectos sociales y laborales que recoge una ley cuyo ámbito y finalidad nada tienen que ver con tales materias, por tratarse de espacios de regulación normativa e institucional muy diferentes al mercado de trabajo y a las instituciones sociales y laborales que lo ordenan. En este caso, damos cuenta de las novedades de aquel tipo introducidas por la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, por la que se modifica la *Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del «Mercado Hipotecario»* y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. En este caso, el catálogo de novedades relevantes a nuestros efectos queda como sigue:

- a) *Modificación de las leyes procesales*, tanto civil ordinaria como la laboral, a los efectos, entre otros, de incluir la presentación de escritos a través de los más novedosos mecanismos telemáticos (disp. final 6.ª). Lo más destacable a nuestros efectos son las reformas de los artículos 135.5 y 162.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, y, de modo paralelo, de los artículos 44, 46 y 56 LPL.
- b) Novedades relativas a la «capacidad económica» del solicitante de prestaciones para la protección contra la dependencia –Ley 39/2006–. Por un lado, por lo que respecta al *aseguramiento de la disponibilidad de recursos* a fin de que pueda afrontar, en el futuro –técnica

de previsión privada o ahorro–, esta eventual situación, para lo que se incluye una regulación embrionaria del muy esperado, por el sector financiero, «*Seguro (privado) de Dependencia*» –disp. adic. 2.ª Ley 41/2007, y disp. final 2.ª, que modifica diversos preceptos (arts. 6.1 y 2, y 65) del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por RDLeg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP)–. Por otro, a fin de evitar fraudes, se fijan reglas de carácter especial para valorar las disposiciones patrimoniales realizadas por las personas solicitantes de prestaciones de dependencia durante los cuatro años inmediatamente anteriores, a fin de computarlas como capacidad económica del mismo –disp. adic. 5.ª Ley 41/2007–.

- c) Modificación de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, conocida popularmente como Ley del «cheque-bebé», que realmente no tiene más sentido que el de corregir lo que puede considerarse una errata de la versión originaria, pues se limita a precisar que se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 103 del IRPF, cuando la versión inicial refería sin más al artículo 103.

Dejando a un lado esta irrelevante modificación legal –aunque no puede dejar de llamar la atención que se utilice la técnica de la modificación legislativa cuando cabía perfectamente la propia de la corrección de erratas–, el avisado lector bien podría llegar a la conclusión de que solo la primera modificación, la de alcance procesal, ha de entenderse como intransparente y deslocalizada, pero la relativa al ámbito general de la ordenación de la tutela frente a situaciones de dependencia no lo sería. Primero porque el «Seguro de Dependencia» es una institución netamente mercantil, por tanto, una ley mercantil como la Ley 41/2007, aunque sobre un ámbito económico-financiero bien distinto, podría perfectamente regular esta institución. Segundo, porque las reglas especiales para valorar las disposiciones patrimoniales a efectos de determinación de la capacidad económica del solicitante de prestaciones es realmente una norma de tipo tributario, pues la referencia reguladora es básicamente la legislación relativa al Impuesto sobre el Patrimonio.

No le faltará razón a quien de esta guisa concluya. Ahora bien, no menos cierto es, a mi juicio, por un lado, que la cuestión del Seguro de Dependencia asumiría relieve jurídico-social ya sea si se articula a través de las Mutualidades de Previsión Social, como, y sobre todo, si se hace a través de Planes del Sistema de Empleo, en los términos del TRLRPF, a la que remite el apartado 3 de la disposición adicional 2.ª. Y, por otro, que la referida visión «tributarista» de la regulación de estos y otros aspectos de la institución de la protección frente a la dependencia –como ha sucedido igualmente respecto de la ordenación de la ayuda familiar ordenada por la Ley 35/2007–, no es algo inherente a la institución sino una opción estricta de política jurídica que, en mi opinión, puede y debe ser criticada en un plano de técnica jurídica y de coherencia conceptual.

2.3. Actualidad jurídica de ciertas leyes de reforma, como sucedería con la muy cuestionada, incluso judicialmente, Ley 14/2005, que legitima las cláusulas incluidas por los Convenios para la jubilación forzosa del trabajador –STJCE de 19 de octubre de 2007–.

Por lo que hace a la primera esfera, obligado es reconocer que estamos ante una cuestión extremadamente recurrente, en exceso, para aburrir o hastiar al operador más paciente por la proliferación

de estudios. Pero su continuada actualidad judicial, además de convencional, y la más que sorprendente facilidad con la que los Tribunales –sea cual sea su rango– incurrir en groseros errores, hace que sea muy difícil sustraerse a ella. Su importancia práctica está fuera de duda, por lo que si respecto de las novedades sociolaborales de índole legal bien podría predicarse esa calificación ya apuntada de «obra menor», es evidente que no cabe admitirla en modo alguno para un pronunciamiento como el de la *STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre de 2007, Asunto C-411/05*, pues supone legitimar una ley que afectará, a lo largo del tiempo, a millones de trabajadores que verán cómo, pese a ser la política oficial la de promoción de la continuidad de la vida laboral más allá de la edad de jubilación, han de acceder, de modo obligatorio –a muchos para bien, a otros no tanto–, a esta situación de «inactivo» –aunque es obvio que podrán, al menos teóricamente, si bien muy difícilmente tal y como está el mercado de trabajo, acceder a otro empleo–.

3. HACIA UNA EMPRESA MÁS «PARTICIPADA»: REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DEL COMITÉ

3.1. La finalidad de la reforma: el ajuste entre la normativa estatutaria y la norma comunitaria.

Como ya se ha anticipado, la Ley 38/2007 modifica la LET por el imperativo de adaptación de nuestro Derecho interno al Derecho Social Comunitario. El objetivo es pues el incorporar dos Directivas comunitarias –disp. final 4.^a Ley 38/2007–:

- a) 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.
- b) Directiva 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la *protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia empresarial*.

El punto de partida en ambos casos es el de que nuestro Derecho ya estaba en lo sustancial adaptado al Ordenamiento Comunitario. Por eso se le otorga a las reformas legales un alcance menor. No obstante, algunas novedades tienen un mayor impacto.

En este apartado nos ocupamos de la relación entre la norma española y la norma comunitaria relativa al marco general sobre información. La primera cuestión que hay que plantearse para comprender el alcance de la reforma es determinar cuál era el grado de ajuste o adecuación entre una y otra regulación. A estos efectos, se acepta ampliamente que la aprobación de la Directiva no debía tener un impacto relevante en nuestra regulación, entre otras cosas porque se trata de una *Directiva*

de mínimos y de carácter subsidiario respecto de lo pactado por los interlocutores sociales, que apenas concreta nada en relación a las materias objeto de información y consulta y que en relación con los caracteres que han de reunir los derechos de información y consulta se muestra extraordinariamente genérica e incluso ambigua. Precisamente, si se aprobó en el seno de la Unión Europea es porque, en aras del consenso, fue vaciada de sus aspectos más innovadores en lo que respecta tanto a la regulación de estos derechos como, y sobre todo, a sus garantías de efectividad, entre las que destacaba la sanción general de ineficacia de las decisiones empresariales prevista para incumplimientos graves ⁴.

En cambio, y a diferencia de lo que sucede en otros Estados miembros, el Derecho español viene contemplando desde hace tiempo una amplia gama de situaciones en las que resulta obligatorio establecer procedimientos de información, o de información y consulta, eso sí, con muy diverso alcance. En este sentido, el marco general a tal fin estaría recogido en los procedimientos de información y consulta del artículo 64 LET, relativos al Comité pero que a su vez son extendidos a los delegados de personal (art. 62.2 LET), por tanto también a pequeñas empresas y centros de trabajo, y a los delegados sindicales –art. 10.3 LOLS–. A lo largo y ancho del texto estatutario encontraremos, además, numerosos supuestos en los que ese derecho informativo se ordena en torno a la necesidad de un concreto período de consultas orientado a llegar a acuerdos concretos y para los que se prevé la ineficacia de las decisiones si se toman unilateralmente. Por lo que la conclusión más generalizada, aunque no exenta de matices, es que la incidencia de la norma comunitaria genérica era limitada, pues su ámbito sería el de los países en los que no existían sistemas generales, continuos y obligatorios de representación de los trabajadores, para los que la Directiva incluso prevé períodos más amplios de transposición –art. 10 Directiva– ⁵.

Ahora bien, al margen de cuál sea la posición sobre el alcance concreto de la norma comunitaria en cada uno de los aspectos que conforman el régimen jurídico de los derechos de información, que en general es bastante limitado ⁶, lo cierto es que hay una clave fundamental en la que el contraste es radical. Me refiero, como subraya la exposición de motivos de la Ley 39/2001, al marcado contraste entre la *fijación del momento útil* para el ejercicio de los derechos de información y consulta prevista en la Directiva y el asumido por el Derecho español. La razón es que mientras que nuestro ET no ha considerado especialmente coercitivo exigir su ejercicio *de modo previo a la toma de decisión empresarial* , la norma comunitaria parte del imperativo de *ejercicio con la suficiente antelación* para que resulte útil en orden al carácter informado o participado de la decisión, al tiempo que expresa su favor por el ejercicio preventivo de los derechos de información y consulta sobre su ejercicio como reacción a situaciones críticas de la empresa.

⁴ Recuérdese que esta Directiva no nace de un abstracto ánimo regulador de las instituciones comunitarias sino de una concreta necesidad: la inaplicación de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos en el caso Renault-Vilvoorde (1997), que supuso el cierre del centro belga de la empresa Renault sin hacer efectivo el derecho de información y consulta previo. Vid. MERCADER UGUINA, J. «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo». *RMTAS*, n.º 57, 2005, pág. 289.

⁵ GARRIDO PÉREZ, E. «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea». *RDS*, n.º 17, 2002, pág. 125.

⁶ No obstante, debe recordarse que el TJCE condenó a España por incumplimiento de su obligación de trasponer la Directiva en tiempo. Vid. STJCE de 5 de julio de 2007, en caso Comisión/España.

De modo expreso, la Directiva parte de la crítica a los marcos jurídicos existentes a nivel comunitario y nacional en esta materia, por estar a menudo, como sucede en el caso español, «excesivamente orientados hacia el tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio», al tiempo que «descuidan los factores económicos de las decisiones y no favorece una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa ni la prevención de los riesgos» –de pérdida de empleo– (Considerando 13). De este modo, se comprueba también claramente que la regulación comunitaria no trata de responder a un desarrollo del «principio democrático» en el gobierno de las empresas, que viene siendo el principal fundamento dado a estos dispositivos por la doctrina laboralista, sino que las razones económicas son también evidentes, e incluso dominantes, en el convencimiento de que:

«La información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo.» (Considerando 9 de la Directiva)

En suma, la clave de comprensión de la regulación de estos derechos *no es el avance en una gestión democrática de la empresa sino la búsqueda de la gestión más eficiente de la misma*, de ahí que, una vez más, el referente principal para esta regulación sea la definición y puesta en práctica de la Estrategia Europea por el Empleo –Considerando 10–. Esta EEE, hoy revisada para reforzar sus aspectos económicos, estaría basada, por lo que aquí interesa, en los conceptos de:

- a) «Anticipación», lo que significa que han de primarse la información y la consulta –el intercambio comunicativo de informaciones y opiniones útiles entre empresario y representantes de los trabajadores– antes de la adopción de las decisiones, teniendo en cuenta o conociendo tales pareceres de la parte social, y no después de tomadas las decisiones.
- b) «Prevención», lo que supone que han de fomentarse relaciones de confianza mutua en la empresa que favorezcan la evaluación previa de los procesos y su impacto probable o posible a corto, medio y largo plazo sobre el empleo y las relaciones laborales, en vez de aguardar a tomar medidas de reacción o respuesta a momentos más o menos críticos, que siempre resultan más «traumáticos» y menos eficientes.
- c) «Empleabilidad», lo que supone configurar el derecho a la información y consulta también como fuente de obligaciones para los interlocutores sociales (Considerando 27), de modo que estos deben asumir que no se les reconoce solo como garantía social sino como instrumento que busca «aumentar la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo», así como «fortalecer la competitividad» de la empresa.

Esta dimensión transaccional de la Directiva, que aúna razones sociales –que estuvieron en su origen–, pero sobre todo razones económicas –que explican el porqué fue aprobada, pese a las notables resistencias de ciertos Estados miembros– queda clara cuando se enfatiza por doquier que el

«marco comunitario de la información y consulta debe *limitar al mínimo posible las cargas* impuestas a las empresas y centros de trabajo, al tiempo que debe garantizar el ejercicio efectivo de los derechos concedidos» (Considerando 22). Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de «proteger a las empresas... contra la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles» (Considerando 24), hasta el punto incluso de autorizarles el que no estén obligadas ni a informar ni a consultar «cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa...» (Considerando 26 y art. 6.2 Directiva). Todo ello tendrá reflejo en las reformas de los artículos 64 y 65 LET, si bien en ocasiones no ha quedado, en la fórmula legal, convenientemente clarificado o precisado, lo que hace de las normas comunitarias una especial guía interpretativa para orientarse a la hora de precisar el sentido y alcance de las reformas que, como se ha indicado, tienen más relieve en orden al momento de la información y su enfoque que por las materias.

3.2. Una cuestión previa: el ámbito aplicativo de los deberes de información y consulta.

Lo primero que hay que determinar para conocer el alcance de una norma es cuál resulta su campo de aplicación. En este sentido, el artículo 3.12 de la Directiva establece que los Estados miembros *podrán limitar la aplicación de las garantías previstas en la norma a las **empresas de menos de 50 trabajadores** o bien, a su elección, a los **centros de trabajo de menos de 20 empleados***. Por tanto, la norma da a los Estados una clara potestad de elegir el criterio o base organizativa de cómputo de la dimensión ocupacional, lo que no deja de evidenciar esa flexibilización extrema que tuvo que sufrir la norma para poder ser aprobada. Un rasgo que aparece aún más nítido en el referido artículo 10, que establece, si bien temporalmente, umbrales más elevados para los países que a la fecha de la promulgación no tuvieran sistemas generales y permanentes de representación.

En todo caso, no menos cierto es que por tratarse de una norma que aspira a una mínima armonización deberá tenerse en cuenta que tal facultad no puede ser ilimitada. La reciente *STJCE de 18 de enero de 2007, asunto C-385/05*, con origen en una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés a instancia nada menos que de 5 Confederaciones sindicales, lo ha entendido así, y si bien reconoce un gran margen de delimitación a los Estados miembros, exige que en todo caso sea respetado el principio de garantía del efecto útil de la Directiva. En este sentido, y frente a la posición del Gobierno francés que justificaba una normativa legal permisiva con ciertas exenciones de empresarios y exclusiones de determinadas categorías de trabajadores en la reducción de las dificultades que tendría la aplicación de la norma en empresas con contrataciones flotantes, el TJCE consideró que:

«... la interpretación de la Directiva 2002/14 preconizada..., según el cual el artículo 3, apartado 1, de la referida Directiva no prohíbe a los Estados miembros establecer... el modo de calcular el número de trabajadores empleados, que puede llegar incluso a la exclusión temporal de determinadas categorías de trabajadores, puesto que tal exclusión está justificada por un objetivo de interés general, el cual está constituido por la promoción del empleo de los jóvenes y respeta el principio de proporcionalidad... es incompatible con el artículo 11, apartado 1, de la referida Directiva...».

Conforme a este precepto los Estados miembros tendrán que adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que impone la Directiva 2002/14. Por tanto no es posible eludir, siquiera temporalmente, esta obligación de resultado clara y precisa que impone el Derecho comunitario (véase, por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04).

Ahora bien, fuera de estas limitaciones, es claro que el Estado miembro tiene la posibilidad de acogerse o no a las exclusiones permitidas por la norma y que parecen responder, en principio, a la finalidad de evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y el desarrollo de las pequeñas empresas, en la línea de lo previsto en el artículo 137.2 b) TCE. No obstante, la escasa dimensión reguladora de la Directiva, cuya razón de ser bien podría resumirse en el reforzamiento del deber de dialogar de buena fe entre los sujetos sociales, sin llegar a imponer ni procedimientos específicos ni garantías concretas que representen costes concretos, como sí sucede en otras Directivas relativas a los derechos de esta guisa ⁷, puede llevar a pensar que la auténtica razón que explica esta diferencia de trato atendiendo a la dimensión ocupacional de las organizaciones productivas está en otro motivo. En concreto, en el presupuesto implícito que preside toda la regulación, aún sin decirlo: sin un órgano estable de representación de los trabajadores no es posible el ejercicio del modelo de derechos de información-consulta buscado o impulsado por la norma comunitaria. En consecuencia, la Directiva se habría visto obligada a establecer unos umbrales mínimos, lo que es habitual en este conjunto de Directivas —ejemplo: art. 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE, relativa a los despidos colectivos o el art. 7.5 de la Directiva 2001/23, sobre sucesión de empresas...—, que a grandes rasgos vienen a coincidir con los impuestos por los Estados miembros para la obligación de constituir órganos de este tipo en las empresas.

Pues bien, la transposición de la Directiva al Derecho español se hace sin ninguna previsión específica al respecto, si bien la reforma opera únicamente sobre el artículo 64 LET que ordena los derechos del Comité de Empresa —constituidos en centros de más de 50 trabajadores—. Ahora bien, esta regulación es también aplicable a los delegados de personal —elegidos «obligatoriamente» en centros de trabajo de «al menos 10 trabajadores», o potestativamente en aquellos con más de 6— en la medida en que la remisión que hace el artículo 62.2 LET se mantiene inmodificada.

Por tanto, la reforma se extiende también a estos órganos de representación típicos de pequeñas empresas. Una ampliación del ámbito subjetivo respecto de la norma comunitaria que es lógica, por lo demás, por derivarse de la prohibición de regresividad —o imperativo de no regresión laboral— del artículo 9.4 de la Directiva. En este sentido, estaríamos ante una norma de mejora del ordenamiento comunitario, por lo tanto, plenamente coherente con este marco regulador preferente.

Asimismo, y dado el sistema de representación dual que está vigente en nuestro país, conviene precisar que los titulares del derecho son los representantes unitarios, dado su carácter más general, sin perjuicio de la conocida sindicalización de los mismos establecida en la práctica española y

⁷ Directiva 94/45/CE, para las empresas y grupos de dimensión comunitaria, o la Directiva 2003/72/CE, para las Sociedades Cooperativas Europeas; o en relación a materias concretas, como los despidos colectivos (texto refundido en la Directiva 98/59), o respecto de las consecuencias laborales de la sucesión de empresas (texto refundido de la Directiva 2001/23).

promovida por la norma legal. En todo caso, conviene también tener en cuenta la remisión que el artículo 10.3 LOLS hace a la regulación estatutaria en orden a determinar las competencias informativas y de audiencia de los delegados sindicales.

3.3. El ámbito objetivo de aplicación: la cláusula de no afectación a ciertos procedimientos específicos de información y de consulta.

La participación de los trabajadores en la empresa a través de procedimientos de información, y de información y consulta encuentra diversas manifestaciones en la LET y en el Derecho Social Comunitario, cuyas normas imponen diferentes obligaciones a los empresarios para permitir que intervengan, a través de sus representantes, en la toma de decisiones empresariales que puedan afectar al empleo y al desarrollo de las relaciones de trabajo en las empresas. Ciertamente que el régimen más extenso, pero no más intenso en su protección, está en el artículo 64 LET, pero en modo alguno agota el marco regulador de los derechos de información y consulta, como tampoco pretende agotarlo el marco general establecido en la Directiva comunitaria⁸.

