

ESTUDIO

MARCO LABORAL Y RELACIONES COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA



JUNTA DE ANDALUCÍA



CONSEJO ECONOMICO
Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

MARCO LABORAL Y RELACIONES COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA

El presente documento es fruto de una de las principales funciones del Consejo Económico y Social de Andalucía recogidas en el Artículo 4 de su Ley de Creación que por iniciativa propia y a través de su Pleno aprobó el 4 de julio de 2000 la propuesta de su Comisión Permanente de elaborar un estudio que en materia económica y social sirviera para el conocimiento en profundidad del nuevo Marco Laboral y las relaciones colectivas en la Unión Europea tras la firma del Acuerdo de Política Social y su repercusión en Andalucía.

Para su realización se firmó un Convenio de Colaboración con las centrales sindicales Comisiones Obreras de Andalucía (CC.OO.-A) y Unión General de Trabajadores de Andalucía (U.G.T.-A) con fecha 18 de diciembre de 2000 y en cumplimiento de una de sus cláusulas, la Comisión de Políticas Sociales ha ido coordinando el desarrollo de las tareas. El trabajo, una vez satisfechas las expectativas de la Comisión de Trabajo, fue recepcionado con fecha 10 de junio de 2002.

En cumplimiento de Acuerdo del Pleno la Comisión de Trabajo encargada del seguimiento del estudio ha elaborado un informe sobre el Marco Laboral y las relaciones colectivas en la Unión Europea tras la firma del Acuerdo de Política Social y su repercusión en Andalucía, que ha sido aprobado por el Pleno del C.E.S.-A. con fecha 3 de julio de 2002 y que se publica junto con el estudio.

El Estudio "Marco Laboral y las relaciones colectivas en la Unión Europea tras la firma del Acuerdo de Política Social y su repercusión en Andalucía" se encuentra también disponible en la página web del C.E.S.-A: "www.cedt.junta-andalucia.es/ces".

Hay que resaltar que la responsabilidad de las opiniones expresadas en el Estudio vincula exclusivamente a sus autores y no significa que el C.E.S.-A. se identifique necesariamente con las mismas, si bien considera muy conveniente la publicación y distribución de los datos y opiniones en él contenidas.

MARCO LABORAL Y RELACIONES COLECTIVAS
EN LA UNIÓN EUROPEA

Informe de la Comisión de Trabajo de Políticas Sociales del Consejo Económico y Social (CES) de Andalucía sobre el trabajo denominado "Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea tras la firma del Acuerdo de Política Social y repercusión en Andalucía"

Aprobado por unanimidad en el Pleno de 3 de julio de 2002

En su reunión de 10 de junio de 2002, la Comisión de Trabajo de Políticas Sociales dio por recepcionado el estudio "Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea tras la firma del Acuerdo de Política Social y repercusión en Andalucía".

Este estudio es el resultado del Convenio que, para tal fin, fue firmado el día 18 de diciembre de 2000 entre el Consejo Económico y Social de Andalucía y las Centrales Sindicales U.G.T.- Andalucía y CC.OO.-Andalucía. El equipo de investigadores integrado por D. Rafael Gómez Gordillo, profesor asociado de la Universidad Pablo de Olavide, D. Juan Gorelli Hernández, profesor titular de la Universidad de Sevilla y D. Antonio Valverde Asensio, profesor titular de la Universidad de Sevilla, ha realizado un trabajo con el que pretende contribuir a un mejor conocimiento del régimen jurídico comunitario en materia social y de los efectos que la aplicación de sus normas está produciendo sobre la regulación de las relaciones de trabajo en Andalucía.

El estudio analiza la negociación colectiva en el marco de la Unión Europea y más concretamente su evolución a partir de la aprobación del Acuerdo de Política Social. Así, tras una visión general del panorama existente en las relaciones colectivas con anterioridad al Acuerdo, pasa a analizar las modificaciones introducidas por éste y su desarrollo a través de un examen pormenorizado de la normativa comunitaria que lo ha desarrollado.

Por último se dedica un capítulo a la investigación de la negociación colectiva en materia de constitución de un comité de empresa europeo, deteniéndose en el análisis de la transposición de la Directiva 94/45 al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 10/1997 de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

Durante más de un año esta Comisión de Políticas Sociales ha venido haciendo un seguimiento cercano del avance y contenidos del estudio y una vez finalizado mantuvo una reunión con los autores para aclarar y profundizar el conocimiento del mismo.

El trabajo realizado, en opinión de esta Comisión, consigue los objetivos propuestos, atendiendo a los recursos que se han destinado al mismo. La panorámica que describe sobre la nueva situación creada en las relaciones laborales de la Unión Europea a partir de la aprobación del Acta Única Europea, es muy didáctico. El examen exhaustivo de la normativa comunitaria es realmente notable, así

como todo el capítulo dedicado a la transposición en el ordenamiento jurídico español de la normativa comunitaria.

Es cierto que las limitaciones competenciales de nuestra Comunidad Autónoma en esta materia y la escasa presencia de empresas de entidad europea en nuestra región no permiten una relevancia especial de los aspectos regionales en el informe. Asimismo, la información empírica sobre la aplicación y alcance de esta normativa en nuestra Comunidad y sobre su repercusión en la negociación colectiva excedería del tiempo concedido y deberá ser objeto, en su caso, de otro trabajo.

En definitiva, el Informe sobre el “Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea tras la firma del Acuerdo de Política Social y repercusión en Andalucía” se ajusta al planteamiento propuesto por el CES-A; el contenido del estudio por su rigor intelectual, abundante apoyo bibliográfico y doctrinal y completo examen de la normativa relativa a la cuestión tratada, satisface las expectativas de la Comisión de Políticas Sociales, mereciendo su opinión favorable, quien lo eleva a la Comisión Permanente con el voto unánime de los integrantes de la misma.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en el Estudio vincula exclusivamente a sus autores y no significa que el C.E.S.-A se identifique necesariamente con las mismas, si bien considera muy conveniente la publicación y distribución de los datos y opiniones en él contenidas.

Edita: Consejo Económico y Social de Andalucía.

Autores: Rafael Gómez Gordillo.

Prof. Asociado. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

Juan Gorelli Hernández.

Prof. Titular. Universidad de Sevilla.

Antonio Valverde Asencio

Prof. Titular. Universidad de Sevilla.

Coordina: Congresos y Publicaciones, S.L.

I.S.B.N.: 84-699-8603-1.

Depósito Legal: SE-3366-2002.

MARCO LABORAL Y RELACIONES COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Rafael Gómez Gordillo

Prof. Asociado. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla

Juan Gorelli Hernández

Prof. Titular. Universidad de Sevilla

Antonio Valverde Asencio

Prof. Titular. Universidad de Sevilla

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO. LAS RELACIONES COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción	11
2. Las relaciones colectivas con anterioridad al APS	14
2.1. ¿Existencia de la negociación colectiva con anterioridad al APS?	14
2.2. La irrupción del diálogo social	15
2.2.a) Un análisis conceptual del diálogo social europeo	15
2.2.b) El diálogo social hasta el APS	19
2.2.c) Razones para el impulso comunitario al diálogo social	20
3. Las relaciones colectivas a partir del APS.....	22
3.1. Los mecanismos de consulta	22
3.2. Los interlocutores sociales	26
4. La negociación colectiva europea	28
4.1. La negociación colectiva en general: supuestos.....	28
4.2. Los problemas de una negociación colectiva europea sectorial	30
4.3. La negociación colectiva derivada del diálogo social	33

CAPÍTULO SEGUNDO. LA NORMATIVA COMUNITARIA TRAS EL APS Y SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

PARTE PRIMERA. Directivas derivadas de la negociación colectiva europea	45
1. Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES	47
1.1. Introducción.....	47
1.2. El permiso parental: su régimen jurídico	49

1.2.a) Naturaleza del derecho otorgado	49
1.2.b) Ámbito objetivo	49
1.2.c) Condiciones para acceder al permiso.....	50
1.2.d) Efectos de la situación de permiso	51
1.3. Ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor	54
1.4. Transposición al ordenamiento español: la Ley 39/1999	55
1.4.a) Las interrupciones no periódicas de la prestación o permisos de carácter familiar....	56
1.4.b) La suspensión por maternidad	59
1.4.c) La suspensión por riesgo durante el embarazo.....	62
1.4.d) La excedencia por motivos familiares	64
1.4.e) La protección frente al despido	67
1.5. La negociación colectiva andaluza en materia de permiso parental.....	69
1.5.a) Las interrupciones no periódicas de la prestación o permisos	69
1.5.b) Reducción de la jornada por lactancia, guarda de menores o cuidado de familiares	77
1.5.c) Suspensión por maternidad, adopción y acogimiento.....	79
1.5.d) Suspensión por riesgo durante el embarazo.....	80
1.5.e) Excedencia por cuidado de hijos o cuidado de familiares	82
1.5.f) Protección frente al despido	84
1.5.g) Conclusiones	84
2. Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES	85
2.1. La Directiva 97/81: el origen pactado de la directiva sobre trabajo a tiempo parcial	85
2.2. El contenido de la directiva	86
2.3. La transposición de la directiva al ordenamiento jurídico español.....	89
3. Directiva 99/70, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada	93
3.1. La Directiva 99/70, sobre el trabajo de duración determinada: la efectividad del principio de no discriminación y la limitación del abuso en la contratación temporal	93
3.2. La definición de trabajador temporal a efectos de la directiva	95
3.3. Los derechos de información de las vacantes de trabajo a tiempo completo	95
3.4. El papel de la negociación colectiva en la efectiva transposición de la directiva.....	96
PARTE SEGUNDA. Directivas ordinarias	99
1. Directiva 94/45, sobre la constitución de un comité de empresa europeo: remisión	101
2. Directiva 96/71, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.....	101
2.1. El objeto de la Directiva 96/71.....	101
2.2. El fundamento de la Directiva 96/71	103
2.3. Los presupuestos de la norma comunitaria	105
2.4. La transposición de la Directiva: la ley 45/99	106
3. Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.....	108

3.1. El marco general.....	108
3.2. La regulación comunitaria sobre la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo	111
3.3. 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	112
3.4. La transposición de la Directiva 97/80 al ordenamiento español	113
3.5. La negociación colectiva andaluza en la materia	115
4. Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad	117
4.1. Introducción.....	117
4.2. Objeto y ámbito de aplicación	119
4.2.a) Delimitación del objeto de la transmisión	120
4.2.b) Mecanismos de transmisión afectados.....	121
4.3. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores	123
4.3.a) Mecanismos de protección individual: Mantenimiento de los Derechos individuales de los trabajadores	124
4.3.b) Mecanismos de protección colectiva: Mantenimiento de los derechos colectivos de los trabajadores	128
4.4. La transposición de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, al ordenamiento español	131
4.4.a) Objeto y mecanismos de transmisión afectados	134
4.4.b) Mecanismos de protección individual.....	137
4.4.c) Mecanismos de protección colectiva	139
5. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de junio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos	142
5.1. Introducción.....	142
5.2. Ámbito de aplicación: Concepto de despido colectivo.....	144
5.2.a) El elemento cualitativo: despido realizado por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador	145
5.2.b) El elemento cuantitativo: referencia a la dimensión de la empresa, al espacio temporal y al número de trabajadores afectados	147
5.3. Procedimiento de despido colectivo: la consulta a los representantes de los trabajadores.....	149
5.4. La transposición del ordenamiento comunitario en materia de despido colectivo	154
5.4.a) Introducción	154
5.4.b) El concepto de despido colectivo ex art. 51 ET.....	156
5.4.c) Exclusiones del concepto de despido colectivo e inclusiones expresas	164
5.4.d) El procedimiento de despido colectivo.....	167
5.4.e) La tutela de los trabajadores afectados por despido colectivo	169

CAPÍTULO TERCERO. LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO

1. Introducción	175
2. La transposición de la Directiva 94/45: La Ley 10/97 de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria	179
2.1. Objeto y ámbito de aplicación	181
2.2. Definiciones legales.	183
2.3. Disposiciones aplicables a las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria con dirección central en España	189
2.3.a) Disposiciones subsidiarias para la constitución del comité de empresa europeo	201
2.3.b) Competencias del comité de empresa europeo	204
2.3.c) Financiación	206
2.4. Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria	206
2.5. Tutela de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria	210
 CONCLUSIONES	
Capítulo I.....	217
Capítulo II.....	218
Capítulo III	221

CAPÍTULO PRIMERO
LAS RELACIONES COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este informe pasa necesariamente por señalar cuál es el objetivo del mismo. De entre las diferentes manifestaciones de las relaciones colectivas nos vamos a centrar en una concreta, la negociación entendida como proceso de relación entre diferentes interlocutores sociales. Ciertamente es que la negociación va a constituir nuestro objetivo de análisis, pero hemos de señalar que este se acota en un ámbito muy concreto: la negociación en el marco de la Unión Europea; y más concretamente, vamos a estudiar dicho fenómeno a partir de la aprobación del Acuerdo de Política Social (APS). Evidentemente esto nos plantea un interrogante ¿por qué a partir del APS? La cuestión ahora es la de recordar cuál es el significado y la importancia del APS.

Durante los años 80 aconteció uno de los hechos que más repercusión ha tenido en la evolución actual de la Unión Europea: la aprobación en 1986 del Acta Única Europea, una pequeña, pero trascendental reforma del Tratado de Roma, que tuvo la virtud de poner de manifiesto algo de gran trascendencia: la incapacidad de las instituciones europeas, gravemente burocratizadas y a las que se acusaba de mantenerse sobre un evidente déficit democrático, para hacer frente a las nuevas necesidades de integración política.

Hasta ese momento el eje fundamental de actuación de la Unión Europea había sido el de impulsar los aspectos económicos del mercado común europeo, y el objetivo de las reformas era ir logrando la unión económica y monetaria¹. A partir del Acta Única se centran las reformas institucionales en una segunda fase: lograr la unión política. Se convoca a tal finalidad una conferencia intergubernamental, en la que aparecía, por primera vez en mucho tiempo una cuestión a discutir: la dimensión social y la cohesión económica y social de los diferentes países que protagonizarían la unión política. A partir de aquí se abre un largo proceso de discusión sobre estas materias y la necesidad de impulsar en la futura reforma del Tratado constitutivo los aspectos sociales del mismo; de hecho, probablemente esta haya sido la cuestión que más costó cerrar en el posterior Tratado de la Unión Europea, más conocido como tratado de Maastricht, firmado en dicha ciudad el 7 de febrero de 1992, y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Dentro de dicho Tratado se consagran las disposiciones que configuran el conjunto de normas sociales básicas de la Unión Europea, y que se repartieron entre

1. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea", Civitas, Madrid 1994, página 74.

el propio texto del Tratado de Maastricht y los diversos Protocolos, especialmente el Protocolo de Políticas Social, en el cual se incluía el Acuerdo de Política Social. Este APS es donde se recogían la mayoría de las normas reguladoras de aspectos sociales de la UE. No cabe duda que su aprobación supuso un impulso esencial a la tantas veces degradada y rechazada política social común. Bien podemos decir que es la base del actual desarrollo de la política social; es por esto que el punto de partida que vamos a utilizar es justamente dicho APS. Recordemos que el Acuerdo de Política Social fue firmado por todos los Estados miembros excepto el Reino Unido, que quedó así excluido en principio de las más trascendentales innovaciones en el campo social². En cuanto a la eficacia de dicho Acuerdo, se plantearon importantes dudas, si bien la posición predominante es la de otorgar al APS la misma naturaleza del Protocolo de Política Social en el que está integrado, por lo que tiene la consideración jurídica de norma interna, siendo parte del Tratado de Maastricht³.

Vamos a analizar ahora cuales son las principales líneas de desarrollo del APS; pero antes hemos de recordar una cuestión importante: con posterioridad a la aprobación del Tratado de Maastricht, que supone una importante modificación al Tratado de Roma, se ha procedido a realizar una versión consolidada del Tratado de Roma, que incorpora las importantes modificaciones procedentes de Maastricht, dicha versión consolidada (con la nueva enumeración del articulado) se realiza a través del Tratado de Amsterdam de 1997.

En cuanto a las líneas esenciales de esta nueva regulación establecida en Maastricht, hay que distinguir entre las modificaciones al Tratado de Roma, introducidas directamente por el articulado del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) y las novedades aportadas por el APS. En cuanto a lo primero, hay diversas modificaciones en materia de libre circulación de personas, igualdad de trato entre trabajadores de diferente sexo, formación profesional, y en materia de política de cohesión económica y social. En cuanto al APS, los objetivos sobre los que se centró fueron los de fomento del empleo y lograr un nivel de empleo elevado, mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, el desarrollo de una protección social adecuada, el fomento del diálogo social y la lucha contra las exclusiones (art. 1º del APS). Para lograr estos fines el APS establece diversos instrumentos, de los cuales nos centramos fundamentalmente en dos: la ampliación de las competencias comunitarias, y el impulso al diálogo social en Unión Europea (art. 2º APS).

A) Ampliación de competencias en el ámbito social.

En cuanto a la ampliación de las competencias comunitarias⁴, hay que diferenciar entre aquellas para cuya adopción se ha establecido un procedimiento simplificado de aprobación⁵ (por mayoría cualificada), y aquellas otras en las que sigue aplicándose la unanimidad:

2. Puede hablarse de una auténtica "secesión" del Reino Unido que obligó a hacer una construcción del edificio social a once y no a doce. En este sentido ROCCELLA, M. y TREU, T.: "Diritto del lavoro della Comunità Europea", Cedam, Padua, 1995, página 32.

3. Respecto a las dudas sobre su naturaleza jurídica, vid. ROCCELLA, M. y TREU, T.: Op. cit., páginas 32 y 33.

4. Para completar el panorama de las materias que asume, compartiéndolas con los Estados miembros, la Unión Europea, hay también que resaltar como diversas materias quedan totalmente fuera de la competencia de la Unión: remuneración, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y cierre patronal.

5. Hay que subrayar que este procedimiento simplificado supone facilitar la toma de decisiones en la Unión Europea en materia social, largo tiempo bloqueadas por la exigencia de la unanimidad. En definitiva, un impulso a la política social.

Mayoría simple:

- La mejora del entorno de trabajo (salud y seguridad en el trabajo).
- Condiciones de trabajo.
- Información y consulta a los trabajadores.
- Integración de las personas excluidas del mercado laboral.
- Igualdad entre hombres y mujeres en lo que atañe a las oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo.

Unanimidad:

- Seguridad Social y protección social.
- Protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo.
- Representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores.
- Condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Comunidad.
- Contribuciones financieras dirigidas al fomento y la creación de empleo.

Hay que subrayar que no son competencias en exclusiva de la Comunidad, sino compartidas con los Estados, de manera que tanto uno como otros podrán regular sobre tales materias, si bien el Derecho Comunitario tiene la primacía sobre la regulación nacional.

En definitiva, es evidente que aunque el aspecto social no sea el principal para la construcción de la Unión Europea, el APS ha supuesto un importante impulso a una Europa "social" y a la convergencia social entre los diferentes países miembros que conduzca a una verdadera integración social.

La importancia de la distinción entre estos dos grupos de materias es trascendental, por dos razones:

- En primer lugar, supone que para un importante conjunto de materias sociales se evita la posibilidad del veto que impida el desarrollo normativo comunitario de las mismas, pues ya no se va a exigir la unanimidad. Es evidente que dicha medida supone facilitar la toma de decisiones en el ámbito social.
- De otro lado, hay que reconocer que además, en el reparto de materias que se ha realizado, se han ubicado la mayoría de las materias de carácter social al procedimiento simplificado, lo que favorece un desarrollo más fluido de la política social comunitaria. Puede parecer ésta una afirmación inadecuada, pues aparentemente los dos listados de materia parecen cuantitativamente compensados; sin embargo, hay que observar como se ha incluido en el listado de materias a desarrollar por procedimiento simplificado, a las "condiciones de trabajo". Recordemos que la jurisprudencia comunitaria ha realizado una interpretación bastante amplia y

flexible del concepto condiciones de trabajo, incluyendo con carácter general la entera regulación de la relación laboral. Tan sólo se exceptúan los supuestos expresamente mencionados en el listado de materias a desarrollar por unanimidad.

B) El diálogo social.

El otro instrumento es el diálogo social europeo. La trascendencia de este mecanismo ha sido y es, a mi juicio, tan relevante, que es la base sobre la que se asienta la negociación colectiva europea. Justamente a esta cuestión le vamos a dedicar la primera parte de este informe, pues lo que se plantea en los arts. 3º y 4º del APS es la introducción de mecanismos de diálogo social, del que con bastante comodidad puede pasarse a auténtica negociación colectiva europea, para impulsar el proceso de convergencia social. Sobre las instituciones comunitarias va a caer la carga de fomentar estos mecanismos.

Ciertamente se propone una fórmula muy novedosa (desde la perspectiva comunitaria), para lograr tal finalidad. La novedad es aún más importante, pues como vamos a comprobar posteriormente, esta regulación otorga a los interlocutores sociales un papel de consulta en el desarrollo de la regulación comunitaria en materia social; más aún, se les otorga la posibilidad de sustituir la iniciativa normativa comunitaria para asumir ellos mismos el desarrollo de dichas iniciativas a través de negociación colectiva. Se abre así las puertas a una armonización social a través de una normativa comunitaria negociada, y se impulsa también a una nueva fuente del derecho comunitario: la negocial.

2. LAS RELACIONES COLECTIVAS CON ANTERIORIDAD AL APS

Una vez que hemos centrado nuestro análisis en la negociación colectiva europea, a partir del APS incluido en el Tratado de Maastricht, hemos de hacer una mínima alusión a la situación anterior.

2.1. ¿Existencia de la negociación colectiva con anterioridad al APS?

Ciertamente la doctrina laboral ha venido planteándose la posibilidad de una negociación colectiva a nivel europeo desde los años sesenta⁶; sin embargo, han sido siempre planteamientos teóricos sin aplicación práctica.

El problema para el desarrollo de una negociación colectiva a nivel europeo reside en la inexistencia de una regulación específica sobre la materia. Concretamente la cuestión es doble:

- a) Hasta que se aprueba el APS hemos de admitir que no existía una base normativa lo suficientemente fuerte como para reconocer la existencia de la autonomía colectiva en el marco comunitario⁷, a partir de la cual construir sólidamente la negociación europea.

6. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea hasta Maastricht", Relaciones Laborales, Tomo 2º de 1992, página 40.

7. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea hasta Maastricht", op. cit., página 40.

- b) Aún cuando se establezca dicha base normativa sólida, hay un importante obstáculo que dificulta el desarrollo de la negociación colectiva, y es la inexistencia de reglas que la encaucen: ¿quién está legitimado para negociar, cuáles son las reglas formales de negociación, se exigen mayorías específicas de aprobación, cuál es la eficacia de lo negociado, cómo se aplica a los diferentes países miembros el resultado de la negociación, etc?

Hay que reconocer que la negociación colectiva con anterioridad a Maastricht ha sido un fenómeno prácticamente inexistente, aunque podemos encontrar algunos ejemplos aislados, fenómenos extraños en un páramo bastante desolado. Esos ámbitos en los que ha podido encontrarse algún rastro de negociación colectiva europea ha sido el de las empresas multinacionales o bien grupos de empresas, que están presente en diversos países de la Unión Europea. Estos acuerdos de empresa o grupo de empresas han tenido un objetivo material bastante limitado, pues han sido dedicados tan sólo a regular los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Es evidente la limitación de este mecanismo, pero no podemos olvidar que estos acuerdos de empresa son los antecedentes inmediatos de la negociación colectiva a nivel europeo, justamente por esto es por lo que vamos a dedicar la última parte de este estudio al análisis de los mismos. No hay, sin embargo, ningún ejemplo de lo que podría considerarse como auténticos acuerdos colectivos de nivel europeo; es decir, de carácter sectorial o intersectorial⁸.

2.2. La irrupción del diálogo social

Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta la práctica inexistencia de la negociación colectiva con anterioridad al APS, hay que poner el acento de la cuestión en el diálogo social. Es a partir de este mecanismo del que va a surgir una verdadera negociación colectiva a nivel de la Unión Europea. Es por ello que debemos centrarnos en esta institución, si queremos ver cuál es la realidad de la negociación europea en estos momentos.

2.2 a) *Un análisis conceptual del diálogo social europeo*

Para un estudio de esta cuestión es necesario saber a qué nos referimos cuando hablamos de diálogo social. Al respecto hay que señalar como podemos encontrar la figura del diálogo social enunciada en diversas normas comunitarias. Así, analizando la regulación previa al APS podemos mencionar dos normas que merecen especial interés:

- De un lado, el art. 118 B del Tratado Constitutivo, según la redacción otorgada a dicho precepto de conformidad a las modificaciones introducidas por el Acta Unica (1986). Dicho precepto señalaba que "La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes".

Merece la pena señalar cómo la normativa comunitaria contaba ya en 1986 de una alusión expresa al diálogo social. Dicho precepto se limitaba, sin embargo, simplemente a señalar como una de las tareas propias de la Comisión la de promover el diálogo social; sin embargo, no se señala nada

8. Sobre la consideración de este tipo de acuerdo marco europeo como auténtica negociación colectiva europea, vid. OJEDA AVILES, A.: "¿Son «meras recomendaciones» los acuerdos colectivos europeos?", Relaciones Laborales, Tomo 2º de 1998, páginas 302 y 303.

acerca de cuales eran las concretas actuaciones que debía realizar la Comisión en desarrollo de tal obligación. Pero mucho más importante es subrayar que ya en este momento la regulación comunitaria prevé expresamente la posibilidad de pasar de un simple procedimiento de diálogo social a algo mucho más complejo: la negociación colectiva.