Por eso, el artículo 9 de la Directiva trata de establecer las relaciones entre ella y las restantes disposiciones comunitarias –y nacionales– y que, en términos generales, pueden sintetizarse en la regla de la no afectación, en coherencia con la voluntad de esta Directiva de no representar una alteración significativa de los marcos reguladores específicos ya existentes. Así se prevé expresamente que:

- No afectará a los procedimientos específicos de información y de consulta en materia de despidos colectivos y de transmisión de empresa, que cuentan con su propio régimen regulador.
- Tampoco afectará a los procedimientos a tal fin previstos para las empresas de dimensión comunitaria, que también tienen un marco específico, comunitario y nacional –Ley 10/1997–.
- No supondrá menoscabo alguno de otros derechos de información, consulta y participación existentes en las legislaciones nacionales.
- No compondrá motivo alguno para justificar regresiones en la regulación actual.

En coherencia con esta ordenación, el nuevo apartado 8 del artículo 64 LET establece una cláusula de salvaguardia de lo dispuesto en las normas especiales –incluye normas reglamentarias, lo que no deja de sorprender–. Así:

⁸ Un análisis en profundidad, ya clásico, en MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. Madrid. 1992. Para la evolución más reciente, en especial en el Derecho Social Comunitario, AA.VV. *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. Salamanca. 2006.

«Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales o reglamentarias».

3.4. Los derechos de información-consulta del Comité: hacia un cambio de modelo de ejercicio más que de contenidos.

3.4.1. Planteamiento previo: esquema general del catálogo de reformas.

A la luz del análisis sucinto realizado en torno al contenido de la Directiva, puede entenderse fácilmente que las novedades legales se ordenan claramente en dos grupos. Las que afectan al alcance y modo de ejercicio de los derechos de información y consulta –arts. 4.1 g) y 64 LET–, por un lado. Las que lo hacen al deber de sigilo profesional –art. 65 LET–, por otro. En este apartado nos vamos a limitar a comentar el primer grupo, relativo a los derechos de información-consulta del Comité de Empresa, dejando para el siguiente el segundo –sigilo profesional–.

Por lo que concierne al artículo 4.1 g) LET, la Ley 38/2006 determina que se produzca la inclusión expresa de los derechos de información y consulta en el listado de «derechos básicos» del trabajador. De este modo, la anterior referencia al concepto jurídico indeterminado de «participación en la empresa» se concreta ahora con esta otra redacción

«g) Información, consulta y participación en la empresa».

Como se comprobará, la LET solo define los dos primeros conceptos. Pero el tercero seguirá en la misma indeterminación o vaguedad que hasta ahora, sin que pueda entenderse referido únicamente en el sentido previsto en ciertas normas comunitarias.

Por lo que respecta al artículo 64 LET:

- a) Es re-rotulado o renombrado, pues de titularse «Competencias» pasa a denominarse «*Derechos de información y consulta y competencias*» (del Comité de Empresa), con lo que se corrige un error conceptual, como se verá.
- b) Es reordenado o reformulado en su redacción, intentando proporcionar mayor claridad al listado, sin duda abigarrado e impreciso en la versión anterior.

La ley trata de incluir un distinto modo de sistematización u ordenación, por lo que varía notablemente la estructura del texto y la redacción de parte de sus contenidos. El objetivo es clarificar una redacción que ciertamente era especialmente abigarrada y farragosa antes. En este sentido, se reformula la legislación en cuanto a algunas materias objeto de información o de consulta. Así sucedería en materias tales como la consulta sobre la evolución

futura del empleo en la empresa o centro de trabajo y las medidas preventivas al respecto, que son aspectos nucleares de la norma comunitaria. Al mismo tiempo se intenta precisar el contenido y, sobre todo, *los modos de ejercicio* de estos derechos para reducir la intensa litigiosidad jurisdiccional existente. No obstante, como también se dirá, al querer mantener la estricta redacción anterior en ciertos aspectos –derecho a emitir informe– con las nuevas exigencias comunitarias –promoción del derecho de consulta orientado al intercambio real de opiniones–, la formulación resultante no ha quedado lo clara que debería, con lo que dudo mucho de que vaya a servir para reducir el conflicto, tanto social como judicial.

c) Es parcialmente innovado, por cuanto contiene ciertas novedades reguladoras, por tanto merecedoras de un mayor comentario. Como son:

- El reconocimiento de «un derecho» a la información y consulta.
- La definición de los conceptos de «información» y «consulta».
- La intensificación de los deberes de consulta, sobre todo si se trata de materias que pueden tener efectos relevantes, en el futuro próximo, en el empleo y en las relaciones laborales.
- La promoción del ejercicio de tales derechos antes de que se adopten las decisiones, al menos en ciertos casos.
- La remisión a la negociación colectiva para fijar las modalidades prácticas de la información y la consulta, no tanto en un sentido de excepción, como de desarrollo de la disposición legal y con respeto a la misma.

Esta regla de remisión convencional se correspondería con el favor de la norma comunitaria por el conocido principio de subsidiariedad horizontal, que prima la fuerza reguladora de la norma convencional sobre la norma legal. No obstante, como luego se comentará, esta remisión realmente carece de novedad reguladora, por cuanto no se trata de una habilitación legal a la negociación, si bien es cierto que pone en cuestión el tradicional carácter imperativo de esta regulación en nuestro país.

Todos estos aspectos son objeto de regulación en las modificaciones del artículo 64 LET, que se recogen en los apartados uno, cinco y seis del artículo único de esta ley. Pasamos a exponer los puntos clave de esta nueva regulación.

3.4.2. Las reglas de alcance general: el reconocimiento de un derecho a la información y consulta y definiciones conceptuales.

Por lo que concierne a los supuestos o ámbitos materiales sobre los que existe el deber de informar, o de informar y consultar, el modelo regulador de la Directiva se muestra especialmente flexible y abierto, de ahí que huya de cualquier lista tasada y concreta. En este sentido, el artículo 4.2

de la Directiva ordena estos derechos en tres ámbitos, que abarca tanto la dimensión económica de la empresa –letra a)– cuanto su dimensión de empleo –letra b)–, así como cuantas decisiones puedan provocar algún cambio sustancial en la organización y en los contratos de trabajo, incluidas las relativas a la extinción de estos y a la transmisión de empresa. Como puede verse, no preocupa a la Directiva tanto fijar procedimientos específicos de información y consulta sobre materias concretas, cuanto promover –más que garantizar– un nuevo modelo de gestión comunicativa, fluida y dialogada de las decisiones empresariales con impacto, actual o futuro, cierto o probable, en el empleo y en las relaciones de trabajo.

Pues bien, la nueva redacción del artículo 64.1 LET –que sí es novedosa en su texto– parece querer confirmar el reconocimiento legal de un derecho instrumental a la información de alcance general y pro-activo al Comité –y a los delegados de personal–. De este modo, se corregiría un error conceptual que ha venido viciando el texto legal desde su mismo origen, al calificar de «competencia» lo que es un auténtico «derecho».

Asimismo, entiendo que quedaría desautorizada, o superada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido acotando restrictivamente el alcance del derecho –STS de 2 de noviembre de 1999, núm. 1387/1999–. Ambas lecturas se desprenden del siguiente tenor literal: el Comité de Empresa.

«Tendrá **derecho** a ser informado y consultado por el empresario **sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma...**».

La diferencia es muy notable si se compara esta redacción con la anterior, que asume la técnica del listado o del desglose:

«El comité de empresa tendrá las **siguientes competencias:** ...»

En consecuencia, respecto de la primera labor de enmienda, la del equívoco legal, no hay ninguna duda, al situar en el frontispicio del precepto el concepto de «derecho», no apareciendo después en ningún otro momento el término «competencia», al menos en un plano formal. En definitiva, el legislador vendría a reconocer que la información es hoy un instrumento inherente a la función representativa y, por tanto, constituye un poder jurídico que debe corresponderse con un deber jurídico de informar por la contraparte de la *relación socio-colectiva de empresa* –no ya solo de la relación laboral individual– entre ambos⁹. En definitiva, los derechos de información y consulta del Comité no deben verse solamente en su esfera negativa, como «límite a la libertad de gestión» que tiene el empresario, sino también positiva o activa, como poder jurídico de participación del Comité en las

⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. Madrid. 1992, que parte de su conceptualización, hoy dominante, como «instrumentos de democracia industrial... Su fundamento último reside en la puesta en cuestión del principio de que la gestión de la empresa se atribuye exclusivamente al empresario». Pág. 82. En sentido análogo, GARRIDO PÉREZ, E. *La información en la empresa*. CES. Madrid. 1999.

decisiones de la empresa, aunque sea en estas formas más debilitadas, al no atribuirles, como es obvio, un poder de co-decisión, ni siquiera de veto, al menos con carácter general.

Sin embargo, la segunda tarea de enmienda, ahora de la interpretación dominante en sede jurisprudencial, parece haber corrido peor suerte, por cuanto la versión actual introduce un inciso final restrictivo del alcance del derecho que inicialmente reconoce. En efecto, al delimitar las materias sobre las que ha de ejercerse ese derecho social, el ET opta por cláusulas generales –«cuestiones que puedan afectar...», «situación de la empresa», «evolución del empleo» en la empresa–, por tanto abiertas al conocimiento más amplio y útil posible por parte del Comité de cuantas decisiones puedan afectar.

Sin embargo, luego cierra restrictivamente ese ámbito objetivo del poder de recibir –y reclamar– información al remitir a «los términos previstos en este artículo». Por lo tanto, podría pensarse que la nueva redacción legal sigue anclada en el reconocimiento de un derecho a la información de datos concretos y, en consecuencia, acotado a la lista tasada de materias dispuesta en los siguientes apartados.

Como se anticipó, esta es la posición del TS, en contraste radical con la posición que ha seguido mayoritariamente la doctrina científica. El fundamento de la negativa de la jurisprudencia a reconocer un derecho de alcance general y definidor de una posición eminentemente activa del Comité se sitúa en su significado de limitación de otro derecho, el del empresario a un ejercicio libre de su poder de dirección. Por tanto, la mayor protección constitucional de este derecho-libertad debería hacerse valer a la hora de interpretar el sentido y alcance del derecho a la información, que ha de verse como un límite al mismo y no tanto como un derecho social fundamental él mismo.

Una vez más, la ausencia de una directa y más intensa conexión de estos instrumentos con un derecho fundamental, como la libertad sindical –recuérdese que tanto el Tribunal Constitucional (TC) como el TS vinculan los derechos de la representación unitaria al principio de participación del art. 129.2 en relación al art. 9.2 CE, por tanto, con una protección constitucional menor que la libertad sindical–, habría perjudicado, en la práctica, el ámbito del derecho social a favor del derecho económico: la libertad de empresa *ex* artículo 38 CE¹⁰. No podemos entrar aquí en un análisis de esta importante cuestión. Pero alguna consideración sí hay que hacer, para poner de relieve que la transposición de la Directiva debe abrir una nueva manera de concebir el juego de ambos derechos –libertad de empresa y derecho social a la información–.

A mi juicio, para el objetivo de este comentario bastará con poner de relieve que la defensa de una interpretación restrictiva, frente a la extensiva propuesta doctrinalmente, contrasta hoy de modo radical tanto con el entendimiento técnico-jurídico de la información como con su funcionalidad en

¹⁰ Un comentario breve pero ilustrador de esta posición restrictiva en SAMPER JUAN, J. «Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores». AAVV. *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: Viejas y nuevas formas institucionales*. Libro que recoge las Ponencias presentadas al XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 2006, págs. 258-259.

las modernas economías. Hoy en día, la información a los representantes es un instrumento clave no ya solo para proteger la posición de los trabajadores sino también para una gestión más eficiente de la empresa, así como para un mayor progreso social.

Estas ideas están en la base de la aprobación de la Directiva comunitaria, que parte de la existencia de un auténtico *derecho social fundamental a tal información-consulta de rango comunitario*. Por lo tanto, una lectura de la nueva redacción legal a la luz del enfoque comunitario debería llevar a un serio replanteamiento de la posición del TS, en línea con la posición más expansiva del TJCE, sin que por otro lado quepa en modo alguno confundir el carácter condicionado o limitado de este derecho general y activo a la información, como el de cualquier otro, con el del carácter tasado de su ámbito de ejercicio.

A mi juicio, en esta dirección expansiva –insisto útil para los representantes de los trabajadores, pero también para la eficiencia de la empresa, e incluso para el principio de transparencia exigido para la garantía de una mínima responsabilidad social de la empresa– ha de situarse también la opción legal de introducir la definición de lo que ha de entenderse por «información» y por «consulta». Se trata de una estricta exigencia de la norma comunitaria que transpone.

Por lo que concierne a la actividad de *información*, por tal se entiende aquella relativa a «la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen». Esta definición ha de ponerse en relación con el modo en que la Directiva concibe el ejercicio de esta actividad de prestación informativa –entrega de datos–, y que se recoge en el artículo 4.3, transpuesto casi literalmente en el nuevo apartado 6, párrafo primero, del artículo 64 LET y que, en síntesis, supone consagrar una posición activa por parte del representante incluso cuando asume la posición de receptor de información.

Por *consulta*, en cambio, se considera «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo». De este modo, queda clara la diferencia entre el derecho de consulta y el derecho a la emisión de informe previo, de modo que puede haber consulta sin que exista un Informe o Dictamen al respecto, y puede existir derecho a emitir Dictamen o Informe sin que haya realmente un período de consultas en sentido estricto. Así se reflejará en el artículo 64.5 LET. Lo que siempre ha de concurrir es la existencia de una información adecuada por parte del empresario para que puedan ejercerse tales derechos –la consulta y/o el Informe o Dictamen–.

El legislador considera necesario precisar, aunque se trata de un imperativo en todo caso implícito en este tipo de relaciones –como en todas las que implican un intercambio de utilidades–, que la aplicación de los procedimientos de información y consulta, empresario y comité de empresa «actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores» –párrafo 3.º art. 64.1 LET–.

El término «espíritu de cooperación» es poco usual en nuestro ordenamiento, que sí incluye «deberes de colaboración» para las partes de una relación contractual, rebelándose especialmente

«ambiguo» para algunos, porque puede ser interpretado de distintas maneras, perjudicando la seguridad buscada por la norma. No obstante, sí es posible encontrar un referente jurídico preciso para tal locución. Me refiero, cómo no, al imperativo de la buena fe, que ha de regir todas las relaciones de intercambio, máxime las que presuponen un actuar complejo y evolutivo en el tiempo, como es el relativo a los derechos de información-consulta.

Por eso hubiese sido mejor el uso del término más conocido entre nosotros y no limitarse a la transcripción literal del texto de la norma comunitaria –art. 1.2–, con lo que se hubiese mantenido la coherencia con la fórmula utilizada usualmente en la LET –art. 5 a) en relación con los deberes laborales de los trabajadores, en el art. 20.2, relativo a los deberes del empresario y del trabajador en el cumplimiento de sus prestaciones recíprocas; art. 89.1 que versa sobre la obligación de negociar bajo el principio de buena fe–¹¹.

3.4.3. La garantía del ejercicio útil de la obligación empresarial: el modo o condiciones de facilitación de la información al Comité.

Conectando directamente con este último comentario, la exigencia de que tales derechos se ejerzan conforme a la buena fe –lo que por lo demás es necesario al margen de lo que prevea al respecto el legislador y la negociación colectiva–, y aunque aparezca formalmente con posterioridad a la regulación de las concretas modalidades prácticas de ejercicio de la información y la consulta –apartados 2 a 4, y 7–, pues se ubica en los apartados 6, 8 y 9, es necesario previamente al estudio de aquellas hacer el comentario de la regulación del *modo de ejercicio* del deber empresarial de facilitar la información y promover la consulta.

Como se evidenció, desde la propia exposición de motivos de la Ley 38/2007 se pone de relieve que la principal razón de la reforma no está tanto en la mejora del contenido del derecho a la información, y a la consulta, como más bien en el modo en que ha de darse, a fin de promover la mayor utilidad posible de esa obligación para que la toma de decisiones responda de un modo efectivo al principio de participación, siquiera en esa forma débil que es tanto la recepción de información como la emisión de opiniones. De ahí que se promueva que se dé de la manera más diligente posible, para que surta efecto útil.

Este objetivo es el que explica el nuevo apartado 6 del artículo 64 LET, según una previsión que carecía de redacción comparable en el texto legal derogado pero que refleja lo previsto en los artículos 4.3 y 4.4 de la Directiva. Así, la información:

«... se deberá facilitar por el empresario al Comité de Empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, **en un momento, de una manera y con un contenido apropiados**, que permitan a los representantes... proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.»

¹¹ Este es el sentido de la Enmienda número 1 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) al **artículo único. Cinco:** nueva redacción del artículo 64, apartado 1, tercer párrafo.

Este texto no plantea especiales problemas de interpretación. Se trata de asegurar en todo caso el efecto útil de la información, ya ocupen los representantes una posición receptora –información pasiva– ya actora –consulta e informe–. Por lo tanto, expresa una posición firme del representante en orden a obtener, incluida la facultad de reclamar en su caso, la información precisa para formar convenientemente su opinión. El único elemento que introduce complejidad es la cláusula de salvaguarda de la regulación específica que pueda existir en cada caso. Como veremos después, no siempre es fácil ajustar esta regla general, que sirve de interpretación para todos los casos, y las regulaciones concretas. Pero sí deja clara una cuestión: ha de primar siempre en la comprensión de cada uno de los derechos esta exigencia de utilidad de la información, y también su instrumentación para una posición activa y participada por parte de las representaciones de los trabajadores. Esta previsión no es baladí, porque supone el arrostrar algunas de las construcciones más asentadas en la jurisprudencia sobre la comprensión del derecho a la información –la inexistencia de una facultad de exigir la información precisa; el carácter limitado o restringido del derecho...–.

Una previsión análoga se hace para la actividad empresarial de consulta, si bien para ella se incluye una referencia a otros elementos, como los relativos al nivel de dirección en el que ha de llevarse a cabo, así como a la finalidad negociadora que debe tener esta actuación en ciertos casos. Así, prevé que la consulta:

- «Deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados...»
- **«En el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa...»**
- «Y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones...»
- «Con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones.»

En todo caso, y como cláusula de cierre, se exige que la consulta permita «que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones».

El texto se muestra ambiguo y no fácil de interpretar, en sí mismo y sobre todo en relación al apartado 5, que recoge las materias para las que a la información ha de seguir la consulta, así como aquellas en las que parece bastar el Informe o Dictamen de los representantes, sin consulta en sentido estricto. Y es complejo primero porque permite que pueda preverse una disposición –legal o convencional– modificatoria de la exigencia de que la información se dé en tiempo y contenidos apropiados. El artículo 4.4 a) de la Directiva no recoge esta cláusula derogatoria. Por lo tanto, y dado que se trata de un aspecto clave, por ser el eje de toda la reforma, habrá de interpretarse en sentido restrictivo. La posibilidad de alterar en parte este modo de ejercicio solo puede tener fundamento en aquellos casos en que así lo prevea la negociación colectiva, por establecer tiempos y contenidos

específicos, siempre que respeten el fin de la norma comunitaria, o porque se trate de situaciones en las que el empleador acredite de forma fehaciente un interés objetivo que lo impida, como puede ser la existencia de «graves obstáculos al funcionamiento de la empresa» –art. 6.2 de la Directiva–.

En segundo lugar, porque la finalidad de la consulta es variable según el aspecto empresarial, ocupacional y laboral de que se trate. A este respecto, y como también veremos de inmediato, la norma de transposición acota la consulta-acuerdo, esto es, la apertura de un período de consultas para intentar alcanzar un acuerdo, que ni se impone ni es vinculante por supuesto en ningún caso, a determinadas materias.

Esta limitación material está también presente en la normativa comunitaria, si bien, y como también expondré, no son las mismas que las referidas en la norma estatutaria, por lo que creo que ha habido una errata en la reforma, de otro modo no se entiende la remisión legal. Tratará de identificar la solución a este yerro legislativo.