En cuanto a los aspectos críticos de esta norma, es evidente que si bien se establece una obligación promocional por parte de la Comisión, dicha obligación tiene un escaso recorrido, pues no se establece expresamente los cauces procedimentales para llevarlo a cabo. Dicho de otra manera, si bien se establecía la obligación de promocionar el diálogo social no se establecían obligaciones jurídicas en desarrollo de la misma, lo cual implicaba una evidente ineficacia del intento. De otro lado, de la regulación establecida en el art. 118 B) no se deduce, ni mucho menos, una base jurídica clara de legitimación de la negociación colectiva europea⁹.

En segundo lugar, podemos mencionar otra norma, el art. 12 párrafo segundo de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1992): "El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que debe desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular interprofesional y sectorialmente". Como podemos observar este segundo precepto se limita a reiterar simplemente la norma del Acta Única. El objetivo de esta Carta Comunitaria era el de establecer un conjunto de normas mínimas sociales, comunes a los diferentes países de la CEE, para avanzar así en el camino de establecer un modelo social común. Sin embargo, la intención quedó bastante limitada, pues la Carta Comunitaria tiene un carácter exclusivamente programático, sin tener en ningún caso valor normativo. Como señalan ROCCELLA y TREU es una "solemne declaración de principios", sin efectos vinculantes¹⁰.

Pero la presencia del diálogo social no es algo que se haya limitado a la regulación precedente al APS; muy al contrario, podemos encontrarnos esta institución recogida y señalada en la normativa actualmente en vigor y que procede de las modificaciones que introdujo el Tratado de Maastricht; así el actual art. 138 establece la obligación de la Comisión de "adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo" (el de los interlocutores). También el art. 139.1, a tenor del "El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos".

A tenor de lo señalado es posible llegar a dos conclusiones:

- a) En primer lugar, en todos estos preceptos se insiste en dos ideas concretas. De un lado en el papel promocional que tienen las instituciones europeas respecto del diálogo social. Por otra parte, es especialmente importante que se prevea expresamente el paso del simple diálogo entre los interlocutores sociales a una actuación diferente y de cualificación superior: a la negociación colectiva.

9. ARRIGO, G.: Op. cit., página 132. En la misma dirección RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea hasta Maastricht", Relaciones Laborales, Tomo II de 1992, página 42; también VALDES DAL-RE, F.: "La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada", RL Tomo II de 1997, página 64. RAMOS MARTIN, N.: "El diálogo social en la Unión Europea", Actualidad Laboral nº 33 de 2000, página 558.

10. ROCCELLA, M. y TREU, T.: "Diritto del Lavoro della Comunità Europea", CEDAM, Padova, 1995, página 23.

- b) Aunque la regulación comunitaria haya recogido de manera expresa la figura del diálogo social, lo cierto es que no existe ningún concepto normativo sobre el diálogo social. A tenor de este último elemento, ¿cómo podemos definir entonces el diálogo social?

Desde nuestro punto de vista podemos señalar que el diálogo social es fundamentalmente un mecanismo de intercambio de opiniones, de puntos de vista entre los interlocutores sociales. Es un mecanismo bastante simple de intercambio de pareceres, que se diferencia así de otros mecanismos más formalizados como la concertación social o la negociación colectiva. Podemos, por tanto ofrecer el siguiente concepto de diálogo social: es la manera más simple de relación entre los interlocutores sociales¹¹, que tiene el objetivo de facilitar el intercambio de posturas y opiniones entre los interlocutores sociales¹² con la intención de incidir en la consecución de posturas comunes en cuestiones de interés para ellos, sin necesidad de llegar a acuerdos colectivos¹³.

Pero es importante, como he tenido ocasión de defender con anterioridad¹⁴ que a la hora de conceptualizar el diálogo social, lo diferenciamos de esas otras figuras cercanas al mismo: concertación y negociación colectiva.

Antes hemos señalado como el diálogo es un mecanismo de intercambio de pareceres de carácter simple. Esta simplicidad puede constatarse desde el punto de vista del objetivo perseguido con este mecanismo: con el diálogo social no se persigue llegar a ningún acuerdo. Dicho de otra manera, el acuerdo no es el objetivo del diálogo social. El objetivo es el intercambio entre los interlocutores sociales. Al respecto podemos acudir al concepto utilizado por MARTIN VALVERDE: "el concepto de diálogo social no comprende la consecución de un acuerdo conjunto, sino un objetivo más limitado, que es el de canalizar y hacer circular adecuadamente la información entre los sujetos que dialogan, tanto sobre sus planes o proyectos como sobre los análisis y datos empíricos en que tales planes o proyectos se apoyan (...) el propósito informativo no descarta, al contrario, más bien postula, que el dialogo ejerza una influencia más o menos difusa de unos participantes sobre otros. Pero lo característico de esta actividad es que mediante ella no se convierta en acuerdo conjunto lo que corresponde al ámbito de la competencia propia de los distintos interlocutores"¹⁵.

En este sentido, hemos de recordar que el apartado 10º de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a al aplicación del protocolo sobre la política social (Bruselas, 14 de diciembre de 1993) apuntaba justamente en esta dirección, pues afirmaba que "El diálogo tradicional entre los interlocutores sociales a escala comunitaria (...), se ha traducido en debates e intercambios de puntos de vista sobre cuestiones de interés común. Aunque estos encuentros no hayan dado lugar a compromisos formales por parte de los interlocutores sociales, sí que han conducido a muchas posiciones comunes sobre temas importantes, como los problemas macroeconómicos, la introducción de nuevas tecnologías o la adaptabilidad del mercado laboral".

11. En este sentido LYON-CAEN, A.: "Droit Social International et Européen", Dalloz, París 1991, página 299.

12. ROCCELLA, M. y TREU, T.: Op. cit., página 374.

13. RUIZ CASTILLO, M.M.: Op. cit., página 708.

14. GORELLI HERNANDEZ, J.: "El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del Derecho", Temas Laborales nº 55, páginas 45 y ss.

15. MARTIN VALVERDE, A.: "Concertación social y diálogo social", Relaciones Laborales Tomo II de 1994, página 339. En similar dirección APARICIO TOVAR, J.: "¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho Comunitario?", REDT nº 68, página 928.

Por contra, en el caso de concertación social es evidente que el objetivo es lograr un acuerdo, un macroacuerdo entre los grandes interlocutores sociales y los representantes gubernamentales o institucionales. En el mismo sentido, la diferencia entre diálogo y negociación reside también en el hecho de que la negociación es un procedimiento que tiene como fin alcanzar un acuerdo que establecerá una regulación de determinadas relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores. Por otra parte, también podemos decir como al tener como objetivo la negociación un acuerdo, surge un segundo elemento de distinción con el diálogo, pues la negociación colectiva tiene normalmente un matiz conflictivo, son dos posturas enfrentadas. Por contra, cuando se acude a un procedimiento de diálogo social, lo esencial es que estamos ante un mecanismo de colaboración y participación¹⁶.

Hay estudios teóricos que utilizan el elemento subjetivo como instrumento para distinguir entre estas figuras. Pero desde nuestro punto de vista, no sirve como criterio distintivo entre diálogo social y concertación/negociación. El diálogo social puede establecerse tanto con carácter bipartito como tripartito. Es decir, el diálogo social puede ser una relación bipartita, exclusivamente entre los interlocutores sociales de las dos partes (representantes de las organizaciones laborales y patronales); de hecho hay autores que consideran que esta es la situación ideal u ordinaria del diálogo social¹⁷. Sin embargo, también es posible el diálogo a tres bandas (tripartito), con la participación del poder estatal o del poder político; más aún, cuando se dice que las instituciones de la Unión Europea deben fomentar las fórmulas de diálogo, se deduce que pueden participar en estos procedimientos. Dicho de otro modo, el diálogo social puede entablarse directamente entre los interlocutores sociales, pero también entre éstos (bien de manera unilateral o bilateral) y los órganos institucionales¹⁸. Por lo tanto, no estimo como acertada aquella opinión de que el diálogo social en la Unión Europea deba realizarse tan sólo entre los interlocutores sociales, excluyendo a las instituciones comunitarias.

Ciertamente la concertación social tradicional tiene carácter tripartito, de hecho en sentido estricto, la concertación social debe ser tripartita¹⁹, pero en ocasiones nos hemos encontrado supuestos en los que esta es bipartita (por ejemplo, dentro de nuestro país podemos recordar los múltiples supuestos en que los procesos de concertación se han protagonizado por uno sólo de los interlocutores sociales, fundamentalmente los sindicatos, y el gobierno). Si se utiliza un estricto criterio subjetivo para distinguir entre diálogo y concertación, puede haber confusiones, pues en ambos casos son fenómenos bipartitos o tripartitos.

Desde el punto de vista de la negociación colectiva, fenómeno siempre bipartito, también podrían plantearse problemas, pues como hemos visto el diálogo social puede ser realizado sólo entre los interlocutores sociales.

En definitiva, no consideramos que el criterio subjetivo sea útil para distinguir entre estas diferentes figuras. Por contra, si es cierto que el criterio subjetivo tiene una importante utilidad para distinguir entre la concertación social y la negociación colectiva, pues por definición la negociación excluye la presencia de la representación estatal o institucional (salvo cuando actúa como verdadero y propio empresario).

16. ROCCELLA, M. y TREU, T.: Op. cit., página 375.

17. En este sentido RUIZ CASTILLO, M.M.: "El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea", Revista Española de Derecho del Trabajo nº 85, página 714.

18. En este sentido MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., página 340.

19. MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., página 337.

2.2 b) El diálogo social hasta el APS

Hemos visto algunos textos normativos comunitarios que se referían expresamente a la figura del diálogo social, pero esta institución ha venido existiendo en la práctica desde el origen de la CEE, encontrando determinados huecos o intersticios en los que actuar.

Así, algunos textos originarios de la Comunidad ya establecían la necesidad de consultar a las “asociaciones” de trabajadores y empresarios (así el art. 46 del Tratado de la CECA) o la creación de Comités Consultivos (art. 48 Tratado de la CECA)²⁰. También puede entenderse que se ha realizado diálogo social a través de un instrumento que está recogido ya en la versión original del Tratado de Roma, el Comité Económico y Social (arts. 257 y ss del Tratado Comunidad Europea -antiguos arts. 193 y ss-)²¹.

Por otra parte, ha sido una práctica corriente desde los primeros días de la Comunidad Económica Europea acudir a mecanismos de consulta trilateral²², y sobre todo a través de comisiones de carácter paritario bilaterales y de ámbito sectorial (siderurgia, minería, agricultura, telecomunicaciones, aviación civil, etc)²³. Sin embargo, los resultados de estas vías de diálogo social fueron bastante reducidos y apenas merecen atención.

Con posterioridad, concretamente durante los años 80, se impulsa la necesidad del diálogo social como elemento comunitario. Surge así un núcleo informal de diálogo social que en buena medida es la base y el origen de la situación actual. Me refiero a las llamadas conversaciones de Val Duchesse (se llaman así por el lugar donde se realizaron), que tuvieron lugar entre los representantes de las más importantes organizaciones sindicales y empresariales, CES (Confederación Europea de Sindicatos²⁴), UNICE (Unión de Industrias de la Comunidad Europea) y CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas). El objeto de las mismas era el intercambio de opiniones, la discusión de cuestiones de carácter general y de especial relevancia socioeconómica²⁵.

Estas conversaciones que se desarrollaron a iniciativa de la Comisión y fueron especialmente impulsadas por el entonces Presidente Jaques Delors, que tuvo una actuación de clara promoción de dichos encuentros (aparece de nuevo el papel de fomento y promoción de las instituciones comunitarias en

20. Sobre estos puede verse a RAMOS MARTIN, N.E.: “El diálogo social en la Unión Europea”, *Actualidad Laboral* nº 33 de 2000, páginas 555 y 556.

21. Sobre esta institución, recordemos como ha tenido una escasa influencia en la adopción de decisiones por parte de la UE, de ahí el escaso interés que puede haber despertado. Sobre esta opinión vid. HERRADOR BUENDIA, F.M.: “La influencia comunitaria europea en el diálogo social español”, *RMTAS* nº 26, página 47.

22. El citado Comité Consultivo de la CECA, o el CES, el Comité del Fondo Social Europeo, el Comité técnico para la libre circulación, etc.

23. Sobre esta cuestión vid. ROCCELLA, M. y TREU, T.: Op. cit., página 370 y ss; también VALDES DAL-RE, F.: Op. cit., página 65.

24. Téngase en cuenta que en ella se integran tanto la UGT como CC.OO.

25. En líneas generales puede señalarse que las cuestiones objeto de debate en estas conversaciones fueron temas de interés general, elegidos entre aquellos a los que era más fácil llegar a posturas comunes. Siguiendo a ROCCELLA y TREU, hubo varias sesiones de encuentros. La primera de ellos, entre 1985 y 1986, versó sobre la estrategia de cooperación a efectos del incremento de la ocupación. Una segunda serie, desarrollada a lo largo de 1987, tuvo su centro en la materia de la introducción de nuevas tecnologías y su incidencia desde el punto de vista de la formación de los trabajadores y los derechos de información y consulta. La tercera serie (1989-1990) se dedicó a la formación profesional, y una cuarta serie ha dado frutos en materia de creación de un espacio europeo de movilidad funcional y geográfica.

materia de diálogo social). La Comisión adoptaba un papel de mediador facilitando el apoyo técnico para que funcionase este procedimiento de diálogo social²⁶.

Con posterioridad este diálogo informal se fue formalizando, se creó un “grupo de pilotaje” presidido por el Comisario de Asuntos Sociales, que organizaba de manera permanente el diálogo social. El resultado de estas conversaciones fueron unos documentos, titulados “pareceres comunes”²⁷. Estos implicaban que a través del diálogo social se había llegado a determinados puntos de encuentro entre los interlocutores sociales; si bien no tenían ninguna eficacia jurídica ni obligaba a las partes²⁸. En todo caso, desde el punto de vista de las relaciones políticas, este tipo de resultado tenía mayor importancia, pues el objetivo era el de incidir en los actos de gobierno de las instituciones europeas, de modo que la opinión común de los interlocutores sociales incidiera en la posterior elaboración de la regulación comunitaria. En este sentido podemos recordar el caso de la Directiva 94/45, sobre comité de empresa europeo²⁹, claramente inspirada en el procedimiento de diálogo social previo.

Pero el resultado de este diálogo social puede ser otro bien distinto, pues como ya hemos señalado, entre el diálogo social y los procedimientos de negociación no hay mucha distancia, de modo que el diálogo a veces es una fase previa a la negociación. En este sentido podemos recordar como las conversaciones sirvieron para dar pie a una expresión de la negociación colectiva: me refiero al acuerdo marco CES-CEEP de 6 de septiembre de 1990³⁰.

Debemos volver a resaltar la importancia que en el evolución del diálogo social han tenido estas conversaciones de Val Duchesse. En buena medida, la modificación del Tratado Constitutivo que se realiza a través del Acta Única Europea, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, es consecuencia directa de tales conversaciones. Se reconoció normativamente la importancia de tales reuniones³¹. Con posterioridad el legislador vuelve a plasmar normativamente la necesidad de fomentar el diálogo social en la Carta de Derechos Sociales Fundamentales. Se comprende ahora la importancia que ha tenido en esta materia ese procedimiento informal de diálogo social. Una vez comprobado que este procedimiento es capaz de ofrecer importantes resultados, se introdujo en la normativa comunitaria, estableciendo la necesidad de fomentar dicho procedimiento por parte de las instituciones comunitarias.

2.2 c) Razones para el impulso comunitario al diálogo social

A tenor de todo lo que hemos señalado podemos obtener una conclusión: hay una evidente pretensión de la regulación comunitaria para impulsar el diálogo social en la Comunidad. La cuestión ahora es averiguar cuál es la razón para este cambio.

26. PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit., página 57.

27. Sobre los mismos, vid. HERRADOR BUENDIA, F.M.: op. cit., páginas 48 y 49.

28. ARRIGO afirmaba que estos pareceres comunes eran “actos equivalentes a comunes declaraciones de intenciones”. “Il Diritto del Lavoro dell’Unione Europea”, Giuffrè, Milano 1998, página 131.

29. CASAS BAAMONDE ha estimado que en esta Directiva estamos ante un intento de legislación concertada, pues la propuesta de Directiva vino precedida de un dictamen conjunto de la CES, la UNICE y la CEEP, en el marco de las conversaciones de Val Duchesse. “Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos”, RL Tomo I de 1993, páginas 65 y 66.

30. Hay que tener en cuenta que este acuerdo carece de eficacia normativa y se remite a la negociación colectiva nacional para su trasposición.

31. ARRIGO, G: Op. cit., página 131.

Desde nuestro punto de vista el motivo que justifica la potenciación del diálogo social obedece a una necesidad muy clara de utilizar al diálogo social como mecanismo de convergencia en el plano social.

Uno de los principales problemas que se han planteado en el seno comunitario es el “déficit social”³². Es innegable que la Comunidad Europea nace sobre todo con la intención de alcanzar intereses de carácter manifiestamente económicos, teniendo como objetivo final lograr la convergencia económica. Se dejan, por tanto de lado a los aspectos de carácter social que no han tenido importancia y han sido constantemente marginados.

Pero junto a esta debilidad originaria de los aspectos sociales comunitarios hay que sumar el hecho de que cuando se planteó durante el final de los 70 y comienzo de los 80 la necesidad de afrontar una política social común, surgieron obstáculos políticos por parte de diversos países miembros, especialmente destacable es la actuación del Reino Unido en este sentido. En la práctica esta actitud supuso la paralización del proceso de armonización de la normativa comunitaria social.

Es en este momento cuando las instituciones comunitarias se fijan en la figura del diálogo social, cuando queda claro que la convergencia social no puede lograrse de manera espontánea³³ por los diferentes intereses políticos. Las instituciones comunitarias se vuelven hacia los interlocutores sociales para que sean ellos los que, a través del diálogo social, impulsen el proceso de convergencia social³⁴. De ahí que el derecho comunitario establezca la necesidad de que las instituciones comunitarias impulsen el diálogo social. Pero con esto no basta, de ahí que el Acuerdo de Política Social haya profundizado en esta cuestión, no sólo promocionando el diálogo, sino estableciendo mecanismos formalizados que deben ser necesariamente puestos en marcha por los organismos europeos competentes. Estos se regulan en los arts. 3³⁵ y 4³⁶ del APS, hoy incorporados al Tratado Constitutivo como arts. 138 y 139.

32. PEREZ DE LOS COBOS, F.: “El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea”, Civitas, Madrid 1994, página 19.

33. ROCCELLA, M. y TREU, T.: Op. cit., página 31.

34. Vid. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.: “Derecho Social Europeo”, Tecnos, Madrid 1994, páginas 44 y ss.

35. “1. La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta de los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las decisiones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado

2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria.

3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación.

4. Con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 4. La duración del procedimiento previsto en el presente artículo no podrá exceder de nueve meses, salvo si los interlocutores afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión”.

36. “1. El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.

2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al art. 2 y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de un decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

El Consejo decidirá por mayoría cualificada, a no ser que el acuerdo de que se trate contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos contemplados en el apartado 3 del artículo 2, en cuyo caso decidirá por unanimidad”.

Recordemos la redacción de tales preceptos:

Art. 3.1. “La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta de los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las decisiones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado

2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria.

3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación.

4. Con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 4. La duración del procedimiento previsto en el presente artículo no podrá exceder de nueve meses, salvo si los interlocutores afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión”.

Art. 4.1. “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.

2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al art. 2 y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

El Consejo decidirá por mayoría cualificada, a no ser que el acuerdo de que se trate contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos contemplados en el apartado 3 del artículo 2, en cuyo caso decidirá por unanimidad”.

3. LAS RELACIONES COLECTIVAS A PARTIR DEL APS

3.1. Los mecanismos de consulta

Tal como hemos visto el diálogo social ha evolucionado desde mecanismos poco formalizados a instrumentos regulados expresamente por la normativa comunitario, que tienen carácter obligatorio. Podemos decir, por tanto, que la principal novedad que aporta el APS es la institucionalización del diálogo social a tenor de los arts 3 y 4 del APS, hoy arts. 138 y 139 del Tratado de la Unión.

El hoy art. 138 establece la obligación que recae sobre la Comisión de fomentar la consulta de los interlocutores sociales. El apartado primero de dicho artículo establece que: “La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta de los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas

las decisiones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado”

Podría entenderse que estamos ante el típico precepto de escasa eficacia, pues nada se diseña en cuanto al desarrollo de este compromiso. Pero hemos de recordar la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a la aplicación del protocolo de política social, que en su apartado nº 12 señalaba como posibles medidas de apoyo al diálogo social: “la organización de reuniones, la ayuda aportada a estudios realizados en común o a grupos de trabajo mixtos, y también la prestación de asistencia técnica que se considere necesaria para mantener el diálogo”.

Pero el impulso al diálogo no se queda ahí, va mucho más lejos, pues en los apartados 2º y 3º se diseña una serie de obligaciones que deben desarrollarse durante el proceso de elaboración de las normas comunitarias: “2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria. 3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación.”

Se trata de mecanismos de consulta obligatoria para la Comisión en el marco de su tarea normativa. Se establece así que el diálogo social puede incidir de forma esencial sobre la regulación comunitaria; eso sí, tan sólo en el ámbito social.

Desde nuestro punto de vista, aunque se trata de unos mecanismos institucionalizados³⁷, estamos ante una auténtica expresión del diálogo social³⁸, pues la base del mismo es el intercambio de opiniones entre los interlocutores sociales, que no se pretende llegar a un acuerdo, sino tan sólo incidir de manera activa en la decisión que la contraparte va a tomar dentro del ámbito de sus competencias.

¿En qué consisten las obligaciones de consulta? De entrada hemos de señalar que se trata de dos consultas de carácter diferente. La primera afecta al período previo al inicio del proceso de elaboración normativa. Concretamente, la Comisión, antes de presentar propuestas normativas relativas a la política social, debe consultar a los interlocutores sociales respecto de la orientación de la acción normativa comunitaria.

El objetivo es el de ofrecer a los interlocutores sociales la posibilidad de que opinen sobre la “orientación” de la acción comunitaria; es decir, hay que subrayar que no se trata de una consulta sobre el contenido, pues la acción normativa ni tan siquiera existe todavía formalmente.

Es decir, se pide a los interlocutores sociales que opinen sobre la intención de las instituciones comunitarias de regular una concreta materia social en un determinado sentido o dirección. Es decir, sobre la viabilidad y oportunidad de la acción normativa comunitaria³⁹. La intención es la de que se

37. ARRIGO, G.: Op. cit., página 148.

38. En el sentido de estimar estos mecanismos de consulta que permiten el intercambio de opiniones y posiciones sobre los problemas económicos y sociales, se configuran como expresión del diálogo social, RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La negociación colectiva europea hasta Maastricht”, RL Tomo II de 1992, páginas 42 y 43.

39. PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit. página 132.

tenga en cuenta la posición de los actores sociales, de modo que pueda incidir o corregir en lo posible la intención de los órganos normativos comunitarios. Evidentemente la eficacia de este mecanismo dependerá de la sensibilidad que tengan las instituciones comunitarias respecto de las posiciones de los interlocutores, pero a buen seguro que una oposición radical por parte de alguno de los interlocutores supondrá un replanteamiento por parte de la Unión Europea. Si la oposición frontal procede de ambos interlocutores, la incidencia será mucho mayor, pues en el fondo este mecanismo de consulta o diálogo, es un instrumento para legitimar la actuación de unos órganos comunitarios, acusados tradicionalmente de excesiva burocratización y de actuar con un importante déficit de legitimación democrática; en definitiva, el mecanismo se utiliza también como un refrendo a la actuación de las instituciones comunitarias. Por otra parte, las observaciones que realicen los interlocutores podrán ayudar a mejorar la iniciativa normativa.

Se trata de un mecanismo que incide en la iniciativa normativa comunitaria; es decir en el momento inicial del procedimiento de elaboración de las normas comunitarias, pues ha de realizarse antes de presentar las propuestas que abren el proceso normativo. Más aún, dado su carácter general se refiere a cualquier tipo de norma comunitaria cuya iniciativa corresponde a la Comisión; es decir, tanto Directivas, como recomendaciones o decisiones. Sin embargo, hay un importante límite material, pues este deber de consulta surge única y exclusivamente cuando estamos ante propuestas dentro del ámbito de la "política social". En cuanto a qué hemos de entender por política social, parece conveniente dirigirnos al art. 137 (antiguo art. 118), donde se establecen las competencias comunitarias en esta materia.

En cuanto a cómo ha de realizarse esta consulta, nada establece el art. 138, aunque la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1993, señala en su apartado nº 19 que la primera consulta tendrá lugar "mediante la recepción de la carta de la Comisión. La consulta solicitada podrá tener lugar por escrito o, si los interlocutores sociales así lo desean, mediante la organización de una reunión ad hoc. El período de consultas no podrá ser superior a seis semanas".

Hay que advertir que el resultado de esta consulta no es vinculante, pues tal como se deduce del art. 138.3, la decisión de continuar adelante le pertenece en exclusiva a la Comisión.

En segundo lugar, se establece una segunda obligación de consulta en el apartado tercero del art. 138, a tenor del cual, una vez realizada la primera consulta, y si estima conveniente continuar con la actuación normativa, la Comisión procederá a consultar de nuevo a los interlocutores sociales sobre "el contenido de la propuesta".

En cuanto a los sujetos a los que se va a consultar, estos serán los mismos que participaron en la primera consulta. En cuanto al contenido de esta segunda consulta, se refiere al contenido mismo de la propuesta de la Comisión. De nuevo el objetivo que persigue este mecanismo de consulta es permitir que la opinión de los interlocutores sea tenida en cuenta en el momento de establecer la regulación comunitaria en materia social. También aquí habrá una mayor incidencia si los interlocutores sociales hacen un frente común⁴⁰; y, al igual que en la primera de las consultas, se pretende también por parte

40. En este sentido RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea tras Maastricht", RL Tomo II de 1992, página 49.

de la comisión hacerse con un plus de legitimidad para su labor normativa, a través de la consecución de un consenso entre los interlocutores sociales⁴¹.