Tercero, porque el inciso final, conforme al cual, en todo caso, se garantiza que «el criterio del Comité» llega en tiempo al empleador, bien a la hora de adoptar la decisión bien a la hora de ejecutarla, parece devaluar el contenido más imperativo o comprometido del apartado anterior. Si el objetivo es el de negociar para intentar llegar a un acuerdo está claro que la consulta nunca puede limitarse a ese mero «intercambio de opiniones», o a hacer llegar el criterio u opinión al empleador, sino que ha de ser un proceso orientado, de buena fe, a la búsqueda del acuerdo, al menos si se trata de materias para las que se prevé esa posibilidad, aunque el principio debería ser más bien el contrario: ha de asegurarse que siempre haya una cierta capacidad de diálogo y, por tanto, de negociación, aunque no se alcancen acuerdos, como es probable. Asimismo, ha de favorecerse que se realice antes de la adopción de la decisión y no ya solo antes de su ejecución, incluso para materias que no lo prevea expresamente.

3.4.4. El contenido de los derechos de información «pasiva» del Comité de Empresa: catálogo y principales novedades.

El derecho a recibir determinadas informaciones del empresario responde a la estructura del *derecho prestacional*, porque genera una relación jurídica cuyo objeto es la actividad informativa a cargo de un sujeto obligado, el empresario. Este asume *ex lege*, y sin perjuicio de la apertura a mayores compromisos en la negociación colectiva, la obligación de dar un amplio catálogo de informaciones sobre las actuaciones o decisiones de organización y gestión empresarial, por ser este el titular de la organización productiva sobre la que existe un continuo e intenso derecho de los trabajadores a conocer su dinámica de acción, por la repercusión evidente en la continuidad y desarrollo de su trabajo. Aunque es claro que estos deberes de prestación informativa pueden entenderse conectados con el principio de buena fe, no menos cierto es que la imposición legal de deberes de información a la contraparte social va más allá de las exigencias del principio, pues conecta con el principio participativo, de modo que a través de ese conjunto de deberes de información correlativos a facultades garantizadas a la representación de los trabajadores, se permite el control y la influencia de la opinión de los representantes en el proceso de toma de decisiones, comporten o no efectos negativos para los intereses laborales.

Al listado de tales obligaciones se dirige el artículo 64 LET, en sus apartados 2 a 5. Sin ninguna duda lo más llamativo de la reforma a estos efectos es la nueva estructura formal que asume el precepto estatutario, que recibe una reformulación muy significativa. Realmente se trata de una reordenación sistemática, que clarifica y en cierto modo precisa los contenidos de la prestación informativa del empresario, pero no los innova, salvo en contados casos, que aquí analizaremos. A este respecto, la referida reordenación de la extensión material del derecho de información laboral, esto es, del conjunto de facultades que integran el contenido de este derecho, se hace en torno a dos criterios:

- La *posición de la representación laboral respecto de la información*: bien como receptores de información –condición de sujeto pasivo, titular del derecho a recibir y solicitar información¹²– o como emisores de opinión –sujeto activo, titular del derecho a emitir información y/u opinión–.
- La *periodicidad con que han de recibirse* determinadas informaciones, para lo que se aporta un esquema tripartito: trimestral, anual o «con la periodicidad que proceda».

Por lo que respecta a la *periodicidad de las informaciones*, el primer bloque, recogido en el nuevo apartado 2 del artículo 64, refiere a aquellas materias a las que el Comité de Empresa tiene *derecho a ser informado trimestralmente*. La redacción dada en la versión anterior no preveía un modo fijo, sino que aparecía tan solo como un plazo máximo, por lo que cabía otro menor (decisión o negociación de mejora). Esta posibilidad de mejora queda ahora remitida a la negociación colectiva, en virtud de la remisión genérica del apartado 9, debiéndose tener en cuenta la exigencia comunitaria de adecuar toda información al «momento apropiado» –conforme al citado apartado 6 art. 64 LET, que debe ser pauta interpretativa general «sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso»–, por lo que esta previsión, y sin perjuicio de lo que pueda preverse convencionalmente, no libera al empleador por completo de toda obligación de prestar información sobre estas materias en tanto se emita la información trimestral.

El ámbito de la actuación o gestión empresarial sobre las que se extiende tal carga informativa se concreta del siguiente modo:

- a) Sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa (supuesto inmodificado en la reforma).
- b) Sobre la situación económica de la empresa –o centro de trabajo– y la evolución *reciente* y probable de sus actividades, ***incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo***, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.

¹² Como se ha sostenido con plena autoridad, el reconocimiento de esta facultad de recibir información no impide reconocer, al mismo tiempo, y de modo implícito pero inherente, facultades o poderes de exigir el suministro de aquella información debida por el sujeto obligado a darla, por lo que no se trata de una posición estrictamente pasiva, pues también supone el poder requerir conductas activas. Vid. por todos MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. Madrid. 1992, pág. 246.

En este supuesto estamos ante una modificación parcial de su contenido anterior, por la adición de dos nuevos aspectos. Por un lado, cronológico, exigiendo que se trate no solo de una situación probable sino también «reciente». Por otro, incluye un nuevo ámbito relevante a efectos de información colectiva laboral, como son las actuaciones de carácter «medio-ambiental», si bien no con carácter general sino solo aquellas que tengan «repercusión directa en el empleo». Esta concreción es una novedad que no está presente en la normativa comunitaria y sin duda responde a la demanda sindical no ya de actualización terminológica, como recordara –infructuosamente– el CES en su Dictamen, sino también y sobre todo de actualización temática, de modo que se reflejen los nuevos temas que preocupan a la sociedad y en los que la intervención sindical, como sujeto sociopolítico no solo laboral, gana terreno día a día. Uno de estos ámbitos nuevos de gestión colectiva es, sin duda, la gestión ambiental, cuyas conexiones con el empleo son evidentes, tanto en la generación de un nuevo ámbito de empleo –el empleo ambiental–, como, en el lado negativo, por la eventual incidencia en la pérdida de otros tradicionales –el desempleo ambiental–.

No obstante, no es toda la cuestión de la gestión ecológicamente responsable la que tiene cabida en este precepto, como hoy vienen promoviendo los sindicatos y se recoge en un creciente número de convenios colectivos, sino tan solo en su vertiente ocupacional o de conexión funcional con el empleo¹³. Por tanto, parece claro el sentido restrictivo que asume esta nueva dimensión de la prestación formativa del empleador.

c) «Sobre la evolución probable del empleo» (art. 64.5 LET).

Esta materia ahora se ha separado formalmente de la actividad informativa relativa a la evolución –enfoque dinámico– de los demás factores productivos y de la situación económica de la empresa, mientras que antes se incluían en un mismo párrafo, pero no presenta novedad. Otra cosa es, como se verá, que la nueva regulación ha ampliado esta actividad informativa a la estructura del empleo –enfoque estático–.

d) Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación (*solo reordenado, sin modificación de su sentido y alcance*).

e) De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del *medio ambiente laboral* y los mecanismos de prevención que se utilicen (este heterogéneo ámbito, si bien mantiene una conexión estrecha a través del concepto amplio de entorno o ambiente laboral que presupone, ha sido *solo reordenado, pero inmodificado en su contenido y en su redacción*).

¹³ Para las múltiples perspectivas que se abren por esta vía, remitiendo a la negociación colectiva su concreción, puede verse el *Estudio sobre Medio Ambiente y Empleo en el marco de los Fondos Estructurales de Cohesión*, Novotec-Ministerio de Medio Ambiente, diciembre 2005.

Al deber de prestación formativa *con periodicidad anual* se dedica el apartado 3 del artículo 64 LET, relativo a la información a suministrar respecto de la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Realmente no hace sino recoger la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007 a este apartado, por lo que la reforma se limita a la reordenación estructural sin incluir ninguna modificación de contenido regulador –la información abarca datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo–.

En cambio, *con periodicidad indeterminada de modo apriorístico*, por lo tanto a concretar en cada caso conforme la naturaleza o características de la información –pero su contenido es igual al precedente–, su nuevo apartado 4 reconoce al Comité de Empresa el derecho a:

- a) Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos dados a conocer a los socios, y en las mismas condiciones (inmodificado en su redacción y contenido, solo reordenado).
- b) Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral –hoy hay que tener en cuenta las previsiones relativas a los contratos de fomento de empleo para las personas en situación de exclusión social, en los términos de la Ley 44/2007– (inmodificado, solo reordenado).
- c) Ser informado de todas las sanciones por faltas muy graves (sin novedad).

Entre estos derechos a recibir información empresarial, sigue teniendo un especial espacio el relativo a disponer de «la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar» –art. 64.4, párrafo segundo LET–. Esta competencia ya estaba en la redacción anterior, como se sabe, pero se acotaba solo a los contratos que se hacían por escrito, por su remisión formal al artículo 8.3 letra a) LET. Ahora se omite esa remisión expresa, por lo que podría pensarse que se trata de una novedad reguladora, al ampliar su ámbito.

No obstante, es difícil pensar en que puede haber copia básica de un contrato que no se haga por escrito, por lo que me inclino a catalogarlo como un precepto reordenado y modificado en el plano de su redacción, pero no realmente en su contenido. Por lo que, a mi juicio, carecería de novedad.

3.4.5. La posición informativa activa del Comité: el derecho de consulta y/o informe previo.

En lo que concierne a la actividad informativa en la que el Comité no se limita a ser meramente receptor de información, sino que tiene la facultad de emitir Informe, por lo que aparece en juego también la libertad de expresión u opinión, nos encontramos con el apartado 5 del artículo 64 LET –derechos de información activa y de opinión–. En este caso también la reforma legal supone reor-

denar los derechos informativos que presuponen la emisión de tal Informe. No obstante, podemos encontrar alguna novedad relevante tanto respecto del ámbito de aplicación del derecho de consulta, como en el relativo al momento de ejercicio, no así en un aspecto deficitario como es el relativo a las garantías en caso de incumplimiento.

Antes de analizar el alcance de la reforma legal, conviene sintetizar cómo quedaban ordenados estos derechos antes de ella. En este sentido, a partir de la reforma de 1994, se distinguía entre dos situaciones diferentes:

- a) El derecho a informar, preceptivamente y en referido plazo de 15 días, antes de la ejecución de las decisiones *pero después de ser adoptadas*, sin que su intervención sea vinculante ni abra propiamente un período de consultas. Era el caso del artículo 64 LET –y el paralelo art. 10.3 LOLS para el derecho a ser oídos de los delegados sindicales–.
- b) El derecho a *informar con carácter previo a la adopción de la decisión* y al que sigue –efecto– un período de consultas en sentido estricto, que de no existir –garantía de efectividad– impediría la viabilidad legal de la medida (arts. 40 –movilidad geográfica–, 41 –modificaciones sustanciales–; 44 –transmisión de empresa–; despido colectivo –art. 51–)¹⁴.

Pues bien, el apartado 5 del artículo 64 ha reordenado parcialmente esta cuestión, introduciendo algunas novedades relevantes, aunque a veces de no fácil interpretación como se verá. Mi propósito es intentar presentar esta nueva regulación, que parece más bien un galimatías, de un modo más comprensible. A estos efectos, y poniéndose de relieve una vez más la enorme importancia que tiene «el tiempo» o el «momento» de ejercicio del derecho, el referido artículo 64.5 LET distingue tres ámbitos diferentes para el derecho a la información activa por parte del Comité. A saber:

- a) El derecho «a ser consultado», además de informado previamente, sobre la *situación –actual y probable– del empleo*.
- b) El derecho «a ser consultado» –previa información al respecto–, sobre *ciertas decisiones empresariales antes de su adopción*. Estas decisiones son, en líneas generales, las que supongan *cambios relevantes en la organización del trabajo, la contratación y la gestión del empleo*.
- c) El derecho «a emitir Informe» sobre concretas decisiones *antes de su ejecución pero una vez ya adoptadas* por la empresa.

En el primer grupo, se encuadran los siguientes supuestos:

- Sobre su situación y estructura actual (perspectiva estática).
- Sobre su evolución probable (perspectiva dinámica), en este caso solo «cuando se prevean cambios al respecto».

¹⁴ La jurisprudencia es ya constante en orden a reconocer la ineficacia de la decisión empresarial que sea adoptada sin cumplir con este trámite o garantía de procedimiento participativo y transparente. SSTs, 4.^a, 18 de septiembre de 2000 y 10 de abril de 2000.

En este caso, se trata tanto de una reordenación como de una modificación parcial de la redacción, dando un mayor alcance. En la redacción anterior se hablaba solo del derecho a ser informado sobre la evolución probable del empleo –art. 64.1.º, párrafo primero LET–, ahora se hace referencia a la estructura del empleo misma.

En el segundo grupo de derechos de información y consulta, los cambios son mucho más relevantes. Los supuestos que se incluyen son:

- Todas las decisiones de la empresa **«que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa»**.
- Las **«eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo»**.

Puesto que la redacción dada para la delimitación de estos derechos no es lo clara que debería, conviene precisar el significado de ambas novedades. El primer supuesto se formula en términos extremadamente genéricos y ambiguos que plantea diversos problemas de delimitación, para los que la norma legal no aporta criterio específico, por lo que quedará a la acción interpretativa y a la regulación convencional. De modo sintético, tres son los principales interrogantes que suscita su delimitación. A saber:

Por un lado, la concreción del ámbito o campo material del derecho. El concepto de (1) **«cambios relevantes»**, en (2) **«la organización del trabajo»** y en los (3) **«contratos de trabajo»** responden a fórmulas comunitarias de contornos ambiguos –la norma comunitaria habla de «cambios sustanciales»–, sobre todo la determinación de qué es «cambio relevante» y qué se entiende por «organización del trabajo». Pero sí debe quedar claro que no puede confundirse con el de **«modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo»** propio del Derecho español, ni tampoco con el relativo a cambios de carácter estrictamente colectivo, esto es, que afecten a grupos de trabajadores por encima de ciertos umbrales numéricos.

En consecuencia, *el ámbito de aplicación de los derechos de consulta respecto de las vicisitudes tanto de la organización como de las relaciones de trabajo* –concepto más amplio que el mismo de contrato de trabajo–, *desborda los supuestos de consulta-negociación previstos en el vigente ordenamiento* –arts. 40.2, 41.4, 44, 47 y 51 ET–. Abarcaría, pues, también los cambios plurales –aunque no sean propiamente colectivos–, y cualquiera que sea la causa, aunque no se trate de las típicas causas empresariales previstos en ellos, salvo que sea estrictamente disciplinaria la medida y que afecten de modo individualizado, pues en ese caso ni se ve alterada, salvo casos excepcionales, la organización del trabajo ni estarían en juego «contratos de trabajo», usando la norma comunitaria y la nacional la forma plural y no la singular «contrato de trabajo». No obstante, pueden encontrarse opiniones para todos los gustos, de modo que hay quien amplía el ámbito material a todos los cambios relevantes, al margen de la causa que lo provoque y del número de trabajadores afectados, lo que a mi juicio resulta una interpretación extremadamente voluntariosa pero no acorde a una norma que se enmarca dentro de una gestión eficiente y transparente de la empresa pero ante los nuevos retos de la globalización y de las demandas de mercado.

Por otro lado, se plantea la determinación del momento de ejercicio que, a mi juicio, ha de ser en un momento siempre previo a la adopción de las decisiones, pues en esta exigencia se resume el *modelo de consulta preventiva típico del sistema comunitario* que late en estos supuestos. Por lo tanto, este tipo de información y de consulta ha de realizarse con anterioridad a la decisión empresarial, de modo que solo a partir de la posición fijada por los representantes pueda el empleador fijar la propia, que será, como es obvio, la finalmente introducida, puesto que no es vinculante, pero sí preceptiva. El cambio es significativo si se tiene en cuenta que nuestro Derecho se asienta sobre la consulta en orden a los efectos ya producidos por decisiones tomadas de antemano por los empleadores, limitándose a negociar los efectos sociolaborales. Por tanto, en estos supuestos, el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre representantes y el empresario –apartado 6 del art. 64 LET– debe preceder a la adopción de las medidas que pueda tener ese impacto relevante en la organización y contratos de trabajo.

Finalmente, se plantea el interrogante relativo a la determinación de la finalidad específica del período de consultas en tales casos. El problema surge porque ni la norma comunitaria –art. 4.4 e)– ni la española –art. 64.6 LET– especifica la finalidad negociadora para todos los supuestos de consulta, sino solo en unos casos muy concretos.

Pues bien, a este respecto la norma española más que un error ha incurrido en una errata, o al menos eso prefiero creer, porque la remisión que hace al apartado 4 no es correcta. Primero porque los supuestos de información contemplados en él, como se ha visto, no presuponen una negociación, al menos en todos los casos –por ejemplo la relativa al conocimiento de las cuentas de la empresa o al modelo de contratos por escrito utilizados en la empresa–. Segundo, porque no coinciden con los indicados en la normativa comunitaria, lo que ya resulta más grave. En consecuencia, entiendo que cuando el apartado 6, párrafo 2.º, remite a las «cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones», se está refiriendo realmente *al apartado 5* y más concretamente a su párrafo 3.º. No obstante, entiendo que la remisión legal debe englobar a todas las materias previstas en la norma comunitaria, que hacen referencia a cuantas decisiones y medidas provoquen cambios relevantes en la organización y contratos de trabajo.

El segundo supuesto contemplado para la consulta preventiva también supone una novedad respecto del ámbito de aplicación porque, a mi juicio, no había hasta ahora ningún título competencial que pudiera interpretarse extensivamente para concederle derechos de consulta en materia de *gestión preventiva del empleo*. Este concepto es en sí mismo novedoso.

En efecto, a la luz de los Considerandos de la norma comunitaria, en especial del 7.º y del 8.º, se comprueba cómo se configura la *gestión del riesgo para el empleo*, a imagen y semejanza de la prevención de riesgos laborales, esto es, los riesgos para la salud y seguridad de las personas del trabajador, trayéndose en causa instrumentos típicos de este ámbito: la evaluación empresarial de las amenazas al empleo en las concretas circunstancias de mercado –*evaluación del empleo amenazado*–, por un lado, y la *planificación* de medidas de carácter preventivo para evitar o reducir este riesgo o amenaza –*gestión de empleabilidad*–. Ha de recordarse a tal fin la conexión destacada con la EEE.

Finalmente, en lo que concierne al derecho del Comité de Empresa *a emitir informe*, con **carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones ya adoptadas** por este, ninguna modificación directa encontraremos, por lo que de nuevo la reforma pareciera suponer un simple cambio de ubicación –reordenación–, siendo el listado de materias sobre el que ha de recaer ese Informe del Comité el mismo:

- a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella.
- b) Las reducciones de jornada.
- c) El traslado total o parcial de las instalaciones.
- d) Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.
- e) Los planes de formación profesional en la empresa.
- f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

Esta previsión o listado se completa con una exigencia relativa al tiempo en que ha de emitirse el Informe, que tampoco tiene novedad alguna, pues el plazo fijado por el último párrafo del apartado 6 coincide con el artículo 64.2 LET anterior. Se trata de la regla según la cual, para evitar eventuales dilaciones indebidas por el Comité, se exige que tales Informes sean elaborados «en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes». Es un ejemplo más de que la regulación comunitaria, pero también la nacional, no solo contiene derechos sino también obligaciones para los representantes, si bien en gran medida responde al principio de gestión de buena fe.