En cuanto al procedimiento de la consulta, de entrada los interlocutores sociales recibirán, a tenor de lo dispuesto en el apartado nº 19 de la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentada por la Comisión al Consejo y al Parlamento, de 14 de diciembre de 1993, una segunda carta enviada por la Comisión, en la que figurará el contenido de la propuesta contemplada, con inclusión de la indicación de su posible base jurídica. A partir de ahí los interlocutores sociales podrán estudiar la propuesta, y ofrecerán su punto de vista. Concretamente el art. 139.3 del Tratado establece que se remitirá a la Comisión un dictamen o una recomendación, si bien no se aclaran las diferencias entre un mecanismo u otro y cuando deben ser utilizados y en que casos. La cuestión se resuelve a través de lo establecido en el apartado nº 19 de la mencionada Comunicación al Consejo y al Parlamento, de 14 de diciembre de 1993, que estima que los interlocutores “expresarán a la Comisión una opinión por escrito y, si lo desean, en una reunión ad hoc, en la que se expongan los puntos de acuerdo y de desacuerdo de las posiciones respectivas sobre el borrador. En su caso, presentarán una recomendación con las posiciones comunes sobre el borrador. La duración de esta segunda fase tampoco deberá exceder seis semanas”.

A tenor de la posibilidad aquí expuesta, hay alguna opinión doctrinal según la cual, estos mecanismos de consulta pueden dar lugar a un proceso de auténtica legislación concertada⁴².

Hay que tener en cuenta que la regulación comunitaria, al establecer en el art. 138 la obligación de promocionar los mecanismos de consulta, además especifica que ambas partes deben contar con un apoyo equilibrado. De esta regla, recogida en el art. 138.1 se pueden obtener diversas conclusiones. La primera es que como expresión del papel de fomento que corresponde a la Comisión, las partes han de recibir los apoyos necesarios para que puedan desarrollar de una manera efectiva las actividades de consulta en que se plasma el diálogo social. Desde nuestro punto de vista esto supone que la Comisión debe realizar actuaciones de sostenimiento técnico de los mecanismos de consulta. Sin embargo, no existe una concreción de en que han de consistir estas actuaciones. Esta circunstancia puede poner en peligro el desarrollo fluido de los mecanismos de consulta, pues no se señala de manera específica cuales son las concretas obligaciones de la Comisión en este punto.

De otro lado, esta actuación de fomento ha de consistir en un “apoyo equilibrado”; es decir, que la Comisión ha de tener una posición de neutralidad en las facilidades que otorgue a cada una de las partes. Ahora bien, hay que entender que dicha neutralidad no supone un trato idéntico o igual para cada uno de los interlocutores sociales que interviene, pues lo cierto es que cada uno de los interlocutores sociales parte de unas posibilidades de actuación diferentes, con medios distintos, normalmente en función de cual sea la situación económica del mismo. De ahí que no tenga que realizarse una actuación idéntica a la hora de otorgar facilidades o medios de actuación a cada uno de los interlocutores⁴³.

41. PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit., página 132.

42. CASAS BAAMONDE, M.E.: “«Doble» principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, RL Tomo I de 1993, página 55.

43. En este sentido ROCCELLA, M. y TREU, T.: Op. cit., página 382.

Para terminar con esta cuestión, hemos de señalar como el precepto comentado plantea que se de un apoyo equilibrado a “ambas partes”. Es evidente que esto supone una distinción tradicional: en el diálogo social hay dos sujetos, parte laboral y parte empresarial. Esto no significa que los interlocutores sociales deban ser únicamente dos. Al contrario, en cada una de las partes pueden integrarse diferentes interlocutores sociales que representen a los dos polos (laboral y empresarial).

3.2. Los interlocutores sociales

Hasta ahora hemos venido hablando de determinados mecanismos a través de los cuales los “interlocutores sociales” van a intercambiar puntos de vista, de manera que puedan influirse entre sí, y lo que es más importante, puedan influir en las iniciativas normativas que corresponden a la Comisión. Ahora bien, ¿cuáles son esos interlocutores sociales? Lógicamente nos referimos a representantes de empresarios y de los trabajadores, pero cuáles son, cómo y quién decide otorgar tal consideración; más aún, de entre todos los interlocutores, ¿hay que consultarlos a todos, o sólo a algunos? Ciertamente estamos ante una de las cuestiones más trascendentales para el correcto funcionamiento, no sólo del diálogo social, sino también de la concertación social o de la auténtica negociación colectiva a nivel europeo; pues se requiere la presencia de sujetos con gran capacidad de representación de los trabajadores y de los empresarios para que estos sistemas puedan alcanzar la finalidad perseguida de superar el bloqueo social y de facilitar el requerido plus de legitimidad a la burocratizada Comisión.

De entrada cabe reseñar que no vamos a encontrar ninguna referencia en la normativa comunitaria respecto a esta cuestión, no se define como se alcanza la condición de interlocutor social de nivel comunitario con derecho a ser consultado. Hay un auténtico vacío normativo, que en la práctica puede entorpecer el desarrollo del diálogo social. Ciertamente es posible encontrar la existencia de determinados sujetos de nivel europeo, que pueden reconocerse la capacidad representativa entre sí (los representantes de los trabajadores reconocen a ciertas organizaciones empresariales y viceversa); pero entendemos que debe haber sobre todo un reconocimiento por parte de las instituciones comunitarias

La respuesta que ha dado la Comisión a esta cuestión es cuanto menos llamativa, y ello por varias razones. En primer lugar porque no ha sido una respuesta normativa, sino que ha utilizado un mecanismo de menor entidad: a través de la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 1993, relativa a la aplicación del Protocolo de Política Social⁴⁴. Se trata de un documento que carece de valor normativo jurídico, pero en el que se establecen las normas básicas que regulan la cuestión de la representatividad de los actores sociales.

La segunda cuestión que nos llama la atención es justamente cómo se articula ese mecanismo de control de la representatividad, pues no se establecen unos porcentajes en base a unos resultados electorales, ni un número mínimo de afiliados a nivel europeo, ni una antigüedad mínima. Es decir, no se establecen elementos estrictos para definir la representatividad exigida, sino unos criterios de carácter general que aparecen mencionados en el apartado 24 de la citada Comunicación y que son los siguientes:

44. Sobre la misma vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: “La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los «interlocutores sociales europeos»”, RL Tomo II de 1998, páginas 72 y 73.

- Ser organizaciones interprofesionales, sectoriales o de una categoría de trabajadores, y estar organizadas a nivel europeo.
- Estar compuestas por organizaciones, que, a su vez, formen parte integrante y reconocidas de las estructuras de interlocutores sociales de los Estados miembros, tengan la capacidad de negociar acuerdos y sean, en lo posible, representativas en todos los Estados miembros.
- Disponer de las estructuras adecuadas que garanticen su participación efectiva en el proceso de consultas.

A estos criterios se añade una lista de organizaciones que en el momento de elaboración de la Comunicación respondían a tales criterios, dicha relación aparece en el Anexo 2 de la Comunicación. La citada relación debe ser revisada en función de la experiencia adquirida en el proceso de consulta que hemos mencionado anteriormente y según la evolución del diálogo social. Es evidente que en la práctica lo esencial de este mecanismo no ha sido el conjunto de criterios que antes hemos mencionado, sino la relación o listado de organizaciones a las que se reconoce el papel de interlocutor social. Dicha relación se divide en cuatro apartados diferentes. El primero y más importante es el dedicado a las organizaciones interprofesionales (laborales y empresariales) de carácter general, donde se integran los tres grandes interlocutores sociales a nivel europeo:

- CES (Confederación Europea de Sindicatos)
- UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empresarios de Europa)
- CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública)

Los otros tres apartados de este listado son los siguientes: el segundo grupo es el de Organizaciones Interprofesionales que representan a determinadas categorías de trabajadores o de empresas; el tercer apartado es el de Organizaciones Específicas; y el último el de Organizaciones Sectoriales no Afiliadas a Organizaciones Interprofesionales. En este último caso, si son consultadas estas Organizaciones, aclara el Anexo 2 a la Comunicación, que también serán consultadas, según las necesidades, las organizaciones sectoriales de la UNICE y de la CES.

En total se trata de hasta 28 organizaciones, por lo que en realidad deberíamos hablar de dos grupos de interlocutores, de un lado los de carácter laboral y de otro los de carácter empresarial.

Desde un punto de vista crítico es evidente que el medio elegido por la Comisión no es precisamente el más ortodoxo: se eligen una serie de sujetos, directamente por el organismo comunitario, en base a unos criterios que podemos juzgar excesivamente generales. La justificación que puede encontrarse a esta actuación es que si la Comisión tiene la función de impulsar el diálogo social, para ello se requiere una base previa, la presencia de unos sujetos lo suficientemente fuertes. Para que este ocurra es necesario que haya un proceso, primero de agrupación, después de decantación entre los diferentes sujetos existentes, para así conocer cuales son los realmente representativos de los intereses de colectivos muy diversos y a nivel europeo, no sólo nacional. Para esto hace falta tiempo, y como hemos visto el interés de la Comunidad era el de impulsar de manera inmediata el diálogo social. Existía, por tanto, una evidente premura, cuyo resultado es justamente el sistema utilizado para individualizar quienes son los sujetos que pueden actuar en este proceso de consultas.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA

4.1. La negociación colectiva en general: supuestos

Desde nuestro punto de vista, con la actual redacción del art. 139 del Tratado se soluciona una seria limitación que existía en la anterior redacción del Tratado Constitutivo. La anterior regulación, específicamente el art. 118 b) del mismo Tratado Constitutivo (en su texto no consolidado), que literalmente establecía lo siguiente: “La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes”. A tenor de esta redacción la doctrina laboral había señalado que no existía una base jurídica lo suficientemente sólida como para afirmar la existencia de un derecho comunitario a la negociación colectiva.⁴⁵

Por contra, con la actual regulación recogida en el art. 139 podría afirmarse que dicho precepto reconoce un cierto derecho a la autonomía de los interlocutores sociales y la viabilidad jurídica de los acuerdos colectivos⁴⁶. Se demuestra así que muy al contrario de lo que algunos pensaban, la globalización no ha supuesto una reducción de la negociación colectiva, sino un incremento de las posibilidades de la negociación colectiva a nivel internacional⁴⁷.

Sin embargo, aunque hay un reconocimiento expreso a la existencia del derecho a la negociación colectiva, los problemas no terminan aquí, pues la regulación comunitaria no recoge ni mucho menos un régimen jurídico, ni básico ni detallado, de la negociación colectiva de nivel europeo⁴⁸. Evidentemente esto supone un importante problema para el desarrollo del derecho a la negociación colectiva. A esta circunstancia nos referiremos posteriormente.

Pero, hay que admitir que aunque existan este tipo de obstáculos hay algunas expresiones o frutos que se han venido produciendo a lo largo del tiempo. Para el objetivo que perseguimos en este estudio va a tener especial importancia el conjunto de acuerdos expresión de la experiencia negociadora desarrollada a finales de los años 80 en materia de creación de órganos de representación de los trabajadores de empresas de dimensiones europeas; este ha sido sin dudas el ámbito donde se han producido unos frutos más desarrollados de la negociación colectiva en el ámbito europeo⁴⁹. Se trata de un conjunto de acuerdos dedicados a establecer determinados mecanismos de representación a nivel de grupo de empresa o a nivel de una misma empresa, pero de dimensión comunitaria. Esta experiencia será analizada con detenimiento en la tercera parte de este informe, por lo que nos remitimos a lo que allí se dirá. Hay que subrayar que se trata de un mecanismos de negociación colectiva

45. En esta dirección se ha manifestado, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La negociación colectiva europea hasta Maastricht”, op. cit., páginas 40 a 43.

46. Así, RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “puesto que la consagración del diálogo social ya está en el art. 3 (se refiere al Acuerdo de Política Social del PPS, cuyo texto se recoge hoy en el art. 138 ya analizado), el efecto innovador del art. 4 (se refiere al Acuerdo de Política Social del PPS, cuyo texto se recoge hoy en el art. 139) es el expreso reconocimiento de la existencia de pactos colectivos entre las partes sociales a nivel europeo”. “La negociación colectiva europea tras Maastricht”, op. cit., página 49.

47. TREU, T.: “Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale”, Lavoro e Diritto n° 2 de 1999, páginas 191 y 192.

48. En este sentido PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit., página 136.

49. Así APARICIO TOVAR, J.: Op. cit., página 929.

que realmente es de nivel de empresa; de modo que tales acuerdos son negociados por los representantes de los trabajadores de nivel nacional. Ciertamente esta expresión de la negociación colectiva va a favorecer la europeización de los actores sociales de nivel nacional. No se trata, por contra, de auténticos mecanismos de nivel europeo; es decir, que son acordados a nivel de toda la comunidad y que son negociados por interlocutores sociales de dicho ámbito.

Se plantea así el principio de una negociación colectiva europea a nivel de empresa, que favorecerá la europeización de los actores sociales de nivel nacional.

En todo caso hay que destacar que esta experiencia ha sido asumida y respetada por la Directiva 94/45, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Así, los acuerdos anteriores a la Directiva que estaban en vigor en las empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria, se van a mantener sin que sean afectados por la propia Directiva; es decir, se respeta la experiencia negocial previa⁵⁰.

Por su parte la Directiva a su vez genera la posibilidad de incrementar la negociación en esta materia, tanto es así que los acuerdos suscritos en virtud de la citada Directiva se configuran en la actualidad como la principal realidad negocial a nivel comunitario⁵¹.

Hay que reflexionar mínimamente sobre lo que acabamos de afirmar: los acuerdos sobre comités de empresa europeos son la principal expresión de la negociación colectiva europea. Teniendo en cuenta que el objetivo de este mecanismo de negociación es el establecimiento de simples mecanismos de información y consulta, no la regulación de las relaciones jurídicas derivadas del trabajo, es evidente que la perspectiva de la negociación colectiva europea es tremendamente reducida. Otro aspecto crítico es que estamos ante un mecanismo de negociación que fundamentalmente está destinados a regular exclusivamente aspectos puramente procedimentales⁵². Es decir, no se trata de una normativa dirigida a establecer condiciones de trabajo, que es, evidentemente el objetivo fundamental de la negociación colectiva⁵³.

De otro lado, desde el punto de vista de la trascendencia de estos mecanismos de negociación, hay que subrayar que la regulación contenida en la Directiva se aplica tan sólo con carácter subsidiario; es decir, sólo se acude a ella y a los mecanismos de representación, información y consulta en ella establecidos, cuando no haya una regulación específica y propia entre los interlocutores sociales.

Lo anterior supone una expresión de la subsidiariedad del derecho comunitario frente a la regulación autónoma⁵⁴. Esta es una afirmación de enorme trascendencia, pues se manifiesta como en esta materia el sistema de fuentes comunitario prefiere que sea la negociación colectiva la que se haga

50. En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial", RL Tomo II de 1995, páginas 57 y 58.

51. En este sentido OJEDA AVILES, A.: "¿Son «meras recomendaciones» ...", op. cit., página 303.

52. En este mismo sentido crítico OJEDA AVILES, A.: "¿Son «meras recomendaciones» ...", op. cit., página 303.

53. Tal como señala OJEDA AVILES, en estos casos estamos en realidad ante acuerdos de carácter normativo, sino acuerdos de gestión empresarial. Op. cit., página 303.

54. Sobre el carácter subsidiario de esta regulación comunitaria vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: "Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos", RL Tomo I de 1993, páginas 65 y 66. También RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial", op. cit., páginas 51 y ss.

cargo de establecer los mecanismos de información y consulta. Se otorga, así, a la negociación colectiva un amplio campo donde actuar como fuente principal; desde nuestro punto de vista esta es la principal aportación de la Directiva 94/45 en el ámbito de la negociación colectiva.

Junto con estos mecanismos menores, pero que hasta hace bien poco han formado la base de la negociación colectiva europea, nos vamos a encontrar con los verdaderos acuerdos confederales europeos; es decir, mecanismos de negociación colectiva de ámbito transnacional, que regulan un sector europeo de actividad; o dicho de otro modo, acuerdos sectoriales europeos⁵⁵. En realidad este tipo de acuerdo es en la actualidad un supuesto de negociación tremendamente extraño dentro del panorama de la negociación colectiva a nivel europeo.

¿Tienen cabida este tipo de acuerdos colectivos? Desde nuestro punto de vista creemos que la respuesta debe ser afirmativa, más aún, estimamos que este es el mecanismo de negociación colectiva que debe ser impulsado en un futuro inmediato. Si el objetivo comunitario es lograr la unión económica en una Europa sin fronteras, es absolutamente indispensable un mecanismo que permita establecer una regulación de condiciones de trabajo de carácter homogéneo. Recordemos, tal como señala OJEDA AVILES⁵⁶, que en una encrucijada de estas características se requiere un instrumento eficaz para luchar contra el “dumping social”. Sin embargo, debemos observar como esta posibilidad de negociación se ve enormemente obstaculizada en la actualidad, pues si bien existe una base sólida en el Tratado constitutivo para admitir a la negociación colectiva, no existe un régimen jurídico dedicado a esta cuestión.

En tercer lugar, hemos de mencionar un tercer tipo de acuerdo colectivo en el marco de la Unión Europea. Se trata de aquellos acuerdos colectivos que sustituyen a la actividad normativa comunitaria y que desarrollan los dispuesto en el art. 138.4 del Tratado Constitutivo (versión consolidada). En estos casos estamos ante la posibilidad de que los interlocutores sociales, tras el proceso de consultas, decidan asumir la iniciativa legislativa, sustituyendo a la Comisión y, a través de la negociación colectiva (un acuerdo colectivo) establezcan ellos mismos la regulación específica sobre la materia que en un principio fue objeto de consultas.

Vamos a dedicar los siguientes apartados a analizar las dos últimas cuestiones que hemos visto. En primer lugar, cuales son los elementos que impiden o dificultan la negociación colectiva sectorial de nivel europeo; cuestión que insistimos, se plantea en una perspectiva de futuro, pues no existen en la actualidad manifestaciones verdaderamente válidas de esta cuestión. A continuación, nos centraremos en el análisis de los acuerdos que derivan del art. 139 del Tratado, aquellos que derivan del procedimiento de consultas, que sí ha dado importantes frutos en la actualidad.

4.2. Los problemas de una negociación colectiva europea sectorial

En principio debemos reconocer que la ausencia de una normativa comunitaria específicamente dedicada a regular la negociación colectiva, dificulta el desarrollo de esta institución. En este sentido es suficiente con remitirnos a la doctrina laboral para detectar toda una serie de problemas que limi-

55. OJEDA AVILES, A.: “¿Son «meras recomendaciones» ...”, op. cit., página 303.

56. “¿Son «meras recomendaciones» ...”, op. cit., página 304.

57. OJEDA AVILES, A.: “La negociación colectiva europea”, RL Tomo II de 1993.

tan la evolución de una negociación sectorial de nivel europeo⁵⁷. Los problemas obedecen a dos tipos de cuestiones diferentes, de un lado, hay un conjunto de problemas de carácter estructural; es decir cuestiones relativas al encaje actual de la negociación colectiva de nivel europeo en la estructura negociacional nacional. De otro lado hay problemas de técnica jurídica.

En cuanto a los primeros, hemos de tener en cuenta que la negociación sectorial europea supone introducir un nuevo mecanismo negociacional en una estructura de negociación que en la actualidad parece apostar por una negociación colectiva lo más descentralizada posible⁵⁸, lo cual puede ser cuanto menos paradójico.

De otro lado, también es cierto que una negociación colectiva de nivel europeo puede despertar la oposición por los interlocutores sociales de nivel nacional, pues pueden estimar que pierden una buena parte de su ámbito de negociación. Se trata de una actitud excesivamente nacionalista que no ve con buenos ojos una negociación a nivel europeo o bien por el hecho de que muchos de los problemas laborales tienen una dimensión estrictamente nacional; todo lo cual ha obstaculizado la negociación colectiva a dicho nivel⁵⁹. Más aún, parece difícil que determinadas condiciones de trabajo, como pueden ser las económicas, puedan extenderse con carácter general a la totalidad de los trabajadores de determinados sectores en cada uno de los Estados miembros, sobre todo teniendo en cuenta los diferentes niveles económicos existentes entre los distintos países miembros.

Respecto de las cuestiones de técnica jurídica también hay importantes problemas. Así, en primer lugar podemos preguntarnos una cuestión trascendental ¿cuáles pueden ser los sujetos que pueden negociar colectivamente. Hay dos posibles respuestas: una primera, que sean los interlocutores sociales de cada uno de los Estados miembros. Pero esta respuesta no es aceptable, y ello por diversos motivos. De un lado la evidente dificultad que supondría contar en una misma mesa de negociación con todos los interlocutores sociales, de alto nivel, de cada uno de los países europeos, tanto por parte laboral como empresarial. Esto conduciría a una negociación prácticamente "parlamentaria" pues se trata de establecer un marco europeo de negociación colectiva. De otro lado, esta respuesta plantea más problemas que soluciones; pensemos simplemente cómo deben estar representados los diferentes interlocutores sociales, ¿todos de igual manera?, o ¿puede otorgarse a algunos una representatividad diferente, mayor o menor, en función de diversos criterios (país al que representan, nº de afiliados, representatividad interna, etc)?.

La segunda posibilidad, por la que nosotros apostamos, es la negociación de interlocutores de nivel europeo. Si ese es el objetivo a lograr, es la configuración de un sistema de negociación a nivel europeo, es necesario contar con interlocutores de nivel europeo, y no una simple suma de interlocutores nacionales. Desde nuestro punto de vista, parece que lo más adecuado es considerar como sujetos con capacidad para negociar a nivel europeo, a los mismos que hemos mencionado al analizar los sujetos que deben ser consultados por la Comisión y que protagonizan el diálogo social, fundamentalmente la UNICE, el CEEP y la CES, que al tener carácter interprofesional tienen capacidad para actuar a nivel sectorial⁶⁰. También estarían capacitadas aquellas organizaciones de carácter sectorial que estén recogidas en el Anexo 2 antes mencionado; teniendo capacidad para negociar en su ámbito

58. Sobre esta cuestión MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 45.

59. De esta opinión RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: Op. cit., página 50.

60. En este sentido PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit., página 138.

concreto. De otro lado, habría que analizar no sólo la capacidad general para negociar, también cual es la representatividad de cada uno de estos interlocutores sociales⁶¹; así como si las organizaciones sindicales o patronales tienen atribuidas facultades de negociación por parte de sus afiliadas nacionales⁶².

En todo caso, hay que admitir la posibilidad de que al margen de las organizaciones mencionadas en el citado Anexo 2, es posible que existan otras organizaciones no recogidas en el listado que podrían ser reconocidas por el resto de interlocutores con capacidad para negociar. Recordemos que los sujetos seleccionados por el listado del Anexo 2 de la Comunicación tiene como objetivo establecer quienes serán consultados en el procedimiento del artículo 138 del Tratado, y aquí estamos planteando la posibilidad de una negociación colectiva (fijación de condiciones de trabajo) sectorial de nivel europeo.

De otro lado, una vez seleccionado los interlocutores que pueden negociar, podríamos plantearnos otros problemas menores, pero importantes. Por ejemplo, quién tiene atribuida la capacidad negociadora en los interlocutores sociales⁶³.

Un segundo ámbito de dificultades en orden a la negociación colectiva procede de cuál es el procedimiento de la negociación. En principio puede pensarse que esta es una cuestión menor, pero hemos de recordar que hay ordenamientos nacionales, como es el español, que condiciona la eficacia normativa de lo negociado al cumplimiento de determinados requisitos formales y procedimentales.

La anterior cuestión nos va a conectar con el siguiente ámbito de problemas, el de la eficacia de estos acuerdos colectivos de nivel comunitario. De entrada hay un importante problema a resaltar en el marco de cuál sea la eficacia jurídica de lo acordado: en la Unión Europea hay diversos países, y en cada uno de ellos existe una regulación sobre la negociación colectiva, de manera que es frecuente encontrarnos como hay países en los que la negociación colectiva tiene eficacia normativa, otros en los que el convenio tiene eficacia obligacional, y ordenamientos en los que es posible tanto convenios con eficacia normativa y convenios con eficacia obligacional⁶⁴. Lógicamente esto supone una dificultad muy importante, pues parece conveniente que haya un cierto consenso respecto de la eficacia jurídica de tales acuerdos de nivel europeo, lo cual es realmente complejo debido a las diferentes posibilidades que hay entre los países miembros.

De otro lado, al no existir una regulación comunitaria sobre la negociación colectiva nos podemos plantear cuestiones básicas desde el punto de vista de la eficacia de este tipo de acuerdos; o dicho de otro modo, si tienen o no eficacia normativa. Recordemos que la doctrina laboral española estima que son elementos de la eficacia normativa la automaticidad y la imperatividad. En primer lugar hemos de plantearnos si este tipo de acuerdos goza o no del carácter automático que se atribuye en nuestro país a los convenios colectivos; es decir, si estos acuerdos colectivos se imponen a los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación de modo automático y sin requerir de ningún

61. Sobre esta cuestión puede verse el análisis de PEREZ DE LOS COBOS, F. respecto de CES, UNICE y CEEP: Op. cit., páginas 140 y ss.

62. Sobre esta cuestión vid. HERRADOR BUENDIA, F.M.: Op. cit., página 50.

63. En algún caso, como en la Confederación Europea de Sindicatos (CES), se ha solventado el problema al establecerse en sus estatutos la atribución de poderes negociales al comité ejecutivo.