Pero lo más destacable en estos casos es diferenciar este listado, en principio, cerrado de supuestos que solo exigen Informe del catálogo, abierto, de supuestos que, conforme al comentado párrafo segundo del artículo 64.5 LET sí exige período de consulta en sentido estricto. A este respecto, no es ocioso recordar, ya que la redacción no varía formalmente, como ya he evidenciado, que la doctrina dominante había venido entendiendo que no se configura ningún derecho de consulta en sentido estricto, menos aún de un período negociador, sino que se trata de un derecho de audiencia escrita, esto es, un derecho a emitir una opinión por escrito respecto de las decisiones listadas en el precepto.

Ahora bien, no parece dudoso que todas las «cuestiones» listadas en el párrafo 3.º de la norma estatal tienen cabida en la norma comunitaria, que no concreta, como se dijo, sino que se limita a formular los criterios amplios antedichos. Por lo que, según la norma comunitaria, en todos esos casos debería producirse también un diálogo entre los interlocutores sociales, mediando o no Informe o Dictamen previo.

Entonces, ¿cómo pueden conciliarse ambos párrafos sin perturbar el objetivo comunitario de renovar el concepto de consulta, que exige siempre un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo –art. 2 g) Directiva; art. 64.1 LET–, así como el derecho a formular un dictamen previo, al que debería dar respuesta justificada el empresario –art. 4.4 c) Directiva–?

A mi juicio caben al menos dos posibilidades interpretativas. La primera entender que la norma española ha querido enfatizar la importancia de ciertas «decisiones» de impacto novador en la organización del trabajo y/o en los contratos, como las listadas en el párrafo 3.º –lista tradicional para el derecho a informar por parte de los representantes–, de modo que solo en estos casos, salvo lo dispuesto en convenio colectivo que podría ampliar el listado, el diálogo entre empresario y representantes debe incluir «la emisión de informe previo por parte» de estos últimos. Así pudiera desprenderse de la lectura conjunta con el artículo 64.1 LET, párrafo 2.º, que no hace de este Informe o Dictamen previo una condición necesaria, sino solo eventual, esto es, «en su caso». Lo que puede interpretarse como determinación en caso legal –el listado de referencia–, o convencional –apartado 9 del art. 64 LET–.

Ahora bien, también puede haber otra lectura de este juego combinado, y sin duda pernicioso, para comprender correctamente el significado de esta previsión legal. Para ello habría que distinguir entre «medidas» de novación relevante, concretadas en el párrafo 3.º, y «decisiones» empresariales de cambio, referidas genéricamente en el 2.º.

En efecto, el listado de materias contiene en realidad un conjunto de «medidas» que tienen un fuerte impacto en la organización del trabajo y en la situación del empleo de la empresa, pero que han debido venir previamente determinadas por las correspondientes «decisiones empresariales» que preceden tal puesta en práctica de esas medidas. Por tanto, estas deberán en todo caso ser objeto de consultas, en los estrictos términos previstos por el párrafo 2.º, mientras que las «medidas actualizadas» –en ceses, reestructuraciones, traslados, procesos de fusión...– tan solo deberían ser objeto de Informe previo, limitándose el Comité a verificar en tal Documento en qué grado se ha tenido en cuenta su Opinión al respecto y cuál es su posición en orden a la concreción final de la medida, por cuanto la consulta era preceptiva pero no vinculante. En definitiva, las decisiones empresariales que amparan tales medidas sí han de ser consultadas en sentido estricto antes de su adopción por el empleador, pero las medidas concretas solo se podrán ejecutar o llevarse a la práctica en tales casos –listado– previo informe de adecuación del Comité.

A mi juicio, ninguna de estas dos posibilidades resulta plenamente convincente si la norma española se analiza, como se debe, a la luz de la comunitaria. La primera porque la norma comunitaria presupone la apertura de un concreto diálogo para todos los casos de consulta, y todas las medidas listadas en el párrafo 3.º son susceptibles de tal exigencia, aunque no la agoten. La segunda porque, además de introducir una mayor complejidad, cuando es un principio axial de la normativa no complicar sino más bien flexibilizar o agilizar, los procedimientos informativos, no se aviene a la exigencia legal –y comunitaria– de que en tales casos –listado de medidas– la consulta tenga como fin el llegar a un acuerdo, lo que implica un proceso más intenso.

En consecuencia, a mi juicio, la norma española, con el loable objetivo de precisar más la genérica norma comunitaria ha introducido mayor incertidumbre. La solución no puede ser otra que

la interpretación sistemática del precepto, conforme a su fin –que expresa el apartado 6– y el principio de interpretación conforme a la mayor efectividad de la norma comunitaria. Lo que significa, a mi juicio, que en todos los casos de la lista del párrafo 3.º el Informe o Dictamen, que también podría concurrir de entenderlo así necesario los representantes legales –pues es un derecho conforme a la Directiva– en cualquier caso de los genéricamente referidos por el párrafo 2.º, ha de producirse un período de consultas. En suma, también donde la norma estatutaria hace referencia al Informe de los representantes ha de entenderse que debe llevarse a cabo un diálogo orientado a alcanzar un acuerdo, en los términos previstos en el apartado 6, tal y como aquí se ha expuesto –que incluye la corrección de la errata referida–.

3.4.6. *El nuevo derecho-deber a colaborar en la gestión de la empresa desde el enfoque de «sostenibilidad ambiental».*

No es el derecho a la información-consulta el único que reconoce la LET a fin de que el Comité de Empresa pueda ejercer útilmente su función representativa. Pues bien, el nuevo apartado 7 lista el conjunto de estos derechos –salvo el relativo a la negociación colectiva–, manteniendo una continuidad sustancial. No obstante, sí que encontraremos alguna novedad relevante en relación al principal ámbito en el que se expresa el modelo participativo-comunicativo de acción colectiva, frente al dominante de tipo conflictivo o reivindicativo. Me refiero al elenco de los típicos derechos-deberes de colaboración, que ahora se amplía para incluir el referido enfoque de gestión desde el paradigma de la «sostenibilidad ambiental».

Como se sabe, el cuadro de derechos-competencias del artículo 64 LET queda articulado en la siguiente tipología tripartita:

a) *Vigilancia* del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, en su dimensión más general, haciéndose especial referencia a las normas de seguridad y salud en el trabajo, y de igualdad.

Estos derechos constituyen la manifestación más emblemática del principio de participación conflictiva, esto es, asentado sobre la acción reivindicativa de los órganos de representación unitaria –y sindical–. Paradójicamente, este derecho básico no iba acompañado de la potestad instrumental a obtener la información necesaria para que resulte útil o efectiva la función de control colectivo de la legalidad laboral prevista, al menos con la amplitud que sería exigible. No obstante, ya he comentado también la necesidad de revisar tal lectura a la vista de la nueva redacción y del nuevo espíritu regulador de la norma estatutaria, acorde con los principios que inspiran el modelo comunitario que transpone.

b) *Participación* en sentido de codecisión, pero sobre una materia muy específica: la gestión de obras sociales o de la acción social.

Como es sobradamente conocido, el sistema español de representación unitaria apenas contempla materias sobre las que ejercer un auténtico derecho de participación en la gestión, dominando,

como acaba de recordarse, los típicos de reivindicación, y sin perjuicio de la creciente aproximación que pueda estar dándose entre ambos modelos. Sin embargo, hay una materia en la que, pese a la ausencia de precisión legislativa, se ha venido interpretando, sobre todo a la luz de la experiencia convencional, que sí ha de entenderse abierta típicamente a auténticas facultades de codecisión en la gestión, como es el caso de la acción social —«obras sociales»— en la empresa. En todo caso, no hay ninguna novedad al respecto en la reforma legal.

c) *Colaboración con la dirección* —en interés (económico) de la productividad, y en interés (social) de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral—.

Si la función de vigilancia y control era la más ilustrativa del principio reivindicativo que anima nuestro sistema de representación, no cabe duda de que la de cooperación con el empleador es un ejemplo del principio participativo, aunque tenga pleno encaje en un modelo contractual, no necesariamente institucional, de participación, pues no hace sino reflejar también el imperativo de la buena fe que han de regir las relaciones colectivas de trabajo. Pues bien, no es de extrañar que una regulación de ajuste a la normativa comunitaria, basada en la gestión flexible y participada, la tenga en cuenta.

En este sentido, y dejando a un lado la reforma introducida a estos efectos por la Ley Orgánica 3/2007 —la colaboración en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación, que pone de relieve que es un mandato para todos, no solo para el empleador—, se destaca lo relativo a la competencia ambiental. En buena medida, resulta una reforma coherente con la previsión del artículo 64.2 b) LET sobre la información en materia de gestión medioambiental relevante a efectos de empleo, si bien en este ámbito el alcance de la competencia es mayor, pues se extiende a toda la gestión ecológicamente responsable de la empresa, incida o no directamente en el empleo.

En este sentido, el ejercicio de la colaboración con la empresa no solo se vincula al «incremento de la productividad», según la redacción anterior, sino también a «**la sostenibilidad ambiental de la empresa**», en ambos casos solo «si así está pactado en los convenios colectivos». En este caso hay una diferencia muy sutil de matiz, pero no deja de ser relevante, pues en la anterior redacción se decía «de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos». La reforma legal no hace sino reflejar la evolución de los contenidos de la negociación colectiva, que cada vez más se hacen eco de las actuales cuestiones ambientales, apareciendo como sujetos de cooperación tanto para los poderes públicos como para los empresarios en el logro de los complejos, pero inexorables, retos ecológicos.

3.4.7. *Los derechos-deberes de información activa: a los representados ¿y a terceros (ciudadanía)?*

Es sabido, y así lo he recordado, que junto a los derechos de información «pasiva» con la relatividad que también se ha dado a este término, poco afortunado para expresar la posición de los representantes legales en orden a la información que reciben del empleador, se reconocen los derechos de información «activa», o lo que es igual, aquellos en los que son los representantes de los

trabajadores quienes asumen el «deber jurídico» de dar la información de que disponen a otros sujetos interesados. En este sentido, tales derechos podrían ordenarse en tres grupos, atendiendo a la condición o cualidad subjetiva de la persona destinataria de tales informaciones:

- a) Derecho a informar a los trabajadores.
- b) Derecho a informar a la empresa –derecho de consulta–.
- c) Derecho a informar a la sociedad en su conjunto, aunque sean terceros en sentido propio, de la actividad de la empresa, máxime al intervenir en materias de índole social, no solo laboral –gestión ambiental–.

Dejando a un lado el derecho de informar a la empresa, ya analizado desde la vertiente más propia del derecho de consulta, los otros dos no ofrecen novedad alguna en la reforma legal. Así, por lo que concierne a la facultad-deber que asume el Comité, que es una exigencia inherente a la función representativa misma, el presupuesto es el derecho de los trabajadores representados a recibir información emitida por su representación. No obstante, el ejercicio de esta actividad viene condicionada a que la información tenga, directa o indirectamente, o al menos pueda tener, repercusión en las relaciones de trabajo –art. 64.7 e) LET (anterior art. 64.1.12.º)–.

La ausencia de cambio legal en esta materia hace que tampoco el otro aspecto conexo a esta facultad-deber, el relativo a los canales a través de los cuales facilita esta información –local adecuado (art. 80 LET); tablón de anuncios (art. 81)–, haya merecido consideración por parte del legislador. Sin embargo, hubiera debido merecer alguna atención desde la óptica del principio de efecto útil de la información, al menos en lo que concierne al reforzamiento del derecho del Comité a usar de todos y cada uno de los medios disponibles en la empresa para su mejor fin, en especial de las infraestructuras informáticas. A este respecto, sabido es que la posición una vez más restrictiva del TS –STS de 26 de febrero de 2001– fue corregida, de nuevo, por el TC –Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre–, si bien lo hizo en relación al contenido esencial del derecho a la libertad sindical –por tanto de los representantes sindicales, no de los unitarios–, negando que formase parte del contenido adicional *ex* artículo 8.2 LOLS, y en unos términos que, por su ambigüedad, es susceptible de abrir nuevos litigios, por lo que hubiese sido oportuno aprovechar la reforma para reconocer legislativamente el derecho y precisar en lo posible su alcance, sin perjuicio de remitir a la negociación colectiva. Puesto que es un tema abundantemente analizado, no creo que haya que añadir nada en esta sede al problema de fondo.

Tampoco encontraremos ninguna referencia a la libertad de información del Comité frente a terceros –derecho de alerta social; derecho a la transparencia social... –, por lo que debe seguir entendiéndose remitida a la previsión más general del artículo 20 CE, relativo al diferente derecho a la libertad de expresión. Pero este derecho es hoy objeto de una gran conflictividad, como es bien sabido, por lo que entiendo que también hubiese merecido alguna atención, al menos en el marco de la garantía del artículo 68 d) LET. En este sentido, la inclusión del enfoque de gestión ambiental, si bien en el limitado ámbito de su efecto para el empleo, hubiese requerido alguna indicación en orden al derecho a alertar a la sociedad de gestiones insostenibles social y ecológicamente.

3.4.8. La subsidiariedad de la regulación legal de las modalidades de información y consulta: la cláusulas convencionales modificativas.

Finaliza la nueva redacción del artículo 64 LET con una regla de remisión a los convenios colectivos, a los que parece «habilitárseles» para complementar el régimen legal de los derechos de información y consulta, a través del establecimiento de «disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos». La única condición que la ley parece poner a tal posibilidad es que las cláusulas convencionales previstas a tal fin respeten, como por lo demás es obvio a la luz de los artículos 3.1 y 85.1 LET, «lo establecido legal o reglamentariamente...» (apartado 9 art. 64 LET).

La verdad es que esta previsión legal, pese a lo encantado que parece estar el legislador con ella –la exposición de motivos dice que con ella quiere garantizarse que esta práctica deje de ser excepcional o escasa en la negociación colectiva para convertirse en la regla–, carece de sentido, por su falta de originalidad reguladora. A estos efectos, la versión dada por el legislador español en modo alguno puede entenderse como una suerte de habilitación, simplemente representa la constatación de una opción reguladora ya existente y, además, practicada en ciertos ámbitos convencionales. Tanto la LET como la LOLS prevén desde hace tiempo normas que contemplan esta posibilidad de que, a través de la negociación colectiva, pueda ampliarse el sistema de participación y de representación de los trabajadores en la gestión de la empresa, incluyendo la creación de nuevos órganos –es el caso del Comité Intercentros en el art. 63 LET–¹⁵.

Por tanto, así redactada ni agrega nada a la regulación y práctica ya existentes, ni nada se perdería si desapareciera, pues no aporta ningún elemento que permita confiar en la función «pedagógica», o incluso de promoción, que parece asumir. Es difícil no ver en estas reglas una pura retórica, que se viste de apariencia de una regla de fomento de la negociación colectiva, de acuerdo con la nueva época de predominio de la colaboración –Diálogo– entre la Ley y el Convenio para formar el presupuesto de las normas y sus consecuencias, pero que carece de un mecanismo eficaz para incentivar esta acción reguladora convencional complementaria.

Ahora bien, no es conveniente analizar esta norma española al margen de la norma comunitaria de la que trae causa, si bien el *modelo de relación* entre el papel de la norma legal y el de la norma convencional que en cada caso se formula respecto a la regulación de los derechos de información y consulta aparece muy diferente. A este respecto, el artículo 5 de la Directiva posibilita a los Estados para que confíen a los interlocutores sociales, «al nivel apropiado, incluido la empresa o el centro de trabajo», la función reguladora de las distintas modalidades de información y consulta de los trabajadores. Para realizar esta tarea los sujetos negociadores disponen de libertad para «prever, den-

¹⁵ Para una amplia síntesis de la evolución convencional de esta materia MORENO VIDA, M.N., GARCÍA VALVERDE, M., y DE LA CASA QUESADA, S. «Derechos sindicales y nuevas formas de participación de los trabajadores en la empresa». AA.VV. (dir.: MOLINA NAVARRETE, C.). *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y Futuro Inmediato*. UGT-A. Sevilla. 2006, págs. 781 y ss.

tro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 y en las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4».

En definitiva, el modelo de relación reguladora entre la Ley y el Convenio previsto por la norma comunitaria es de *subsidiariedad*, de modo que los sujetos negociadores son libres para establecer, dentro del principio de buena fe y el respeto al efecto útil de las modalidades previstas, modalidades diferentes de las legalmente previstas. Esta concepción abierta a la norma convencional del régimen legal viene a reafirmar la voluntad de la Directiva de no establecer unos procedimientos demasiado formalizados o estructurados, bastándole solo con la articulación de un modo fluido y constante de comunicación –intercambio de informaciones y opinión– entre empresario y representantes legales de los trabajadores, de ahí la extrema libertad de concreción de que gozarían los sujetos socioeconómicos, siempre y cuando se garantice aquel resultado: la creación de un canal flexible y constante de interlocución entre ambos sujetos, empresarial y social.

No es ese el modelo de relación o articulación entre fuentes presupuesto por la norma española, que parece pensar únicamente en términos de complementariedad, más propia del carácter de Derecho imperativo o Derecho necesario relativo que ha tenido entre nosotros esta materia, precisamente por tratarse de la ordenación de las tareas de órganos de estricta base legal. Por eso, como ya sucede respecto del artículo 63 LET, la capacidad innovadora de la negociación colectiva ha de hacerse siempre respetando el régimen legal previsto. Así, mientras la norma comunitaria solo exige el respeto a los «principios» que inspiran el régimen de la Directiva –art. 1–, la norma española condiciona la regulación convencional al respeto de «lo establecido» no solo «legal» sino también «reglamentariamente». Desde luego, si la reforma buscaba verdaderamente un efecto de incentivo o promoción de la regulación convencional no ha podido hacerlo de una manera más diluida y, por tanto, probablemente irrelevante.

Es evidente que no por ello se produce un desajuste técnico entre la norma comunitaria y la española, porque, como se ha visto, la propia Directiva remite a las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros. Lo que sí encontramos es una asonancia entre la opción de política jurídica presupuesta por la Directiva y la articulada formalmente por la norma española. En todo caso, será difícil frenar en la práctica la capacidad extrema de innovación reguladora que ha mostrado en materia la negociación colectiva, muy especialmente en orden a crear nuevos ámbitos y/o sujetos en los que, o a través de los cuales, llevar a cabo la información y consulta.

Precisamente, en este sentido se movería la previsión final del artículo 64.9 LET que, junto al contenido y modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta, también reconoce la posibilidad de regular convencionalmente el «nivel de representación más adecuado para ejercerlos». Esta previsión legal enlaza con la ya vista en orden a los condicionantes relativos al ejercicio del derecho de consulta en el artículo 64.6 LET, que no identifica un ámbito concreto de interlocución empresarial, sino «el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa». A mi modo de ver, la formulación comunitaria expresa algo mejor gramaticalmente lo que quiere expresar la norma: habla del «nivel pertinente» de dirección y representación.

Aunque un estudio en profundidad de esta importante cuestión, que enlaza con la propia delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva –la determinación de la *unidad electoral básica en*

la elección de los representantes, la empresa o el centro de trabajo, para el cómputo de plantilla que determina el ámbito de afectación de la norma ¹⁶–, si bien no ha de confundirse con ella, desborda el objetivo de este estudio, sí conviene hacer alguna observación. En este sentido, hay que dejar clara la necesidad de promover, como se ha evidenciado en especial para el derecho de consulta, una relectura del ordenamiento interno, hasta el punto de arrumbar algunas claves de interpretación jurisprudencial que, ancladas en la tradición, ya no sirven para hacer frente a las nuevas realidades empresariales. Así, frente al principio de proximidad de la representación –ha de primarse el centro de trabajo– que ha venido operando –STS de 31 de enero de 2001–, hoy se impone *el principio de nivel adecuado* a la materia a tratar y al modo en que es organizado y es ejercido el poder empresarial: unas veces será la *empresa*, otras el *centro*, otras el *grupo* empresarial, o incluso la *red* de empresas.

De este modo, la remisión legal parece apuntar hacia la negociación colectiva como la mejor fuente para poner coto a las deficiencias de nuestro sistema de acción colectiva, flexibilizando la rigidez de la ordenación legal y la lectura jurisprudencial. No obstante, es más que evidente que para promover una mayor eficacia de esta tarea el legislador no debería seguir «escurriendo el bulto» ni eludir su responsabilidad por más tiempo, realizando alguna intervención reordenadora, siquiera sea en un plano de mera promoción ¹⁷.

3.5. Una cuestión deliberadamente ausente de reforma: ¿qué sucede con las garantías de efectividad de estos derechos?

Pero entre las deficiencias de regulación de esta materia ocupa un lugar especial el relativo a las sanciones eficaces de los incumplimientos empresariales, constatación que está en la base, precisamente, de la propia promulgación de la Directiva comunitaria aunque, como también se dijo, luego, en su largo y atormentado proceso de tramitación fue diluyéndose hasta casi desaparecer en el texto final. Así, el artículo 8 de la Directiva remite «en blanco» esta labor a los Estados miembros, por cuanto confía la defensa de los derechos a las «medidas adecuadas» que establezcan los Estados miembros «en caso de incumplimiento... por parte del empresario o de los representantes de los trabajadores», sin más precisión que la exigencia de que en todo caso garanticen la existencia de «procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la presente Directiva».

No parece, sin embargo, que el ordenamiento español cuente con esas medidas adecuadas, habiéndose destacado ampliamente en sede doctrinal que una de las más graves deficiencias de la

¹⁶ Recuérdese que el Derecho español ha preferido, conforme a nuestra tradición, el concepto de «centro de trabajo», que es el referente organizativo-institucional para la creación del Comité de «Empresa», aunque continuamente maneja, como ámbito de referencia organizativo, la «Empresa». No obstante, el problema es común a todas las materias de esta índole y responde a una configuración algo desfasada, a mi juicio, del sistema de acción colectiva. *Vid.* CABEZA PEREIRO, J. «Las elecciones a representantes unitarios en las pequeñas unidades productivas». *TS*. N.º 155, 2003.

¹⁷ Como se ha sostenido, el creciente y complejo catálogo de situaciones generadas por la realidad desborda con mucho las previsiones legales, por lo que el más elemental principio de adecuación social exigiría una «intervención del legislador en profundidad, para dar cobertura representativa a ese numeroso colectivo de trabajadores que por prestar servicios en ese amplio catálogo... están desprotegidos por el actual sistema normativo y quedan a expensas de una negociación colectiva que no siempre acaba en éxito». *Cfr.* SAMPER JUAN, J. «Los sistemas tradicionales...». *Op. cit.* pág. 223.

regulación legal es la inexistencia de una cobertura coactiva suficiente para garantizar la efectividad de estos derechos. En este sentido, por lo general, el incumplimiento por parte del empresario de la obligación de informar, así como de la de consultar, solo conllevaría una infracción administrativa –lo que podría entrar formalmente dentro del requerimiento de la norma comunitaria de prever algún procedimiento administrativo, que aparece como alternativo al judicial–, la prevista en el artículo 7.7 TRLISOS. Conforme a este precepto tal incumplimiento acarreará una falta sancionable con multa entre 626 y 6.250 euros (art. 40 TRLISOS).

Fuera de esta tutela administrativa, la posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia ha venido rechazando que pueda sancionarse con la ineficacia de la decisión empresarial la omisión de la solicitud del informe por el empresario, de modo que solo se admite tal sanción en los estrictos y tasados casos en los que sí se contempla un específico período de consultas –STS de 18 de septiembre de 2000–. Por lo tanto, de nuevo la jurisprudencia opta por una lectura restrictiva, creando una brecha entre el trato que ha de merecer el incumplimiento de un trámite de procedimiento sobre una medida que se producirá en todo caso, pues tal trámite presupone su adopción, aunque no su ejecución –derecho a emitir informe previo–, y el que corresponde a un trámite sobre una decisión empresarial que requiere para ser adoptada la previa consulta. En la medida en que expresamente la reforma legal no afecta a esta materia, ni en el ámbito del TRLISOS, ni de la LPL ni de la LET podría pensarse que la situación debe seguir igual, por criticable que sea.

Ahora bien, es evidente que algo sí ha cambiado, pues el modelo de partida de la nueva regulación es diferente: la primacía de la consulta preventiva y, en todo caso, anterior no ya solo a la ejecución –pese a que formalmente se mantenga el listado detallado o desglosado del párrafo 3.º, ya comentado–, sino incluso a la adopción –tipo genérico del párrafo 2.º del apartado 5–. En consecuencia, entiendo que también en este ámbito la nueva regulación legal debería servir para revisar, cuando no corregir de plano, la posición mantenida al respecto por la jurisprudencia. En este sentido, si es verdaderamente creíble el presupuesto de la Directiva, y por tanto de la norma española de transposición –que la clave del éxito de estos procesos está en la consulta previa–, la efectividad de la regulación debe presuponer que sin tales requerimientos, en especial cuando se trata del derecho de consulta orientado a la negociación, la decisión empresarial debe entenderse como ineficaz, ya se trate del listado de materias desglosadas (párrafo 3.º) o de las genéricamente referidas (párrafo 2.º). El tiempo dirá si se camina o no por esa dirección.

3.6. Un balance final del alcance de la reforma legal en materia de información y consulta.

Finalizada la exposición de los principales aspectos del nuevo régimen regulador, se ha evidenciado sobradamente, creo, que los principales aspectos de novedad del mismo se concentran en tres aspectos básicamente. En primer lugar, en el intento de precisar y reforzar el *modo de ejercicio*, de forma que se garantice *la mayor utilidad* de la prestación informativa sobre la gestión empresarial.

En segundo lugar, el énfasis que se pone en el enfoque preventivo de la actividad informativa, en especial si puede haber un peligro más o menos cierto para el empleo. De este modo, se reforzaría la dimensión participada de la gestión de las políticas empresariales de empleo.

Finalmente, reclama atención especial la emersión de las cuestiones ambientales o ecológicas, hoy tan en boga, en el ámbito de las facultades de control colectivo de la actuación empresarial. No obstante, ya se ha indicado también que la inclusión no se hace desde una perspectiva de configuración del Comité como «agente social» para el control de la actividad ecológicamente responsable de la empresa, sino como sujeto interesado en la incidencia que la acción ambiental de esta pueda tener en el empleo.

Pues bien, si en líneas generales se ha podido comprobar cómo en los aspectos más concretos apenas hay novedades de relieve, en la medida en que la Directiva adolece de una vocación de norma mínima y abstracta o genérica –evanescente incluso–, con muy escaso, o nulo, interés por una regulación intervencionista, ni para los legisladores estatales ni mucho menos para los interlocutores sociales, lo cierto es que, por encima de estas limitaciones y de las contradicciones y ambigüedades que ha introducido la reforma, el modelo básico subyacente de regulación de los derechos de información y consulta es bien diferente al precedente. Por lo tanto, una vez más, es necesario librarse de las apariencias para profundizar en el sentido de las normas, más allá de sus textos, lo que nos permitirá dejar emerger enfoques bien diferentes respecto del pasado, con el pertinente efecto de quiebra de construcciones aquilatadas en el tiempo pero hoy superadas.

Para evidenciar esta necesidad de una intensa reinterpretación del régimen precedente. Sin perjuicio de advertir de que esta labor requiere tiempo y el aplomo y refinamiento del trabajo del «cirujano», aquí bastará con recordar algunos de esos imperativos de revisión ya comentados. Así, destacamos, entre otros:

- La emersión de un *derecho activo a informarse*, no solo un derecho pasivo a recibir información.
- La introducción de un *derecho de consulta orientado a la apertura de un proceso de negociación* y no agotado en la emisión de un Informe o Dictamen o del transcurso del plazo para emitirlo, y *ejercido preferentemente antes de adoptar la medida*, y no ya solo antes de ejecutarla.
- Un derecho a la *participación*, mediante la información y la consulta, *en la gestión preventiva de los riesgos para el empleo*.

3.7. La regulación del deber de sigilo profesional: aspectos sustantivos y procesales.

3.7.1. Planteamiento general: el deber legal de secreto como límite a la libre circulación de información relativa a la empresa.

En coherencia con el espíritu transaccional que suele animar la aprobación de normas comunitarias en materia sociolaboral, a la preocupación por garantizar que el derecho de información

resulte lo más útil posible se une la no menos relevante por garantizar al empleador que esa información *va a ser correctamente utilizada*. A tal fin atenderá de modo reforzado al tradicional deber de secreto o sigilo profesional que pesa sobre los órganos de la representación de los trabajadores, a cuya regulación dedica el artículo 6 de la Directiva (Información confidencial). Esta previsión está extendida a lo largo y ancho de las diferentes Directivas comunitarias que reconocen derechos de información y consulta.

La normativa española también contempla esta posibilidad de fijar el carácter «secreto», o mejor «reservado», de determinadas informaciones, que por tanto aparecen como «no comunicables» a terceros, configurando lo que se conoce como un deber profesional de guardar «secreto» o «discreción» a cargo de los órganos representativos de los trabajadores¹⁸. Se regula en el artículo 65 LET –y en el art. 10.3.1.º LOLS para la representación sindical, y en el artículo 37.3 LPRL para los delegados de prevención–. Aunque la delimitación de lo que ha de entenderse por «sigilo» –que es el término que utiliza el precepto estatutario– no resulta pacífica¹⁹, sí parece existir una cierta coincidencia en reconocer que la norma española –como la norma comunitaria– formula un concepto complejo pero unitario de «secreto profesional», que abarcaría básicamente tres situaciones diferentes:

- a) El deber de *discreción o uso prudente* de las informaciones que recibe del empresario el órgano de representación –deber de sigilo–.
- b) El deber de *no divulgación externa* de los documentos entregados por la empresa, dada la prohibición de uso disfuncional de la misma.
- c) El *derecho –el interés legítimo– del empleador a reservarse información* por considerarla como secreto empresarial, no transmitiéndola ni a los representantes de los trabajadores.

Es evidente que cada una de estas situaciones tiene una incidencia diferente en el ejercicio del derecho a la información, siendo la última la más rigurosa, en la medida en que consagra un auténtico «derecho al silencio» del empleador, facultándolo para mantener en secreto determinadas informaciones, mientras que el deber de discreción es menos severo. Se trata de deberes negativos, esto es, de no difusión o no comunicación, o bien de divulgación limitada, de determinadas informaciones que son calificadas por el empleador como reservadas o «secretas», con lo que se crean en realidad vínculos de silencio. En consecuencia, a través de la técnica normativa de los deberes de secreto, en sentido amplio y al margen de su intensidad, el Derecho tutela el interés del empresario, apareciendo como auténticos «derechos de la empresa», o cuando menos intereses legítimos de la misma.

¹⁸ En otros ámbitos jurídicos también se reconoce este deber, incluso en términos de fijación de una facultad unilateral de no comunicación de determinadas informaciones calificadas por la presunta lesividad de su conocimiento general a intereses empresariales, en particular a los intereses societarios, si bien suele entenderse como una facultad excepcional.

¹⁹ Existe una tendencia en las leyes europeas a diferenciar entre el deber de secreto en sentido estricto y el deber de discreción, al tiempo que resulta frecuente proceder a una graduación del secreto, diferenciando entre «estricto secreto», «simplemente secreto» e «información confidencial» (término que utiliza la Directiva, por cierto). *Vid.* LAMBERT, P. *Le secret professionnel*. Bruselas, 1985, págs. 275-276. En el ámbito de las Administraciones Públicas existe una clara diferencia entre «sigilo profesional» y «secreto profesional». Cfr. MORENO SAINZ: «Secreto e información en el Derecho Público». AA.VV. *Estudios Homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid. 1991, págs. 2.890 y ss.

En todo caso, es evidente que actúan todas ellas como un sistema de límites legales –y también convencionales, cuando tienen una fuente de origen colectivo, como sucede con cierta frecuencia– al ejercicio de los derechos de información y consulta. Por lo tanto, este y aquel aparecen permanentemente en tensión en el ámbito jurídico y en el empresarial, por lo que hay que encontrar una solución a cada supuesto que permita una composición equilibrada del conflicto que se genera entre ambos polos –el derecho del representante a conocer y el derecho del empleador a silenciar lo que puede perjudicarle económicamente si es conocido–²⁰.

Desde esta perspectiva, no sorprende que en la experiencia práctica se planteen diferentes interrogantes o cuestiones interpretativas a las que se ha intentado dar respuesta por la jurisprudencia. Sin embargo, estas respuestas se han construido sobre bases y con efectos que no siempre garantizaban la mejor solución. De ahí, la necesidad de proceder a una reforma de la misma, a fin de obtener mayor seguridad jurídica para ambas partes de la relación. Otra cosa es que haya acertado a tal fin.

3.7.2. *Los principales aspectos sustantivos del nuevo régimen regulador del «sigilo» o «secreto profesional».*

La reforma afecta a los siguientes aspectos:

a) *Ámbito de aplicación subjetiva.*

El deber de guardar secreto constituye un deber agregado o adicional a la relación jurídico-compleja que deriva de la actividad informativa, como en general sucede en toda relación jurídica de intercambio, sea estrictamente patrimonial –contrato de trabajo– sea extrapatrimonial –la relación colectiva–. Por tanto, en principio, tiene un carácter general derivado del principio de buena fe. No obstante, en el caso de los representantes de los trabajadores estamos ante un deber específico, en el sentido de que tiene una eficacia personal limitada, es decir, respecto de sujetos concretos.

Pues bien, conforme a lo previsto expresamente por la norma comunitaria, la nueva redacción dada al precepto estatutario amplía el ámbito de sujetos obligados. La razón está en que la nueva regulación incorpora, junto a los miembros del Comité, expresamente a los expertos que puedan asistir a sus miembros (art. 65.2 LET; art. 6.1 Directiva).

b) *La reformulación del modo de determinar el sentido y alcance de los deberes de sigilo profesional: el recurso al método de la ponderación de intereses.*

Antes de la reforma introducida por la Ley 38/2007, nuestro Derecho conocía dos formas básicamente para fijar el legalmente denominado deber de sigilo profesional, entendido como un deber

²⁰ En general DAVID-CONSTANT, S. «Information et discrétion en Droit privé». En AA.VV. *L'entreprise et ses devoirs d'informations en matière économique et sociales*. Bruselas. 1979, págs. 23 y ss. También ICHINO, P. *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto*. Giuffrè. Milano. 1979, pág. 143.

de uso correcto o prudente de las informaciones, por tanto, una modalidad atenuada o relativa del deber de guardar secreto. Por un lado, la técnica de la remisión a una facultad unilateral del empleador para determinar cuáles de las informaciones relevantes tienen el carácter de reservado, por otro, la que usaba de modo simultáneo esta técnica con la del listado o desglose legal de qué datos tenían por sí mismos ese carácter. La primera fórmula, más abierta y flexible, para el empleador claro está pues se configura como una potestad de configuración unilateral, era la acogida para la representación unitaria en el caso de las Administraciones Públicas ²¹. La segunda era la que estaba vigente para la representación unitaria en el empleo privado.

Pues bien, frente a esta alambicada fórmula anterior para concretar el deber de sigilo profesional, articulada en torno a un deber imperativo para determinadas materias —«observarán sigilo profesional en todo lo referente a los párrafos...»— y potestativo para la empresa en otras —«en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado»—, ahora se acoge una fórmula más sencilla, al menos en apariencia. Aunque también más genérica, por tanto problemática... Sus términos, equivalentes aunque más precisos y descriptivos a los que rigen para el empleo público, son los siguientes:

«deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado.»

Es evidente el carácter transaccional de esta previsión legal. Por un lado, se elimina el listado de materias para las que obligatoriamente —mínimo legal— había que mantener el deber de sigilo, dejando toda la cuestión en manos del empresario, que es el que tiene la competencia para calificar o no de reservada una información. Por otro, y para evitar el ejercicio abusivo de esta facultad, se condiciona su licitud a que responda a un interés legítimo y objetivo de la empresa —o del centro de trabajo—, esto es, se justifique por una causa relativa al interés económico de la empresa. Y aunque no está expresamente recogido, ha de entenderse también proporcional, por ser un principio jurídico general.

Como puede comprobarse, lo que ha hecho el legislador, siguiendo la posición más extendida en la jurisprudencia, es encomendar la facultad al empleador, dejando la solución de los conflictos que seguro se plantearán al conocido método o juicio de la ponderación de los derechos e intereses en juego. A estos efectos, conviene recordar la posición de la doctrina constitucional según la cual entre los intereses legítimos de los empresarios, expresión del artículo 38 CE, y los derechos fundamentales ha de darse prioridad clara a estos, sin perjuicio de una «necesaria y casuística ponderación». En este sentido, es evidente que al empleador corresponde acreditar que existe ese interés legítimo u objetivo, que no se puede presumir, por cuanto está en juego no ya solo un derecho, sino una auténtica «función social», pues los derechos de información asumen la estructura de los «derechos-función

²¹ Conforme al artículo 41.3 EBEP, hoy el vigente tras derogar la LORAP/1987, «Cada uno de los miembros de la Junta de Personal y esta como órgano colegiado, así como los Delegados de Personal, en su caso, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los asuntos en que la Administración señale expresamente el carácter reservado».

social», como es sin duda, a mi juicio, la función representativa, aunque su encaje constitucional no sea directamente la libertad sindical sino el artículo 129.1 CE, pero también el artículo 20 CE.

Por eso, de especial interés, es la STC 213/2002, de 11 de noviembre, que sienta una importante doctrina en torno al deber de sigilo y sus límites, por lo que la interpretación de esta nueva regulación debe atender de cerca sus principales aportaciones. En este sentido, la doctrina del TC niega que pueda existir una suerte de presunción general de deber de sigilo sobre cualquier documento empresarial obtenido al margen de su recepción oficial por la empresa y sin expresar de modo específico su carácter de reservado.

No hay novedad alguna respecto del alcance temporal de este deber de sigilo, que conforme a la regulación anterior, y la comunitaria, se mantiene su exigencia aun cesado de su cargo –art. 65.3, art. 6.1 Directiva–. Tampoco hay cambio alguno en la delimitación del aquí denominado *deber de uso funcional e interno* o, en su versión negativa, de no difusión externa de documentos entregados por la empresa fuera del estricto ámbito de la empresa ni disfuncional, esto es, para fines distintos de los que motivaron su entrega. Es obvio que los trabajadores han de entenderse como sujetos internos y que los fines indicados son todos los que tienen que ver con la función representativa que asumen.

Ahora bien, conviene también aquí llamar la atención sobre la necesidad de no hacer una lectura rígida de esta prohibición por cuanto, como se ha indicado, puede perjudicar la efectividad del ejercicio de la función representativa, que tiene una hoy innegable dimensión constitucional, amén de social. En este sentido, no ha recogido expresamente la norma española la posibilidad prevista en la norma comunitaria de hacer específicas autorizaciones a los representantes legales para transmitir o divulgar la información recibida confidencialmente «a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad» –art. 6.1, *in fine* Directiva–. La falta de habilitación legal no puede suponer una prohibición plena de divulgar tales documentos, siempre y cuando exista un derecho o interés legítimo más relevante que la defensa del interés empresarial.

3.7.3. *El deber de secreto en sentido estricto: el reconocimiento legal del derecho al silencio empresarial.*

Pero junto a esas modalidades menos rigurosas, o de secreto relativo, la nueva regulación contempla la facultad empresarial de no comunicación al Comité de ciertas informaciones. Se trata, pues, de un deber de secreto en estado puro, contrapartida del derecho de la empresa a guardar silencio sobre lo que considera «sus secretos».