64. Sobre esta cuestión vid. APARICIO TOVAR, J.: ¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho Comunitario?, REDT nº 68, página 921.

mecanismo de aceptación por parte de tales sujetos. Pues bien, el criterio de automaticidad está muy lejos de predicarse de este tipo de acuerdos colectivos⁶⁵. Desde la perspectiva actual este tipo de acuerdos no vincula directamente a los trabajadores y empresarios europeos; su traslación a tales sujetos debe realizarse a través de los interlocutores sociales nacionales, que en todo caso son los realmente vinculados, y que deberán trasladar el convenio europeo y su contenido a la negociación colectiva nacional. En este caso, ¿puede realizarse también la trasposición del acuerdo colectivo europeo a través de la actuación del legislador nacional? Esta sería otra posibilidad, pero hay que tener en cuenta que supondría obligar al poder legislativo a aceptar lo acordado por los interlocutores sociales fuera de sus fronteras, por lo que es lógico que esta posibilidad genere importantes rechazos estatales.

De otro lado, hemos de preguntarnos cuál es la imperatividad de este tipo de acuerdos. Sobre esta cuestión no existe tampoco ninguna regulación jurídica al respecto, lo que supone una dificultad enorme, pues no existe ningún mecanismo jurídico que sirvan para imponer estos acuerdos a los interlocutores sociales. Más aún, existe una dificultad añadida, no sólo es que el legislador comunitario no haya establecido ningún mecanismo para imponer el acuerdo; además, se plantea el problema de como hacer obligatorio un acuerdo realizado en un país europeo (pongamos por ejemplo que el acuerdo se celebra y acuerda en Bruselas) a interlocutores que actúan en un país diferente. En definitiva, una cuestión que dificulta el desarrollo de este tipo de acuerdo colectivo

Una vez que se ha pactado el acuerdo europeo, y que se admite de alguna manera la eficacia de este tipo de negocio colectivo hay que plantearse otra cuestión importante: los problemas de articulación y complementariedad entre el convenio europeo y la regulación nacional, sobre todo respecto de la Ley y de la negociación colectiva interna⁶⁶. Un simple par de ejemplos: ¿que eficacia tiene este tipo de acuerdo sectorial comunitario sobre un convenio realizado en nuestro país por sindicatos y patronal que no forma parte de los interlocutores sociales a nivel europeo. Y cómo se aplica este convenio sectorial europeo a una empresa española que tiene su propio convenio negociado a través de la representación unitaria?

En definitiva, hay toda una serie de cuestiones de difícil solución; ahora bien, desde nuestro punto de vista, estas cuestiones no deben impedir el desarrollo de la negociación colectiva sectorial europea; al contrario, se trata de cuestiones problemáticas que ahora mismo están planteadas a nivel teórico, y que mientras antes se planteen en la práctica (en cuanto se empiece a negociar a nivel europeo), antes se resolverán todas estas cuestiones.

4.3. La negociación colectiva derivada del diálogo social

A) El supuesto de hecho.

Tal como ya hemos tenido ocasión de señalar, el art. 138.4 del Tratado Constitutivo en su versión consolidada establece la posibilidad de sustituir la iniciativa normativa de la Comisión por la actuación de los interlocutores sociales que deciden negociar y establecer un acuerdo colectivo que regule la materia sobre la que pensaba actuar la Comisión.

65. OJEDA AVILES, A.: "¿Son meras recomendaciones ...?", op. cit., página 305.

66. Vid. MONTOYA MELGAR, A. GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 46.

Esto supone introducir un principio de subsidiariedad horizontal, pues en las materias de derecho social, los interlocutores sociales tienen preferencia sobre la actuación normativa de la Comisión; es decir que esta actúa de manera subsidiaria respecto de los interlocutores sociales, pues tan sólo llevará a buen fin la iniciativa normativa cuando los interlocutores sociales europeos no tengan interés por asumir la capacidad normativa. Por otra parte, esta subsidiariedad no es respecto de la actuación de los Estados miembros (es lo que se ha venido denominando como subsidiariedad vertical⁶⁷), sino respecto de los interlocutores sociales; de ahí que se denomine subsidiariedad horizontal⁶⁸.

En definitiva, constatamos como el diálogo social pueda conducir a un auténtico procedimiento de negociación que sustituya a la actividad normativa comunitaria⁶⁹. Esto podría suponer el reconocimiento de la negociación colectiva como una de las fuentes del Derecho Social Comunitario⁷⁰, aunque es una cuestión tremendamente dudosa; pues para que se otorgue esta calificación es necesario afirmar que lo acordado tiene verdadera eficacia jurídica, siendo este uno de los principales problemas que nos vamos a encontrar en esta materia tal como vamos a ver posteriormente. Así podemos deducirlo del juego conjunto entre los arts. 138.4 y 139.1 del Tratado Constitutivo⁷¹. Más aún, esta regulación implica introducir una importante novedad en cuanto a los principios que establecen las relaciones entre las distintas fuentes del Derecho, pues esta otorgando preferencia, en la materia de orden social, a los mecanismos de regulación autónoma frente a los mecanismos heterónomos.

Esta conclusión, la de considerar como fuente del Derecho Social Comunitario a la negociación colectiva, no se ve impedida por el hecho de que la literalidad del art. 138.4 sea excesivamente prudente, pues tan sólo establece que interlocutores "podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el art. 139". Pese a lo literalmente establecido estamos ante un supuesto en el que las partes tienen una auténtica capacidad para ponerse de acuerdo y decidir sustituir la iniciativa normativa comunitaria⁷², y reclamar para sí la competencia normativa⁷³ (es absolutamente indispensable el acuerdo, de manera que no es posible que una sólo de las partes decida asumir la competencia).

Se procede a abrir así un proceso de negociación colectiva cuyo objetivo es lograr un acuerdo que establezca la regulación que perseguía la Comisión. Lógicamente esto supone paralizar la iniciativa de la Comisión. Este efecto podría considerarse como un mecanismo para impedir que la Comisión continúe adelante con su intención: los interlocutores sociales no consideran adecuada la intención de la Comisión de regular una determinada materia. En vez de emitir un informe negativo en el procedimiento de consultas, prefieren ponerse de acuerdo para comunicar su intención de regular ellos

67. Sobre esta cuestión Vid. OJEDA AVILES, A.: "Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario", RL Tomo I de 1994, páginas 1377 y ss.

68. En este sentido CASAS BAAMONDE, M.E.: "«Doble» principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", RL Tomo I de 1993, página 56; también OJEDA AVILES, A.: "¿Son «meras recomendaciones» los acuerdos colectivos europeos", RL Tomo II de 1998, página 299; VALDES DAL-RE, F.: Op. cit., página 74.

70. En este sentido TREU, T.: "European collective bargaining levels and competences of the social partners", en VV.AA., *European Community Law and perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Clarendon Press, Londres 1996, página 171. También VALDES DAL-RE, F.: Op. cit., páginas 63 y 70; RAMOS MARTIN, N.E.: Op. cit., página 560.

71. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 46.

72. Tampoco impide esta conclusión que el apartado nº 30 de la Comunicación de 14 de diciembre de 1993, relativa a la aplicación del protocolo de política social presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento establezca que la Comisión deba analizar cada caso concreto y decidir la paralización del proceso normativo ya iniciado.

73. En este sentido MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: Op. cit., página 44.

mismos la cuestión, aunque sin ánimo de profundizar en este propósito; se paraliza así la actividad normativa de la Comisión e impidiendo que la iniciativa continúe adelante.

Para impedir esta posibilidad la regulación comunitaria prevé un plazo máximo para que los interlocutores sociales puedan desarrollar su actuación, impidiendo de esta manera cualquier intención de veto obstruccionista por parte de los interlocutores sociales, si bien podrá alcanzarse un acuerdo para prolongar dicho período para que los interlocutores puedan llegar a un acuerdo⁷⁴. De entrada hay que entender que el plazo de los nueve meses empieza a computarse desde la comunicación a la Comisión por la que los interlocutores reclaman la competencia. De otro lado, respecto a la posible prórroga, será necesario un doble acuerdo, en primer lugar, de los interlocutores para seguir adelante, y después de la propia Comisión que lo acepte. Por otra parte, en cuanto a la duración de esta prórroga no se prevé ninguna duración máxima, parece que habrá que estar necesariamente al acuerdo alcanzado por los interlocutores con la Comisión⁷⁵.

Tal como hemos señalado antes, el objeto de este procedimiento de negociación es llegar a un acuerdo. Sobre tal acuerdo la regulación no ha establecido ninguna limitación a las partes, pudiendo establecer el contenido que estimen conveniente a la regulación que pretendía establecer la regulación. Eso sí, no pueden pretender establecer una regulación sobre materia diferente.

El proceso de negociación terminará cuando las partes hayan llegado al acuerdo; pero también puede terminar de otra manera: cuando el acuerdo no sea posible, de manera que al agotarse los nueve meses las partes decidan no seguir adelante, o cuando transcurra el plazo de prórroga sin que los interlocutores sociales hayan llegado a un acuerdo. En estos casos la Comisión volverá a recuperar la iniciativa normativa y será ella la que siga adelante con el procedimiento legislativo ordinario.

B) Los mecanismos de aplicación de los acuerdos colectivos.

El art. 139.2 regula distintos mecanismos para lo que el propio precepto denomina “aplicación” de los acuerdos colectivos adaptados a través de la negociación colectiva desencadenada tras el procedimiento de consultas regulado en el art. 138 del Tratado. ¿Qué significa esa aplicación? En realidad con dicha expresión se hace alusión a las vías para dotar de eficacia a lo acordado a nivel europeo. Con anterioridad hemos señalado como uno de los principales problemas con que cuenta la negociación colectiva sectorial europea es justamente cuál es su efectividad, si tiene o no carácter imperativo y automático. El mismo problema se plantea en el ámbito de la negociación colectiva de estos acuerdos derivados del procedimiento de consulta. Para resolver esta importante cuestión se establece una regulación específica para dotar de eficacia a estos acuerdos colectivos.

Los procedimientos establecidos para “aplicar” estos acuerdos colectivos son dos: bien a través de los procedimientos y prácticas propias de cada país, o bien a través de una “decisión” del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

En cuanto a la primera de las vías para dotar de eficacia al acuerdo supone que los acuerdos alcanzados por esta vía tendrán aplicación por el procedimiento de ser transpuestos a través de la

74. En este sentido recordemos como el art. 138 establece que este procedimiento “no podrá exceder de 9 meses”.

75. Algún autor ha considerado que dicha prórroga no debe sobrepasar la duración de otros nueve meses: PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit., página 135.

negociación colectiva de cada uno de los países. Es decir, los interlocutores sociales que firman el acuerdo se comprometen a trasladar a los diferentes sindicatos o asociaciones patronales que forman parte de los mismos para que a través de la negociación colectiva nacional sea aprobado un convenio que transponga el acuerdo europeo. Es decir, los sujetos que lo suscriben se comprometen a hacer respetar lo negociado por sus afiliados o asociados de nivel estatal, que son los que han de trasponer el acuerdo.

Lo anterior supone que este mecanismo tiene una escasa relevancia desde el punto de vista de lograr la eficacia de estos acuerdos: los trabajadores y empresarios de los países miembros no van a verse afectados directamente por el acuerdo; eso dependerá de la negociación colectiva nacional. Por otra parte, los interlocutores sociales nacionales tampoco están directamente obligados por tales acuerdos. Lógicamente dependerá de la capacidad que tengan los interlocutores europeos para obligar a las organizaciones afiliadas a que realicen dicha transposición. Mientras más capacidad para obligarles tengan mayor será la eficacia que se alcance. Esto supone que en caso de elegirse esta vía de aplicación del acuerdo, no existe una norma comunitaria a través de cual actuar para imponer el acuerdo. Estamos ante un simple acuerdo marco que debe ser adaptado por la negociación colectiva de cada uno de los países⁷⁶. Los Estados miembros no están, por tanto, obligados a una aplicación directa de lo acordado, ni tan siquiera a elaborar a través de los procedimientos normativos estatales, reglas de transposición de los mismos, pues la transposición se confía a los propios interlocutores sociales de ámbito nacional⁷⁷. Al reconocerse como primer mecanismo de aplicación, algún sector doctrinal ha estimado que es un mecanismo preferente respecto de la otra vía de aplicación, que sólo actuaría de manera subsidiaria a esta primera⁷⁸; sin embargo, en la práctica los interlocutores sociales han optado por la otra alternativa, por la aplicación de lo pactado a través de una "decisión" de refuerzo del acuerdo, la segunda vía que analizaremos a continuación.

La eficacia de estos acuerdos sólo puede ser considerada como indirecta, pues no puede imponerse de manera directa a los ciudadanos, trabajadores y empresarios, de los diferentes países miembros⁷⁹. Haciendo un paralelismo con nuestro sistema de negociación colectiva, este tipo de acuerdos se asemejaría bastante al mecanismo de los acuerdos marco, que deben ser posteriormente desarrollados por la propia negociación colectiva. En definitiva, parece que a través de este procedimiento queda claro que los acuerdos no tienen eficacia jurídica alguna⁸⁰.