Ahora bien, dada su incidencia radical en el principio de transparencia y en el derecho a la información, no se configura estrictamente como una norma restrictiva, que por tanto no admite interpretaciones expansivas, como sucede con los deberes antes comentados –deber de discreción o uso correcto y deber de uso funcional–, sino de una auténtica norma excepcional, respecto de la cual hay que estar especialmente vigilantes para que no suponga una suerte de «apología del silencio», antítesis del valor de la transparencia empresarial para los órganos de representación que perseguiría

la norma comunitaria y, por tanto, su norma de transposición. En este sentido, la nueva regla introducida a tal fin traduce, cierto que de modo algo generoso, la habilitación dada por la norma comunitaria –art. 6.2 Directiva–, que permite a los Estados disponer que «en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales, el empresario no esté obligado a facilitar información o proceder a consultas que, por su naturaleza, pudieran, según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles».

La ley española sí ha aprovechado esta habilitación y ha formulado la facultad de silenciar informaciones que la empresa considere secretas del siguiente modo:

«Excepcionalmente, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica.»

La norma legal solo contempla una excepción a la excepción, esto es, una limitación concreta a esta potestad empresarial: tal «excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa».

No podemos adentrarnos aquí en un análisis más detenido de esta importante regla a favor de los intereses económicos empresariales. Tan solo subrayar que la norma española está plagada de conceptos jurídicos indeterminados que seguro van a suscitar múltiples problemas interpretativos –«excepcionalmente», «obstaculizar el funcionamiento de la empresa», «graves perjuicios a su estabilidad económica»...–. En todo caso, vuelve a ser necesario poner de relieve que se trata de una norma que de modo expreso asume la naturaleza de excepcional, siendo el principio general el de la circulación de información laboral a fin de garantizar la efectividad de un derecho que, a su vez, es instrumento imprescindible para una función social, la representativa.

3.7.4. Las garantías de efectividad: el régimen procesal de los litigios ligados al carácter secreto o no de los datos o informaciones dados.

Precisamente por ello, la norma comunitaria es plenamente consciente de la necesidad de prever mecanismos –garantías– que aseguren la efectividad de normas que, se sabe por la experiencia, son de muy difícil aplicación práctica, sea las que quieren asegurar que el empleador no «abusa» de su facultad de reservar información que considera «confidencial», o de guardar pleno silencio sobre las que considera sin más «secretas», sea las relativas a la sanción eficaz de los incumplimientos del deber de sigilo profesional. El artículo 6.3 de la Directiva da un mandato a los Estados para que prevean, sin perjuicio de los procedimientos nacionales existentes, medidas de carácter específico para garantizar ambos objetivos, de modo que deberán prever de modo expreso «recursos administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información» en los términos previstos en la norma y que también permitan «salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión».

Siguiendo esta habilitación, el legislador español no ha afrontado de modo directo el espinoso tema de la sanción por el incumplimiento del deber de sigilo profesional. Como se sabe, hasta ahora no puede ser objeto de sanción en el plano administrativo, al no ser los representantes de los trabajadores sujetos infractores laborales a los efectos del TRLISOS. Por lo tanto, solo quedaría abierta, amén de la vía civil, la vía disciplinaria, en la medida en que puede entenderse que su incumplimiento lesiona el principio de buena fe. Sin embargo, tampoco es claro el acomodo en este ámbito, por cuanto solo la fórmula genérica del abuso de confianza o la traición de la buena fe parecerían dar algún amparo, pero en estos casos se encontrarían con la gran dificultad de probar sobradamente la autoría del incumplimiento. Precisamente, sería esta dificultad práctica la que, atribuyendo a su facultad unilateral de calificar la información como secreta una suerte de función de autotutela, presionaría a las empresas para «ocultar toda la información estratégica, haciendo con ello más difícil a los representantes... el ejercicio del derecho a la información pasiva»²².

Pues bien, como se decía, no se afronta directamente esta cuestión, como se obvia en general el crucial tema de las sanciones por incumplimiento. Ahora bien, sí que se contempla el problema en la reforma, si bien se afronta desde una perspectiva estrictamente procesal, que es la única a que venía obligado el legislador.

En efecto, el nuevo apartado 5 recoge realmente una regla procesal. Según la cual se tramitará conforme al *proceso de conflictos colectivos* –Capítulo VIII del Título II del Libro II de la LPL– ambos supuestos:

- a) La impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores.
- b) Los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.

Dado el carácter procesal de esta regla, el fundamento constitucional no reside solo en el título competencial del artículo 149.1.7.^a CE, sino también en el artículo 149.1.6.^a CE –disp. final 3.^a Ley 38/2007–. En coherencia con esta previsión se reforma el artículo 151.3 LPL, que añade un apartado 3 para integrar estos objetos litigiosos. Si la inclusión del primer supuesto en esta modalidad procesal no plantea ningún problema, dado el carácter colectivo de la situación, sí los plantea la incorporación del segundo, hasta el punto de que el Dictamen del CES evidenció que esta modalidad no era la adecuada para sustanciar tal tipo de pretensión procesal. La crítica tiene fundamento, máxime si son los expertos los que incumplen, normalmente a título individual, tal deber, pues la actuación colegiada exigida para el Comité no puede significar el que un incumplimiento del deber de sigilo individual asuma, por sí mismo, esa dimensión. No obstante, tampoco puede negarse toda trascendencia colectiva a este tipo de situaciones. En todo caso conforma que hubiese sido mejor una solución extrajudicial.

²² Cfr. SAMPER JUAN, J. «Los sistemas tradicionales y el régimen español...». *Op. cit.*, pág. 268.

Tampoco la reforma legal hizo caso al reparo del CES respecto de la necesidad de que la norma de remisión dejase a salvo la tramitación, a través de la modalidad procesal correspondiente a la tutela de los derechos fundamentales, de aquellas impugnaciones de decisiones empresariales en las que se invoque la lesión de un derecho de esta naturaleza. En este caso, a mi juicio, el reparo está menos fundado, porque es evidente que la norma legal no puede excluir la aplicación de ese proceso, cuando su vigencia no solo no se ve afectada legalmente, sino que tiene fundamento constitucional. En consecuencia, el procedimiento especial de los artículos 175 y siguientes seguirá siendo aplicable, dijera lo que dijera esta redacción legal del artículo 65.5 LET.

Una especial mención merece la regla de tutela imperativa que sitúa a cargo del Juez Social, adopte —«deberá adoptar»— las medidas necesarias para que, en tanto dure la tramitación, se salvaguarde el carácter reservado o secreto de la información.

Esta remisión a la necesaria aplicación de «medidas cautelares» para el buen fin de la sentencia que en su momento recaiga, y que parece ordenarse como una exigencia de oficio y no solo a instancia de parte —aunque esta hará bien para su derecho si solicita tal medida—, expresa el propósito del legislador de avanzar en una tutela real o efectiva de esta prerrogativa empresarial. Una inquietud que, sin embargo, no parece tener del mismo modo por la garantía del derecho a la información, como probaría el que el incumplimiento por parte empresarial solo se atienda mediante una remisión al TRLISOS, recordando que la vía procesal es compatible con la vía administrativa —el art. 7.7 TRLISOS ya comentado—, «para los casos de negativa injustificada de la información a que tienen derecho los representantes de los trabajadores» —art. 65.5, párrafo tercero—.

Aunque no resulte expresamente establecido y parezca preferir el legislador, una vez más, la solución judicial, sin duda esta materia podría ser también objeto de alguna medida de solución extrajudicial, en el marco de los procedimientos fijados, en especial en el ámbito autonómico, para afrontar cuestiones colectivas. Incluso podría pensarse que es una fórmula más adecuada, por su mayor rapidez.

4. REFORMAS DEL ET POR LA LEY 38/2007 EN MATERIA DE TUTELA FRENTE A SITUACIONES TRANSNACIONALES DE INSOLVENCIA

4.1. Una visión de conjunto de la reforma en materia de insolvencia empresarial.

Las reformas legales operadas en esta materia tienen dos finalidades distintas. Una, y la principal, la ya referida adaptación del ordenamiento español al Derecho comunitario, definiendo la competencia del FOGASA para hacer frente al pago, en ciertos supuestos de transnacionalización de las situaciones de insolvencia, de los créditos laborales que caen dentro de sus competencias. A tal fin, se modifica el artículo 33 LET, para adecuarlo a la referida Directiva 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección

de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Una norma comunitaria de reforma que, a su vez, procuró adaptar la regulación a los cambios socioeconómicos y jurídicos en los más de 20 años que median entre ambas Directivas.

No obstante, en tales reformas legales ha tenido mucho que ver también la aparición en poco tiempo de diversos pronunciamientos del TJCE, algunos de los cuales han supuesto una condena por incumplimiento a España. En todo caso, esta constatación confirma el creciente papel del TJCE, haciéndose muy presente, para bien en unos casos, los más, para mal en otros, los menos.

En este caso el objetivo principal es el de mejorar la protección de los trabajadores en procedimientos de insolvencia, tanto en los «no liquidadores» o «conservacionistas» como en los transnacionales de insolvencia. Aunque la regulación también tiene un contenido especialmente de carácter instrumental, por cuanto fija las obligaciones de información –pasiva y activa– por parte del FOGASA, así como sus obligaciones de cooperación con otras instituciones de garantía competentes a los mismos efectos de los Estados miembros afectados.

La segunda finalidad se concreta en la necesidad de ajustar los dos cuerpos normativos implicados, la LET y la Ley Concursal (LC). La reforma que llevó a cabo esta última no realizó todos los cambios de coherencia que debía, por lo que persistían algunas asonancias, cierto que de alcance menor. De ahí, el propósito de corregir las incoherencias, al menos las más evidentes, que subsistían entre ambas leyes.

4.2. La protección frente a situaciones transnacionales de insolvencia empresarial: los deberes de cobertura y cooperación del FOGASA.

4.2.1. La finalidad de la regulación comunitaria de situaciones de insolvencia transnacional.

Como es conocido, el funcionamiento del llamado «Mercado Interior» conlleva de modo inexorable, «en lo bueno y en lo malo», un proceso de transnacionalización de las organizaciones empresariales que, de modo creciente, incide en todas y cada una de las fases de la organización y gestión de las relaciones de trabajo. De ahí que, de un modo extremadamente gradual, progresivo y no lineal o inequívoco, se ha ido construyendo un marco comunitario que busca tanto garantizar la actividad de tales empresas en los diferentes Estados miembros, favoreciendo el despliegue de las libertades comunitarias, cuanto proteger a los trabajadores del impacto que se deriva de tal proceso. Entre estos mecanismos de protección está el diseño y puesta en práctica de un marco comunitario, amparado hoy en un auténtico derecho social de la Unión Europea, para la información y la consulta a los representantes de los trabajadores, que se ve afectado por las continuas decisiones económico-organizativas, impacten directa o indirectamente en sus relaciones de trabajo, sea en un plano funcional ordinario –fisiología de la gestión empresarial–, como en aspectos perjudiciales²³.

²³ Para un análisis actualizado de esta dimensión comunitaria de la intervención colectiva, si bien en el marco de la delimitación de las nuevas formas de participación, *vid.* MERCADER UGUINA, J. «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo». *RMTAS*, n.º 57, 2005.

Pues bien, esos procesos pueden tener también su reflejo en los momentos de crisis empresarial. En este sentido, es evidente que también las empresas con presencia en los diversos Estados miembros pueden verse afectadas por situaciones generadoras de crisis que están en la base de la apertura de procedimientos de insolvencia, con el consiguiente riesgo de impago de los créditos laborales de los trabajadores que prestan sus servicios en diversos Estados.

Esta regulación, como sucede respecto de la relativa a la información, consulta y participación de los trabajadores, se vincula directamente a la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989), que situó en el objetivo de mejora de las condiciones de vida y de trabajo la protección tanto frente a los procedimientos de despido colectivo como a los de quiebra. Una materia que, regulada por la Directiva 80/987/CE, habría también experimentado, como la totalidad de las que componen el acervo comunitario en materia social, los intensos envites del desarrollo del proceso de integración económica, amén de la propia evolución del Derecho de Insolvencia –Considerando 3–.

Precisamente, una situación singular, por su origen, de crisis empresarial derivada de estos procesos de acción y organización transnacional de las empresas comunitarias, está en la base de la célebre y polémica *STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05, Caso Laval*²⁴, muy conocida mediática y socialmente por otras razones, en la medida en que se ha presentado, quizás con exceso, como el mayor ejemplo de los peligros de la entrada en la Unión Europea de países con un nivel de desarrollo muy inferior al de la media de la Unión Europea «a 15» –el caso de Letonia–, y en especial respecto de los más desarrollados –el caso de Suecia–. No es mi intención realizar un comentario de esta decisión judicial, pese a su extraordinario interés, pero sí conviene sintetizar su base fáctica, para ver cómo son posibles situaciones de cierres de empresa y quiebras en actividades transnacionales.

A este respecto, de los antecedentes del litigio principal recogidos en dicha sentencia se constata que Laval, sociedad letona con domiciliación en Riga, desplaza, en el ejercicio de su libertad de prestación de servicios, a un grupo de trabajadores –35– a Suecia para la construcción de un Colegio Público, que había sido contratado con una sociedad sueca –Baltic– de la que Laval tenía el 100 por 100 de su capital. Esta sociedad se rige por las condiciones salariales fijadas en convenio colectivo por Laval con los sindicatos letones, pagando ese salario a los trabajadores desplazados, lo que es rechazado por los sindicatos suecos, que quieren obligar a la empresa a pactar con ellos condiciones específicas, más acordes con la regulación laboral sueca, a lo que la empresa letona se niega. Pues bien, fruto de la acción colectiva de presión se produce la imposibilidad de llevar a cabo actividad alguna por la empresa letona, al sufrir el boicot todas las obras emprendidas por Laval en Suecia, que llevó hasta la resolución del contrato y la declaración en quiebra de la sociedad sueco-letona –Baltic–.

Puesto que hemos advertido de que no pretendemos entrar aquí en el análisis de la doctrina, ciertamente discutida y discutible, del TJCE, bastará con recordar el sentido de la decisión, objeto de fuerte crítica sindical. La razón es que parece primar más la protección de la libertad de prestación de servicios que la tutela de la acción sindical en defensa de una protección adecuada tanto de los derechos laborales como de la «competencia leal».

²⁴ Puede leerse la Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, n.º 299 págs. 192 y ss.

A este respecto, para el TJCE tanto el artículo 49 TCE como el artículo 3 de la Directiva 96/71 –transpuesta en nuestro país por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre– se oponen a que en un Estado en el que, como sucede en Suecia, las condiciones de empleo y trabajo recogidas en el artículo 3.1, párrafo primero, letras a) hasta la g) de la Directiva, se encuentran en disposiciones legales, excepto la cuantía del salario mínimo, un sindicato pueda intentar obligar, mediante medidas de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de obras, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en el artículo 3 de dicha Directiva –punto 111 y 121 a) STJCE de 18 de diciembre de 2007–. En cambio, sí se pronuncia a favor de una acción sindical orientada a presionar para que se derogue o modifique un convenio colectivo celebrado con terceros, aunque no tengan relación con las condiciones de empleo y de trabajo –punto 121.2–.

En todo caso, este especialísimo caso y otros más comunes ponen de relieve cómo la transnacionalización de las relaciones de trabajo plantea crecientes conflictos, por lo que se hace preciso diseñar un marco regulador que proporcione tanto tutela adecuada como certeza sobre la norma aplicable. La cuestión de los procedimientos de insolvencia empresarial no iban a ser menos, por lo que se hacía preciso diseñar un régimen jurídico capaz de hacer frente tanto a la determinación de la institución que ha de prestar la cobertura material –tutela de los créditos– cuanto al procedimiento establecido al efecto, dada la complejidad de la situación generada, al estar implicadas diferentes instituciones de garantía crediticia de países distintos, precisando una intensa colaboración informativa entre ellas. De nuevo, los valores de la seguridad y de la transparencia se erigen en fundamentos principales para una acción comunitaria.

La Directiva 2002/74/CE supuso una significativa ampliación del concepto de «insolvencia» que ofrece protección a los créditos de los trabajadores respecto de los procedimientos previos a la liquidación del patrimonio dirigidos a garantizar el funcionamiento de la empresa en una fase posterior, si bien se considera que no existen en este aspecto diferencias esenciales que afecten a nuestro sistema legal. En este sentido, por razones de equidad, se afirma el deber de pago de la institución de garantía para todos los procedimientos de esta guisa, asumiendo las nuevas tendencias legislativas en materia de los Estados miembros.

Esta Directiva comunitaria incorpora disposiciones dirigidas a dar cobertura a la protección de los créditos laborales en las típicas situaciones transnacionales, esto es, cuando la empresa que se encuentra en situación de insolvencia realiza actividades en el territorio de dos o más Estados miembros. A tal fin, establece la institución de garantía competente en estos procedimientos transnacionales de insolvencia, a fin de asegurar la seguridad jurídica de los trabajadores asalariados, consolidando los derechos que se prevén a tal fin, conforme a una copiosa jurisprudencia comunitaria al respecto. Para cumplir con el referido objetivo de la adaptación al Derecho Social Comunitario se modifica el artículo 33 ET, introduciendo los cambios necesarios para incluir tal aspecto de transnacionalidad en la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario con centros de trabajo en varios Estados miembros, determinando:

- a) La institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores en estos casos.
- b) Los mecanismos de cooperación y colaboración necesarios para hacer eficaz la protección en dichos supuestos.

De este mecanismo de tutela patrimonial se excluyen los llamados procedimientos singulares de insolvencia, que tienen su propia regulación, si bien está en trance de cambio –ahora frustrado con la disolución del Parlamento–. Por tanto, con esta reforma solo se ven afectados los procedimientos colectivos, esto es, los regulados por la LC.

4.2.2. Protección y procedimiento cooperativo del FOGASA como institución de garantía: supuestos y régimen regulador.

La transposición de la Directiva se realiza mediante la incorporación de dos nuevos apartados, el 10 y el 11, al artículo 33 LET que, como es bien sabido, regula el FOGASA. Precisamente, será este la institución de garantía competente para el abono de los créditos impagados de los trabajadores afectados que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España, cuando el empresario incurso en un procedimiento concursal a causa de su insolvencia realice actividades en dos o más Estados miembros de la Unión Europea.

Conforme al nuevo apartado 10 del artículo 33 LET, el FOGASA *dispensará la protección regulada en esta norma* en relación con los créditos impagados de los trabajadores *que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España* cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, siendo uno de ellos España, siempre y cuando concurren, *conjuntamente*, las siguientes circunstancias:

- a) *Que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España*, y sujeto a la normativa de tal Estado, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un «síndico» o persona que ejerza una función similar –para nosotros «Administrador Judicial»–.
- b) Que se acredite que la autoridad competente, a virtud de su norma reguladora, *ha decidido la apertura del procedimiento* o, en su caso, que haya *comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo* del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar aquella apertura.

Esta redacción se sigue prestando a confusión respecto del más claro artículo 2.1 de la Directiva, si bien el Anteproyecto de Ley era más equívoco como advirtió el Dictamen 14/2006 del CES, porque este último requisito relativo a la comprobación de la insuficiencia del activo disponible parece conectarse, de un modo conjunto y cumulativo, con los dos supuestos de la letra b) –decisión de

apertura o comprobación del cierre definitivo, lo que contradiría la regulación vigente de actuación del FOGASA. Por eso, *ha de entenderse que la verificación de la eventual insuficiencia del activo solo es exigible en el supuesto de cierre definitivo* –art. 2.1 b)–.

En estos casos, corresponde al FOGASA, como presupuesto para la gestión adecuada de su deber de pago, ejercer *su deber de solicitar información de la institución de garantía del Estado miembro en el que se tramite el procedimiento* colectivo de insolvencia tanto sobre los créditos pendientes de pago como sobre los satisfechos por dicha institución de garantía. Esta previsión supone una mejora respecto de Proyecto de Ley, que solo incluía los créditos que estaban pendientes.

Esta previsión fue objeto de severa crítica por el CES, cuyo Dictamen 14/2006 puso de relieve la necesidad de incluir los créditos satisfechos «a fin de evitar que puedan ser objeto de nueva reclamación o, incluso, doble pago». Por eso, se explicita en la norma legal que el FOGASA pedirá la colaboración de la institución de garantía del Estado de apertura del procedimiento, con el doble objetivo de:

- Asegurar que tales cantidades ya abonadas a los trabajadores sean tenidas en cuenta en el procedimiento, evitando un pago indebido.
- Conseguir el reembolso de dichas cantidades.

En cambio, conforme al nuevo apartado 11 del artículo 33 LET, en el supuesto de *procedimiento concursal solicitado en España* en relación con una empresa con actividad en el territorio de al menos otro Estado miembro de la Unión Europea, además de España, el FOGASA asumirá dos *deberes de cooperación* con la institución de garantía del Estado en cuyo territorio los trabajadores de la empresa en estado de insolvencia hayan ejercido o ejerzan habitualmente su trabajo:

- *El deber de proporcionar información a la institución de garantía de dicho Estado*, poniendo en su conocimiento los créditos pendientes de pago de los trabajadores, así como los satisfechos por el FOGASA.
- *El deber de prestar a dicha institución de garantía competente la colaboración que le sea requerida* en relación con su intervención en el procedimiento y con el reembolso de las cantidades abonadas.

4.2.3. El régimen transitorio de protección de las situaciones transnacionales: el límite temporal y el principio de igualdad.

Esta protección tiene un límite temporal para su eficacia, pues, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 38/2007, *solo protege las situaciones transnacionales derivadas de procedimientos colectivos de insolvencia solicitadas a partir del 8 de octubre de 2005*, que es la fecha límite de incorporación de la Directiva al Derecho español. Conforme a esta disposición transitoria

primera, la protección de los trabajadores en las situaciones transnacionales en los términos regulados en los nuevos apartados 10 y 11 del artículo 33 ET será aplicable a todo procedimiento colectivo basado en la insolvencia de un empresario solicitado a partir del 8 de octubre de 2005. Esta previsión responde a la petición del CES de que se clarificara la fecha de vigencia.

A este respecto, conviene recordar la jurisprudencia comunitaria recientemente sentada en la materia y que tiene como referencia, precisamente, el determinar el grado de adecuación de nuestro Derecho a la normativa comunitaria y que ha llevado a la condena de España por el TJCE ante el incumplimiento de la Directiva. Dos son las sentencias que merecen especial comentario.

Por un lado, la *STJCE (Sala Sexta) de 29 de noviembre de 2007, dictada en el asunto C-6/07, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 12 de enero de 2007* por la Comisión contra el Reino de España. Conforme al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2002/74, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta antes del 8 de octubre de 2005 e informar inmediatamente de ello a la Comisión ²⁵.

Puesto que España no lo hizo así fue condenada, pese a reconocer que la adaptación estaba en proceso, recordando jurisprudencia reiterada, según la cual la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como esta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia ²⁶.

Pero por otro lado hay que tener en cuenta *la muy reciente STJCE de 18 de enero de 2008, Asunto C 246/06, Caso señora Velasco contra el FOGASA*. Esta sentencia confirma, sí, lo afirmado en la anterior, de modo que, en líneas generales, en caso de que, a 8 de octubre de 2005, no se haya adaptado el Derecho interno a la Directiva 2002/74/CE, el eventual efecto directo del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987/CEE, en su versión modificada, no puede invocarse en relación con un estado de insolvencia producido antes de dicha fecha ²⁷. Ahora bien, establece, de acuerdo con su doctrina ya afirmada anteriormente, una importante matización y que resulta del juego del principio de no discriminación, lo que tiene como efecto práctico para nuestro país el ampliar ese período de vigencia de la Directiva comunitaria cuando un Estado, como España, ya reconocía en su legislación interna, antes de la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE, el derecho del trabajador a obtener la protección de la institución de garantía para el caso de insolvencia en relación con una indemnización por extinción del contrato de trabajo.

²⁵ Para las consecuencias de una transposición defectuosa de la Directiva de interés la STJCE de 25 de enero de 2007, Asunto C-278/05.

²⁶ Remite a las SSTJCE de 30 de enero de 2002, Comisión/Grecia, C-103/00, Rec. pág. I-1147, apartado 23, y de 27 de octubre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-23/05, Rec. pág. I-9535, apartado 9.

²⁷ En este mismo sentido ya la STJCE (Sala Primera), de 7 de septiembre de 2006, que resolvía una Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el TSJ de Castilla y León, mediante resolución de 29 de enero de 2005, en el procedimiento entre Anacleto Cordero Alonso y el FOGASA.

En efecto, la aplicación de dicha legislación en los casos en que la insolvencia del empresario se haya producido después de la entrada en vigor de esta Directiva está comprendida en su ámbito de aplicación. Desde este entendimiento, aunque los Estados miembros gocen de libertad para no prever una garantía de pago para indemnizaciones debidas en caso de despido, ya que el artículo 3, párrafo primero, de esta Directiva no impone en efecto ninguna obligación en este sentido, una normativa nacional por la que se establece tal garantía queda incluida, no obstante, en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario a partir de la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2002/74, es decir, *el 8 de octubre de 2002*, en lo que atañe a su aplicación a hechos posteriores a dicha entrada en vigor. Por ello, tal normativa está supeditada, desde esa fecha, al respeto de los principios generales y los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. Y entre ellos figura en particular el principio general de igualdad y de no discriminación.

La cuestión se suscita respecto del período en que la legislación española no reconocía la cobertura del FOGASA cuando la indemnización constase en acto de conciliación, sin mediación de sentencia o resolución judicial. Aunque el FOGASA ha venido negándose a cubrir estas situaciones, por entender *que no tienen derecho a la indemnización por despido debido a que no estaba reconocida por sentencia ni por resolución judicial*, conforme a la versión precedente del artículo 33.2 LET, el TJCE ha venido reiterando que la Directiva ya estaba en vigor para todas aquellas situaciones cuyo Auto de declaración de insolvencia fuese posterior a 8 de octubre de 2002. Por tanto, concluye que cuando la normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/74, **el juez nacional está obligado**, en relación con un estado de insolvencia producido entre la fecha de entrada en vigor de esta última Directiva y la fecha de expiración del plazo para la adaptación a esta del Derecho interno, a garantizar una aplicación de esta normativa nacional conforme al principio de no discriminación, tal como lo reconoce el ordenamiento jurídico comunitario.

4.3. Nuevos «pequeños» reajustes entre la LET y la LC.

Uno de los aspectos más relevantes de la aprobación de la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal –LC–, y a la que esta prestó solo relativa atención en su momento, es fijar las relaciones de coordinación entre la LC y la LET, que remite a cuestiones nada fáciles de aplicar en muchos casos, por lo que su esclarecimiento resulta clave para la eficacia del dispositivo regulador en su integridad. Sin embargo, la reforma se ocupa de este tema en aspectos de menor entidad. Así, para cumplir con esta finalidad de ajuste o coherencia entre el ET y la LC se llevan a cabo dos reformas.

La primera, y que implica también una cierta reforma «al paso», no obstante venir exigida por la coherencia reguladora, aprovecha la oportunidad de la transposición de la Directiva 2002/74/CE para adecuar la normativa laboral a la LC. Para comprender el sentido de esta reforma debe recordarse, siquiera sumariamente, cuál fue la finalidad, en este plano de la LC y que no es otro que reducir la multiplicidad de procedimientos concursales conducentes a la declaración de insolvencia y en consecuencia a la intervención del FOGASA. A tal fin se estableció un procedimiento único de concurso, eso sí, suficientemente flexible para permitir su adaptación a las distintas situaciones de desequilibrio patrimonial posibles. Pues bien, el artículo 33.1 LET aun contenía remisiones a toda la tipología de procedimientos de esta guisa anterior a la reforma.

Para resolver este desajuste formal, se ha modificado el apartado 1 del artículo 33 ET, en el sentido de suprimir la referencia persistente a los desaparecidos procedimientos de suspensión de pagos, a la quiebra y al concurso de acreedores, de modo que no haya más referencia que al procedimiento de «insolvencia o concurso del empresario».

La segunda es que incorpora otra disposición transitoria, la disposición transitoria 2.^a, para situaciones nacionales, en virtud de la cual se asegura la cobertura por parte del FOGASA de los créditos laborales –salarios e indemnizaciones– objeto de su acción protectora que sean adeudados por la empresa, siempre y cuando esta no haya podido satisfacerlos como consecuencia de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores anteriores a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –situaciones anteriores a 1 de septiembre de 2004–.

5. REFORMAS «AL PASO» U OCASIONALES: LA ENÉSIMA MODIFICACIÓN DEL TRLISOS

Es completamente habitual, más bien lo normal, el incorporar a las reformas que se llevan a cabo en los aspectos materiales o sustantivos de las leyes sociales y laborales modificaciones, para garantizar su efectividad, en los cuerpos normativos de tipo instrumental, como son las leyes procesales –lo hemos vuelto a ver respecto al deber de sigilo– y las leyes sancionadoras. Precisamente, y por lo que concierne al TRLISOS, no hay ley social y/o laboral que se resista a la tentación de modificar una norma que, paradójicamente, nació con la pretensión de ser un Código coherente y estable de ordenación del Derecho Social Sancionador.

Pues bien, la Ley 38/2007 no iba a ser menos con lo que se modifica por enésima vez el TRLISOS, disposición final 1.^a. Un texto hoy ya inservible y fracasado hasta el extremo. Pero lo más llamativo en este caso es que no se liga el cambio a esa eventual exigencia de coherencia, sino que es puramente ocasional, esto es, se aprovecha la ocasión para actualizar los criterios que fijan la competencia sancionadora respecto de las distintas autoridades laborales y que están en función de la cuantía de la sanción propuesta.

En definitiva, «aprovechando que el Río Pisuerga pasa por Valladolid», la Ley 38/2007 modifica los apartados 1, 2 y 3 del artículo 48 TRLISOS, que quedan así:

- a) La competencia para sancionar las infracciones en el orden social, en el ámbito de la Administración General del Estado (AGE), corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) a:
- La autoridad competente a nivel provincial, hasta 12.500 euros
 - El Director –no debería plantearse ningún problema si es Directora, aunque quizás no estaría de más que el legislador se creyese sus propias leyes y evitara estos sesgos de «género»– General competente, hasta 62.500 euros.

- Al Ministro –idem si asumiese esta alta dignidad política una mujer estando en vigor la norma legal– de Trabajo y Asuntos Sociales hasta 125.000 euros y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 187.515 euros.
- b) En el ámbito de las competencias de la AGE, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales serán sancionadas, a propuesta de la ITSS, por:
- La autoridad competente a nivel provincial, hasta 40.985 euros.
 - Por el Director General competente, hasta 123.000 euros.
 - Por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 409.900 euros.
 - Por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 819.780 euros.
- c) Las infracciones en materia de cooperativas tipificadas en la presente ley serán sancionadas, a propuesta de la ITSS, por:
- El órgano directivo del que dependa el Registro de Sociedades Cooperativas, hasta 7.600 euros.
 - Por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, hasta 37.920 euros y la descalificación.

Sin más comentarios...

6. EL COLMO DE LA DESLOCALIZACIÓN NORMATIVA: LAS NOVEDADES PROCESALES EN LA LEY 41/2007, DEL «MERCADO HIPOTECARIO»

6.1. ¿Vuelve el «fantasma de la deslocalización» legislativa?

Pero si una reforma hay «al paso» –o «al galope»–, y completamente deslocalizada legalmente, esa es, sin ninguna duda, la reforma de la legislación procesal, civil y social, en especial en materia de actuaciones procesales. No ya para adecuar, como hubiera sido oportuno, puestos a modificar estos aspectos procesales, el nuevo sistema de presentación de escritos del artículo 135 LEC y el viejo del artículo 45 LPL, relativo a la presentación de escritos el último día del plazo, cuando la misma se efectúe fuera de las horas en las que se halle abierto el Registro de entrada del órgano judicial ante el que se presente. Tema sobre cuyo desajuste, antes de alcanzar una solución en sede interpretativa –*STS, 4.ª de 8 de marzo de 2005*–, dio lugar a decenas de decisiones judiciales, sino para el tema de adecuar la presentación de estas actuaciones a los nuevos tiempos, y en particular a la evolución tecnológica.

Quizás tal deriva de técnica legislativa no mereciese mayor comentario de esta guisa preliminar si no fuese porque la Ley 41/2007 aún reserva más sorpresas. Unas anunciadas –como la regulación del «Seguro de Dependencia»–, pero otras no, como la banal reforma de la Ley 35/2007, del «cheque-bebé», a mi juicio más propia de una corrección de erratas, como advertí en la configuración del mapa global de cambios, que de una reforma legal, o la regulación, ya más relevante, de la valoración de los actos de disposición patrimonial previos a la solicitud de la situación de dependencia... O incluso, si bien en un ámbito ajeno al laboral, no así al de la acción social en sentido amplio, como el relativo al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos –disp. final 5.^a–.

Cierto, el desbarre de técnica legislativa no llega al evidenciado por la disposición adicional 31.^a de la Ley 40/2007, que en una Ley de medidas de Seguridad Social tiene un recuerdo para los «*dispositivos de alerta en aparcamientos y garajes*» –la ley recuerda a las Administraciones Públicas que ya es hora de que desarrollen reglamentariamente estos dispositivos para alertar al conductor de la «mala costumbre» de los peatones de entrar y salir por el lugar reservado a los coches–. Pero la acumulación de reglas relativas a tan gran variedad de materias nos trae el recuerdo de un «fantasma» que creíamos superado, y no es otro que la aberración de las «Leyes Escoba», las leyes que acompañaban a las de PGE convirtiendo en caos todo lo que tocaban.

Hecha esta advertencia, y descartada por exigencia de ponderación de los tamaños –de este estudio–, la exposición y crítica de las reglas relativas al Seguro de Dependencia y a la capacidad patrimonial del solicitante de prestaciones relativas a la situación de dependencia, que bien merecen un estudio específico, en el marco de los nuevos desarrollos del marco regulador y de aplicación de este, real o pretendido, «Cuarto Pilar» del Estado de Bienestar, aquí me centraré en comentar los aspectos más relevantes de las reformas procesales. A ello dedico el próximo apartado.

6.2. Un episodio de modernización de la Administración de Justicia: la presentación de escritos mediante las nuevas tecnologías.

6.2.1. El cuadro de modificaciones de la ley procesal común.

La LEC es objeto de modificación de modo significativo, pues se ve afectada en un buen número de preceptos.

Así, sucede con el artículo 135 LEC –presentación de escritos procesales–, artículo 151 –tiempo de la comunicación de las resoluciones dictadas por Tribunales o Secretarios– y 154; artículo 162 –actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares–; 267 –forma de presentación de los documentos públicos–, y de los privados –art. 268–, artículo 274 –traslado por el Tribunal de las copias a las otras partes interesadas, cuando no intervengan procuradores–, o

cuando sí lo hagan –art. 276–, artículo 278 –efectos del traslado respecto del curso y cómputos de plazos–, artículo 318 –modo de producción de la prueba por documentos públicos–...

Es evidente que aquí no podemos entrar ni tan siquiera en listar las reglas de reforma. Nos centraremos únicamente en los preceptos con mayor conexión en la LPL, pues a ellos remite expresamente la nueva redacción dada a diversos preceptos de la ley procesal laboral. Nos referimos concretamente a los artículos 135 y 162 LEC.

Por lo que hace al primero, el artículo 135 (*Presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales*), los cambios incluidos son:

Por lo que hace al artículo 135.1 LEC, dos son las reglas que contiene básicamente. Por un lado, la relativa al momento de efectuar la presentación de escritos sujetos a plazo. Por otro, el lugar o lugares en los que podrá llevarse a cabo tal presentación.

Por lo que refiere a la regla temporal, sabido es que la LEC introdujo un nuevo sistema de presentación de escritos sujetos a plazo, a cuyo tenor «podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo...». Esta regla no ha experimentado ninguna modificación respecto de la versión originaria y que, como es sabido, planteó la duda de su aplicación al proceso laboral. La razón está en que una interpretación estricta de las previsiones contenidas en las normas que establecían el carácter supletorio de la LEC –art. 4 de la LEC y disp. adic. 1.^a de la LPL– parecía descartar su aplicación dada la existencia de una regulación expresa en el texto procesal laboral y, por tanto, la inexistencia de una laguna o defecto que precisase la aplicación subsidiaria de la LEC. Aunque la posición inicial fue la de dar preferencia a la norma laboral –regla de especialidad–, después fue ganando terreno la tesis que desplazaba la aplicación de la norma laboral en beneficio de la norma civil, quizás llevados por el influjo expansivo que en los primeros tiempos irradió la LEC, por cierto, también concebida –aunque por otro Gobierno– como un «monumento jurídico», pese a que sus «grietas» también son visibles.

Tras una intensa «lucha judicial» y doctrinal, en la que estaba en juego más que la solución del caso concreto, pues realmente se ventilaba la primacía de un cuerpo normativo –el novedoso civil– y otro –el tradicional laboral–, y en la que incluso medió el TC, la STS de 8 de marzo 2005 pareció zanjar el debate en torno a la referida duda aplicativa. Una incertidumbre que se produjo por la pervivencia de la regulación contenida en el artículo 45 LPL, que no se vio afectado por las modificaciones introducidas en el texto procesal laboral por la disposición final 11.^a LEC. Esta doctrina ratifica la contenida en diversos Autos (como los 8 de junio, 20 de julio y 27 de septiembre de 2001, 4 de febrero de 2002) a cuyo tenor, tras la entrada en vigor de la LEC/2000 coexisten dos sistemas de presentación de escritos ante los órganos judiciales, el previsto en la LPL y el regulado en la LEC, correspondiendo al litigante la elección de uno u otro que será igualmente válida (idéntico criterio se sostiene en la sentencia de 26 de febrero de 2003, si bien desestima el recurso por falta de contradicción). No obstante, el TS profundiza en diferentes líneas de interpretación de legalidad ordinaria y constitucional para reafirmar esa tesis, de todo punto transaccional, de la compatibilidad.

Por lo que hace a la regla locativa, la previsión legal también contempla diversas posibilidades, pues tal escrito y en tal fecha podrá presentarse «en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir este, en la sede del órgano judicial». De este modo, parece primarse la presentación en el «servicio común» respecto de la Secretaría del Tribunal. La anterior redacción remitía, en cambio, primero a la Secretaría del Tribunal, o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido. Aunque pudiera parecer lo contrario, no se otorga en realidad una facultad de opción a litigante, pues parece que establecer una relación de subsidiariedad, de modo que solo en defecto del Servicio Común, podrá hacerse en la Secretaría del Órgano Judicial. El problema se planteará si, existiendo ambos, se presenta en la Secretaría del Órgano Judicial y no en el Servicio Común. A mi juicio, el principio *pro cives o por actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva debería promover también aquí una lectura flexible.

En cualquier caso, las diferencias entre la legislación procesal civil y la social parecen evidenciarse con nitidez, cuando se mantiene el rigor de la prohibición para la primera de presentar escritos dirigidos a los tribunales civiles ante el Juzgado que preste el servicio de guardia –art. 135.2 LEC–. Recuérdate que esto es una notable diferencia con el procedimiento social. Conforme al artículo 45.1 LPL, la presentación de escritos o documentos el último día de un plazo «podrá efectuarse ante el Juzgado de Guardia de la sede del Juzgado o Sala de lo Social competente, si tiene lugar en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada de dichos órganos. A tal efecto se habrá de expresar la hora en la oportuna diligencia de presentación en el Juzgado de Guardia, debiendo el interesado dejar constancia de ello en el Juzgado o Sala de lo Social al día siguiente hábil, por el medio de comunicación más rápido»²⁸.

Un cambio respecto al sujeto competente para sellar ese escrito sí encontramos en el artículo 135.3 LEC que queda con la siguiente redacción:

«El funcionario designado para ello estampará en los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio el correspondiente sello en el que se hará constar la Oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación.»

En la versión anterior se hacía referencia a los Secretarios Judiciales o «a los funcionarios designados por ellos...».

Pero las modificaciones más relevantes están, sin duda, en el artículo 135.5 LEC, que consta de tres apartados. El primero permite la posibilidad de acudir a medios técnicos que permitan el envío telemático de los escritos de inicio del proceso y de los demás documentos que acompañen a las demandas. La redacción elegida, que otorga un carácter puramente potestativo, evidencia una opción,

²⁸ Por lo que refiere al factor de insularidad, el apartado 2 de dicho precepto prevé que «En las islas en las que no tengan sede los Juzgados de lo Social, la presentación de escritos y documentos podrá efectuarse, en las mismas condiciones del apartado anterior, en cualquiera de los Juzgados de la isla que asuma las funciones de Juzgado de Guardia».

hoy razonable aunque en el futuro y siguiendo la evolución de la actuación administrativa en otros ámbitos no lo será tanto, de coexistencia o convivencia con los medios tradicionales. Así, y manteniendo casi la redacción literal en la versión anterior, prevé que:

«Cuando las Oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos..., los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo...»²⁹

Las dos condiciones a que se sujeta esta posibilidad de comunicación judicial telemática o por cualquier medio típico de las nuevas tecnologías son:

- Que quede en todo caso «garantizada la autenticidad de la comunicación». Este requisito de seguridad jurídica es un presupuesto cardinal de todo el sistema.
- Que «quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren» (en coherencia con el art. 230.2 LOPJ).

A este respecto «se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que la presentación tenga lugar en día u hora inhábil a efectos procesales conforme a la ley, se entenderá efectuada el primer día y hora hábil siguiente». El último inciso sí supone una modificación respecto del texto legislativo anterior, que no preveía nada al respecto, si bien se recoge la regla general que ya venía aplicándose.

El segundo párrafo del artículo 135.5 LEC, relativo a la fe de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, remite a lo previsto en el artículo 162.2 LEC, también objeto de reforma, como se verá de inmediato. El texto ha experimentado una significativa reforma, pues antes la solución que daba directamente era la de ponerlos a disposición del Tribunal «dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior» –esto es, telemático–.

Pero como todos sabemos las nuevas tecnologías siempre prometen más de lo que dan, o al menos dan más problemas de los que difunden sus productores. La LEC no preveía qué pasaba si se producía un corte en la comunicación «no planificado», como se dice en el argot. Pues bien, el nuevo párrafo tercero, prevé la solución para la eventualidad de una interrupción imprevista del

²⁹ La implantación de este modelo de comunicación informática se ha hecho a través del **sistema Lexnet**, que se enmarca en el plan de modernización de la Administración de Justicia, que exige, para alcanzar una realidad judicial informatizada, la incentivación del uso de nuevas tecnologías en los sistemas de gestión procesal, para que las formas de trabajo desempeñado en las oficinas judiciales evolucionen y se adapte a la sociedad de la información, requisito imprescindible para alcanzar una atención de calidad a los ciudadanos. Se recoge en el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, que remite al artículo 135.5 y al artículo 230 LOPJ como fundamentos legales de ese modelo.

servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas y se trate de escritos perentorios, esto es, sujetos a un plazo concreto que vence. Pues bien, cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo, por los medios técnicos referidos, «no sea posible por interrupción no planificada del servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas, el remitente podrá proceder a su presentación en la Oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción».

Por su parte, el artículo 162 recoge la misma ordenación, pero para los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. Su apartado 1 no contiene modificaciones de contenido respecto de la versión anterior, solo en relación a aspectos orgánicos, en la medida en que recoge los cambios experimentados en este tiempo, de modo que la remisión no es ya la remisión a los Juzgados y Tribunales directamente sino a las «Oficinas judiciales». De este modo, cuando estas «y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación dispusieren de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda».

Ni el párrafo segundo –comunicación a las Oficinas Judiciales del hecho de disponer de tales medios–, ni el tercero –creación en el Ministerio de Justicia de un Registro accesible electrónicamente– ha experimentado cambios de relieve.

Novedosas en cambio son, las dos previsiones siguientes. Por un lado, se adiciona un párrafo cuarto al artículo 162.1 LEC, según el cual la regla general es:

«Cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido intentada sin efecto y se procederá a su entrega en la forma establecida en el artículo 161 LEC» –comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o cédula–.

No obstante, de otra parte, se prevé que «de producirse el acceso transcurrido dicho plazo pero antes de efectuada la comunicación mediante entrega, se entenderá válidamente realizada la comunicación en la fecha que conste en el resguardo acreditativo de su recepción».

Mayor novedad presenta la reforma del apartado 2 del artículo 162 LEC. Con ella se quiere hacer llegar la informatización documental incluso para documentos que requieran su examen directo, y que en la versión originaria suponía el retorno del modo tradicional –entrega en papel–. Así, con la nueva redacción se apura la opción por un examen del documento en formato digitalizado. En este sentido:

«Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior solo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, podrán, no obstante, ser presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas de los mismos, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 de esta Ley, si bien, en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse aquellos en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale.»

Como es natural, la virtualidad de estas normas legales depende de que se disponga de una infraestructura tecnológica adecuada, esto es, de la herramienta informática. Pues bien, a tal fin ya se ha indicado que el Ministerio de Justicia dispuso el año pasado del Sistema LEXNET –RD 84/2007–, entendido como el Sistema de Comunicaciones Electrónicas seguras que permite una comunicación bidireccional de las Oficinas Judiciales con los operadores jurídicos. En principio, esta herramienta está basada en soluciones tecnológicas avanzadas, abiertas y flexibles.

Aunque no podemos entrar aquí en el análisis de este tema, de pura gestión procedimental, sí será útil recordar que el Sistema LEXNET se basa en una estructura de correo electrónico que está preparado para ofrecer, al menos en principio, la máxima seguridad y fiabilidad de la comunicación, obteniendo el correspondiente «certificado de seguridad». Este garantizaría aquellas exigencias legales de integridad y autenticidad, así como la certeza de la fecha y hora de envío. Por tanto, en principio, respondería a las evidenciadas exigencias de los artículos 135 y 162 LEC.

6.2.2. Una reforma de coherencia entre la LPL y la LEC a efectos de la comunicación telemática de la actuación judicial.

La reforma de la LPL tiene una entidad menor en lo cuantitativo –afecta a los arts. 44, 46 y 56 LPL–, y su hilo conductor es proceder a una modernización de la gestión y comunicación judiciales en el ámbito social, en coherencia con la producida en el proceso civil a través de las comentadas reformas. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la LPL es anterior a la LEC y, en consecuencia, está menos adaptada a los imperativos de las nuevas tecnologías.

Pues bien, conforme al artículo 44.1 LPL, las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los Registros de los Juzgados y Salas de lo Social. Ahora bien, la reforma ha añadido un segundo apartado a este precepto, para adecuar la regulación tanto a las innovaciones tecnológicas como a los cambios a tal fin operados en la LEC. Por tanto, se trata de una reforma de remisión a esta norma, por lo que a lo comentado respecto de ella remitimos.

También se modifica el artículo 46, tanto su apartado 1 como el 2, incluyendo análogas reglas de remisión. Así, por lo que hace al primero, se prevé que:

«En la presentación de escritos y documentos, *por el funcionario designado para ello* –la norma anterior hacía referencia al Secretario Judicial o "quien desempeñe sus funciones"– se estampará el correspondiente sello en el que se hará constar la Oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación. En todo caso, se dará al interesado recibo con tal indicación. También podrá hacerse constar la recepción de escritos y documentos en copia simple presentada por la parte. *Cuando se utilicen los medios técnicos a que se refiere el artículo 44 de esta ley el sistema devolverá al interesado el resguardo acreditativo de la presentación en la Oficina judicial que proceda de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 135 LEC.*»

La modificación del apartado segundo no afecta al contenido sino al sujeto que ha de sellar los documentos. Así, en la actual redacción se prevé que «en el mismo día o en el siguiente día hábil, el Secretario Judicial dará a los escritos y documentos el curso que corresponda». La regulación anterior rezaba del siguiente modo: «En el mismo día o en el siguiente día hábil, el Secretario o quien desempeñe sus funciones dará cuenta al Juez o Presidente o, en su caso, efectuará la diligencia de ordenación o propuesta de resolución oportuna». De este modo, se evidencia una opción distinta a la LEC, pues si esta, como hemos visto, abre la vía a otros funcionarios, descargando al Secretario de estas labores de mero auxilio administrativo, la LPL sigue haciendo garante del curso de los documentos al Secretario judicial.

Finalmente, la reforma del artículo 56.5 LPL tiene el mismo sentido de remisión a la LEC, ahora para las citaciones, notificaciones y emplazamientos, materia especialmente litigiosa como se sabe, de modo que:

«Cuando la comunicación tenga lugar utilizando medios electrónicos, telemáticos, info-telecomunicaciones o de otra clase semejante se realizará conforme a lo establecido en el artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

7. UNA CADENA DE ERRORES QUE NO CESA: LA STJCE DE 19 DE OCTUBRE DE 2007 Y LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACIÓN FORZOSA

No haré demasiado hincapié en este tema, pero no me he podido resistir a incluirlo en este repaso de la más «rabiosa» actualidad jurídico-laboral, dado su relieve práctico y porque, en gran medida, contradice todos los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales para dar una elemental racionalidad. Me refiero a la *STJCE de 16 de octubre de 2007, asunto C-415/2007*. Sin perjuicio de remitir al comentario en otro número de la Revista, de gran interés por su cuidado razonamiento jurídico, aunque discrepemos radicalmente de la posición mantenida en él³⁰, entiendo que se

³⁰ Cfr. TAPIA HERMIDA, A. «Despido (jubilación forzosa) por convenio colectivo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 299, febrero 2008, págs. 125 y ss.

trata de una jurisprudencia comunitaria extremadamente perniciosa, y que puede reabrir la «Caja de Pandora», aparentemente cerrada, o al menos controlada, tras la Ley 14/2005, y sobre todo tras la última doctrina constitucional –STC 280/2006–. Esta, a mi juicio y discrepando aquí de la doctrina mayoritaria–, había asentado la idea de que no cabe una cláusula de jubilación forzosa sin una mínima contraprestación, concreta y medible, de política de empleo, lo que la STJCE referida dinamita.

Por eso, dudo mucho de que esta sentencia pueda zanjar el polémico tema, un auténtico «culebrón» –al que me he prestado a contribuir–, relativo a la legitimidad de las cláusulas de jubilación forzosa en convenio colectivo. Lo discutible, yo diría que en gran medida infundado, de su doctrina, mucho más flexible que la del TC, hace difícil que sea el último capítulo de este «folletín».

La situación jurídica puede resumirse más o menos como sigue. Con las dos cuestiones prejudiciales que se plantearon mediante auto de 14 de noviembre de 2005, el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, se preguntaba esencialmente si la prohibición de discriminación por razones de edad establecida, en particular, en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se opone a una normativa nacional que permite que se prevean en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa, en especial si no hay más condición que el derecho a la pensión, conforme a la disposición transitoria de la Ley 14/2005. Al mismo tiempo, el órgano judicial remitente, preguntaba si, de responderse a tal cuestión afirmativamente, estaba obligado o no a dejar inaplicada la normativa nacional de que se trata.

La normativa española controvertida concede, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que alcanzan la edad de jubilación en comparación con las demás personas en actividad. Por este hecho, es posible concluir que existe una diferencia de trato directamente basada en la edad (Considerando 51). Como recuerda el TJCE, aunque este objetivo no se indica claramente, ciertos elementos del contexto de adopción de la normativa española (por ejemplo: petición de las organizaciones patronales y sindicales) ponen de manifiesto que su propósito *es la regulación del mercado de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo mediante un reparto del trabajo entre las generaciones* (Considerando 62). La legitimidad de este objetivo no se puede cuestionar, habida cuenta de las disposiciones de la Directiva 2000/78 y de los Tratados en virtud de los cuales la Unión Europea tiene por finalidad la promoción de un alto nivel de empleo.

Además, el propio TJCE ya juzgó que la promoción de la contratación constituye sin duda alguna un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros (por ejemplo STJCE 11 de enero de 2007, C-208/05, Innovative Technology Center GmbH –ITC–/Bundesagentur für Arbeit).

Esta apreciación, subraya el TJCE, es «evidentemente» válida respecto a los instrumentos de la política del mercado de trabajo nacional utilizados *para mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores*. Por lo tanto, el objetivo contemplado

en la normativa española satisface el primer requisito fijado por la Directiva 2000/78 para justificar una diferencia de trato ya que se puede considerar que la justifica de forma objetiva y razonablemente.

Quedaba por saber si las medidas adoptadas (jubilación forzosa) para lograr el objetivo son «adecuadas y necesarias». Es el segundo requisito. El Tribunal considera que la normativa española no viola el Derecho comunitario ya que:

«Parece razonable que las autoridades de un Estado miembro estimen que una medida como la controvertida en el litigio principal puede ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo» (Considerando 72), sobre todo, habida cuenta de que la jubilación forzosa no se basa solo en una edad sino que tiene también en cuenta la consideración de que los trabajadores interesados puedan beneficiarse al término de su carrera profesional de una pensión de jubilación fijada en un nivel bastante elevado para que no se pueda considerar inadecuado (Considerando 73).

En fin, cabe observar que la normativa española permite a las organizaciones patronales y sindicales modular el uso de la jubilación forzosa en los convenios colectivos, con el fin de tener en cuenta no solo la situación del mercado de trabajo sino también las características propias de los puestos de que se trate.

Es este conjunto de elementos el que conduce a la jurisprudencia comunitaria a juzgar que la normativa española no es incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78. Lo que, como es obvio, no resuelve por completo el problema de la aplicación práctica de la misma por los convenios colectivos. A estos efectos, de interés resulta recordar la doctrina constitucional que parece condicionarlo a la no amortización de puestos de trabajo o, cuando menos, a la creación de oportunidades reales de empleo, sin que valgan compromisos abstractos o generales. Y es que si bien autorizadas plumas han evidenciado que no hay desajuste, a mi juicio sí lo hay, pues la última es menos flexible y laxa que la primera –STC 22/1981–, de modo que, pese a una importante continuidad, las más recientes decisiones ponen de relieve la necesidad de que exista un condicionamiento directo, por tanto no abstracto o diluido, entre la cláusula de jubilación y una concreta medida de empleo –STC 341/2006–.

De lo contrario sería volver a una época que hoy carece de referentes legales e institucionales, como es la de la jurisprudencia del TS –revisada pendularmente, lo que tampoco ayuda nada– en la que «todo vale».

La cuestión no es puramente doctrinal o especulativa. Baste para ello recordar que a día de hoy la mayor parte de los Convenios siguen exigiendo solo la garantía de acceso a la pensión, y los que vinculan la jubilación forzosa a políticas de empleo lo hacen de un modo difuso, abstracto, más presunto que efectivo. Para ello de nuevo volvemos a traer aquí un ejemplo que entiendo especialmente relevante, y es el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción: el artículo 93.1 del Con-

venio Colectivo General de la Construcción fija a los 65 años la edad obligatoria de jubilación, encontrándose dicha medida vinculada al objetivo de mejora de la estabilidad en el empleo, plasmada en la regulación del artículo 20 del contrato fijo de obra... Pero, tras lo visto ¿no es un sarcasmo de los negociadores considerar que mejoran la estabilidad en el empleo cuando se trata de una regulación que, hoy comparada con la general, resulta incluso regresiva?

A mi juicio hay que intentar hacer todo lo posible por evitar volver a la permisividad de la década de los años 90. Para ello la lucha por el *Derecho «flexi-seguro»* –*perdonen esta concesión a un «palabro» impuesto por la marca, en este no siempre de calidad, CEE*– del Trabajo debe seguir... Precisamente esa es la tarea de los operadores jurídico-laborales, eso sí, con la ayuda, no siempre resolutive, sino más bien lo contrario, de esa comunidad de intérpretes, algo enigmática, que llaman «doctrina científica» –que no es «monocorde», sino más bien «discorde»–.

8. REFLEXIÓN FINAL: DE LOS «MONÓLOGOS» A LOS «DIÁLOGOS»

Hemos llegado al final de estas miradas panorámicas por la actualidad de las reformas laborales que hemos calificado de «obra menor» en el fin de la Legislatura. Pero no por ello deben ser silenciadas, más bien lo contrario, pese a que el Legislador no siempre le otorgue el relieve y puesto que merece, ocupado como anda haciendo «grandes monumentos» para la historia jurídico-social, aunque su eficacia sea más bien incierta. Por supuesto, no procede ahora insistir en afirmaciones que se han venido haciendo a lo largo del texto. Tan solo hacer alguna breve consideración sobre el sentido más profundo de la evolución que las reformas analizadas marcan, y que evidencian la necesidad de un tránsito, desde el modelo tradicional del «monólogo», tanto de las fuentes reguladoras como del titular de la gestión del trabajo, a otro más basado en el «diálogo», más proclive a la fluidez de las relaciones entre actores.

Diálogo por supuesto en la empresa. La normativa comunitaria comentada, en especial respecto de los derechos de información y consulta, no se ocupa de reforzar una regulación orientada hacia la rigidez en la ordenación de los procedimientos en la empresa, más bien huye de establecer condiciones rígidas y dilatadas en el tiempo. La norma española no siempre ha entendido, en su transposición, esta idea. Por tanto, tendrá que ser la práctica, en especial la colectiva, la que flexibilice el nuevo sistema, menos cambiado en sus contenidos, aunque avance en cuestiones como la gestión del empleo y la gestión ambiental desde la acción colectiva en la empresa, y mucho más en sus modelos, en la búsqueda de la máxima fluidez del intercambio y su plena utilidad.

Pero diálogo también entre las fuentes reguladoras, por tanto. Hemos visto que ya no es posible comprender nuestro ordenamiento laboral al margen del Derecho Social Comunitario, pero no ya solo de sus normas, que obligan a la transposición, con mayor o menor intensidad, sino con una decidida intervención de la jurisprudencia del TJCE. Sin duda este activismo social de la jurisprudencia comunitaria se revela como uno de los más imponentes desafíos para el sistema de fuentes, al completo, nacional – el Legislador, la Negociación Colectiva y la Jurisprudencia–, asumiendo por

lo general un sentido positivo. Sin embargo, tampoco hay que bajar la guardia. No todo lo que viene del TJCE es social y jurídicamente aceptable, o al menos indiscutible. De ahí, la necesidad de permanecer alerta. La conjunción de la nueva jurisprudencia comunitaria en múltiples materias y ciertas reformas legales nos pueden deparar, y deben hacerlo, muchas sorpresas y, en todo caso, constituyen una nueva oportunidad para poner en práctica esa gran verdad, a menudo olvidada, que nos recuerda que los conceptos, como las interpretaciones, «nacen y mueren con las normas de las cuales han sido tomadas» –IHERING (*Bromas y veras de la Ciencia Jurídica*)–. El TS español debería tomar buena nota de esto. Los demás «actores» del sistema jurídico-laboral también.