Por último, hay que señalar que la eficacia del acuerdo europeo no sólo depende de la capacidad que tienen los interlocutores europeos para obligar a sus asociados o afiliados para proceder a trasponer el acuerdo a cada uno de los países; además, va a depender directamente de cual sea la eficacia que cada ordenamiento nacional otorgue a la negociación colectiva⁸¹. Así, en nuestro país,

76. APARICIO TOVAR, J.: Op. cit., página 937.

77. En este sentido la declaración anexa de los 11 países contratantes al Acta final del Tratado de Amsterdam, recogida también en el apartado 37 a) de la Comunicación relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Las 11 Altas Partes Contratantes declaran que la primera modalidad de aplicación de los acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a escala comunitaria (...) consistirá en desarrollar el contenido de dichos acuerdos mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro, y que, por consiguiente, dicha modalidad no implica que los Estados miembros estén obligados a aplicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transposición de los mismos, ni a modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución".

78. OJEDA AVILES, A.: "¿Son «meras recomendaciones» ...?"; op. cit., página 299.

79. En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La negociación colectiva europea tras Maastricht", op. cit., página 50.

80. VALDES DAL-RE, F. habla de pacto entre caballeros; op. cit., página 77. También RAMOS MARTIN, N.E.; op. cit., página 564.

81. Sobre esta cuestión se manifiesta en este mismo sentido PEREZ DE LOS COBOS, F.: Op. cit., página 150.

el convenio colectivo tramitado según las normas legales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, tiene eficacia normativa y subjetiva general.

En cuanto al segundo procedimiento consiste en acudir a una “decisión” del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Esta posibilidad supone que los interlocutores sociales, una vez acordado el pacto a nivel europeo deciden ponerse en manos de los órganos competentes comunitarios para que estos conviertan lo que es un simple acuerdo comunitario en una norma de derecho comunitario. Hay que tener en cuenta que esta posibilidad se refiere al ámbito de materias señaladas por el art. 137 del Tratado; al respecto hemos de tener en cuenta como la actuación del Consejo es diferente en función de las materias allí establecidas, de modo que en unos casos la decisión del Consejo debe tomarse por mayoría y en otros casos por unanimidad.

Probablemente la principal duda interpretativa sobre este precepto es la relativa a qué tipo de instrumento normativo ha de utilizarse. En principio el art. 139.2 habla de una “decisión”. La decisión es uno de los diferentes instrumentos normativos comunitarios, establecidos por el art. 249 del Tratado Constitutivo. Parecería que la cuestión se resuelve por la simple vía de acudir a este procedimiento normativo. Sin embargo, los hechos nos han llevado a una conclusión bien diferente: a acudir al procedimiento de las Directivas Comunitarias como mecanismo para dotar de eficacia a estos acuerdos colectivos procedentes del diálogo social institucionalizado por la vía de las consultas obligatorias⁸².

Al dotarse de eficacia a estos acuerdos a través de una Directiva comunitaria, esto supone que un procedimiento propio de negociación colectiva va tener la consideración de una norma de Derecho comunitario; es decir, aunque el origen de la Directiva esté en un acuerdo colectivo, estamos ante una verdadera Directiva, con la eficacia de dicha norma. Esto supone que quien pierde su naturaleza es el acuerdo colectivo, que se incorpora a la norma comunitaria⁸³. Haciendo un paralelismo con los procedimientos nacionales españoles, se trataría de un mecanismo muy parecido al de la legislación pactada: tras un proceso de diálogo social las partes trasladan al poder ejecutivo el acuerdo para que este lo tramite como ley. Quizás el principal problema de la legislación pactada es que normalmente el poder ejecutivo suele realizar una transposición del acuerdo tremendamente literal, sin alterar ni una sola coma. Teniendo en cuenta que los interlocutores sociales no son expertos en el procedimiento de elaboración normativa; de ahí que en algunos casos la norma resultante sea de una escasa calidad técnica.

Justamente en base a esto nos podemos plantear si la Comisión puede tener algún margen de actuación para alterar el acuerdo al realizar la transposición. Sobre esta cuestión hemos de reconocer que el art. 139 no establece nada respecto a si puede modificarse el acuerdo por la Comisión, por lo que al no estar prevista expresamente lo lógico sería negar esta posibilidad⁸⁴. Más aún, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 14 de diciembre de 1993, hace referencia a este supuesto, señalando expresamente que no hay posibilidad de modificación⁸⁵.

82. En este sentido podemos encontrar como el considerando nº 11 de la Directiva 96/34, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, señala que “el acto adecuado para la aplicación de dicho Acuerdo marco es una Directiva con arreglo al art. 189 del Tratado (hoy art. 249 del Tratado en su texto consolidado); que por consiguiente obligará a todos los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejándoles, sin embargo, la elección de la forma y de los medios”. Sobre esta misma cuestión entre la doctrina laboral, vid. VALDES DAL-RE, F.: Op. cit., páginas 77 y 78.

83. En este sentido CASAS BAAMONDE, M.E.: “Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental”, RL Tomo II de 1996, página 84.

84. VALDES DAL-RE, F.: Op. cit., página 77.

85. Apartado número 38.

Ahora bien, sería del todo ilógico que los órganos comunitarios de carácter normativo no puedan controlar el contenido de los acuerdos, por si incluye aspectos que sean contrarios al propio Derecho comunitario. Parece, por tanto indispensable un control de "legalidad". En este sentido se señala por la citada Comunicación de la Comisión al Consejo, que se analizará la legalidad del acuerdo, de manera que si se detecta, se rechazará y se remitirá a los interlocutores firmantes los motivos del rechazo. La lógica es que los interlocutores conozcan las razones que originan el rechazo para que puedan subsanar los vicios para proceder a la posterior transposición del acuerdo a través de la directiva. Esto supone la posibilidad de rechazar el acuerdo, pero no permite que se modifique o altere por un sujeto ajeno a las partes. Esta es una cuestión que sólo ellos deben fijar. En definitiva, la Comisión puede aceptar o rechazar el acuerdo, pero no modificarlo⁸⁶.

Hoy día podemos encontrar diversos acuerdos colectivos derivados del procedimiento institucionalizado de diálogo social, que se han convertido en Directivas comunitarias: la Directiva 96/34, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES; la 99/63, relativa al Acuerdo sobre ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) o la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST); y la Directiva 99/70, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Una vez que hemos analizado la cuestión de los mecanismos de aplicación de tales acuerdos colectivos europeos, podemos afirmar que aunque la actual regulación comunitaria ha impulsado de una manera notable, no sólo los procedimientos propios de diálogo social, sino también los de negociación colectiva; sin embargo, no es posible afirmar que la negociación forme parte esencial del sistema de fuentes comunitario, pues no ha sido expresamente reconocida en el elenco de fuentes establecido en el Tratado Constitutivo⁸⁷. Pero no sólo por este motivo hemos de dar esta opinión; hay otro motivo más relevante: tal como hemos visto, al no establecerse un mecanismo a través del cual se reconozca una eficacia jurídica autónoma a este tipo de acuerdo es bastante difícil reconocerle el papel de fuente del derecho⁸⁸.

Para terminar con esta cuestión hemos de plantearnos si los mecanismos destinados a facilitar eficacia a que hemos mencionado, se aplican tan sólo a los acuerdos derivados del proceso de diálogo social institucionalizado a través del procedimiento de consultas, o si por contra pueden utilizarse también para dotar de eficacia a otras expresiones diferentes de la negociación colectiva europea. Desde nuestro punto de vista, es evidente que los dos mecanismos se establecen por el legislador para un determinado tipo de acuerdo colectivo; ahora bien, estimamos como viable la posibilidad de utilizarlos para otro tipo de acuerdo, si bien hemos de distinguir entre las dos vías que hemos señalado. En cuanto a la posibilidad de transposición del acuerdo a través de la negociación colectiva nacional, estimamos que nada impide en absoluto que este procedimiento sea utilizado para lograr la eficacia del acuerdo; de hecho esta era una de las alternativas que planteábamos en el epígrafe anterior. Más problemas puede plantear el otro procedimiento: la posibilidad de acudir a una Directiva comunitaria se establece como mecanismo obligatorio si las partes negociadoras de un acuerdo producto del proce-

86. VENEZIANI, B.: "Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione Europea", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, nº 2 de 1998, página 260.

87. En este sentido APARICIO TOVAR, J.: *Op. cit.*, página 941.

88. CASAS BAAMONDE, M.E.: "El principio de autonomía en la organización ...", *op. cit.*, página 2.

dimiento de consultas así lo deciden, de modo que la Comisión está obligada a ello. En el caso de otras expresiones de la negociación colectiva, puede ocurrir que los interlocutores planteen a las instituciones comunitarias tal pretensión; y puede ocurrir que se acepte. Ahora bien, en este caso tal actuación ni es obligatoria para la Comisión; y más aún, si aceptase transponer el acuerdo a través de Directiva, tendría una mayor libertad para alterar el mismo. En todo caso, parece que la lógica indica que estos mecanismos de aplicación de los acuerdos se reservan para aquellos que tienen carácter confederal, excluyendo, por tanto a los acuerdos colectivos de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria⁸⁹.

C) La legitimación para negociar.

Una de las cuestiones que deben plantearse necesariamente cuando hablamos de esta posibilidad de negociación colectiva es la atinente a la cuestión de cuales son los sujetos que pueden negociar estos acuerdos colectivos.

En principio podría responderse a esta cuestión de una manera tremendamente fácil y simple: al tratarse de un supuesto de negociación colectiva que deriva de un mecanismo de consultas a determinados interlocutores sociales, hay que entender que están legitimados para negociar los mismos sujetos que con anterioridad hemos señalado como legitimados para acudir a los procedimientos de consulta; es decir, los sujetos recogidos en el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 1993, relativa a la aplicación del Protocolo de Política Social, que fija una enumeración de los sujetos que concretamente pueden ser consultados. Más aún, recordemos que se trata de un proceso encadenado: se consulta a determinados interlocutores sociales, que pueden decidir abrir un proceso de negociación colectiva, sustituyendo a la actuación normativa comunitaria; luego es lógico que quienes negocien sean los mismos que son consultados.

Sin embargo, hemos de observar una cuestión: la Comisión puede establecer cuales son los sujetos que en concreto pueden ser consultados, pues el procedimiento de consultas es un mecanismo que se inserta dentro del procedimiento normativo comunitario; pero a partir de aquí, estamos ante un procedimiento totalmente diferente, de negociación colectiva, mucho más abierta y dinámica que el procedimiento de consultas. En este sentido el citado Anexo 2 se dedica a establecer "Las organizaciones que serán consultadas". Queda claro, por tanto, que dicha regulación se limita tan sólo a este concreto ámbito.

De otro lado, nos encontramos con otro problema: la normativa comunitaria nada establece respecto de cuales son los requisitos de capacidad o legitimidad para negociar. Puede plantearse en esta materia un importante problema; dicho problema se acrecienta si tenemos en cuenta que uno de los mecanismos diseñados para aplicar dichos acuerdos colectivos, es justamente que el acuerdo se tramite como Directiva Comunitaria..

Esta cuestión ha generado ya algún contencioso. Concretamente la cuestión se motivó en base a la aprobación de la Directiva 96/34, relativa al permiso parental. Dicha Directiva fue objeto de con-

89. Al respecto puede ser interesante recordar la tipología de acuerdos colectivos a nivel europeo señalada por OJEDA AVILES. Este autor diferencia entre los acuerdos confederales reforzados por Directivas, acuerdos de empresa o grupos de empresas de dimensión comunitaria, en virtud de la Directiva 94/45 y acuerdos europeos de carácter sectorial, que no estén reforzados por una decisión del Consejo. "¿Son «meras recomendaciones» ...", op. cit., página 303. Este mismo autor realiza en dicha obra un análisis de cual puede ser la eficacia de los acuerdos que no están reforzados por una Directiva; página 305 y ss.

sulta, remitiéndose la propuesta normativa a determinadas organizaciones o interlocutores sociales, entre la CES, la UNICE y el CEEP; así como la Unión Europea de Artesanos y de Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME). Durante la segunda de las consultas, CES, UNICE y CEEP comunicaron su decisión de paralizar la actuación normativa comunitaria y negociar ellos mismos un acuerdo colectivo sobre dicha materia. Ante esta decisión, ese otro interlocutor social reconocido por el Anexo 2, la UEAPME, solicitó a los otros tres interlocutores participar en el proceso de negociación colectiva. Esta propuesta fue rechazada por dichos interlocutores sociales. Ante dicha negativa, y ante la tramitación como Directiva del acuerdo colectivo al que llegaron los tres interlocutores sociales, la UEAPME decidió reclamar la nulidad de la Directiva 96/34. La base de la reclamación de esta organización sectorial europea es que la cuestión que estaba en juego era una discriminación basada en la falta de reconocimiento como organización con capacidad para negociar el acuerdo colectivo que después dio lugar a la Directiva 96/34. La posición de esta organización se sustentaba en el hecho de que siendo sujeto que puede ser consultado; sin embargo, las otras organizaciones no le han reconocido como interlocutor para negociar. Una advertencia que aclara la solución final a este problema: si bien es cierto que UEAPME es una organización recogida en el listado del Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión al Consejo, figura en dicha relación como organización interprofesional que representa a determinadas empresas (pequeña y mediana empresa); es decir, no tiene carácter de organización interprofesional general, como si sucede en el caso de CES, UNICE y CEEP.

Este recurso de nulidad fue resuelto a través de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de junio de 1998⁹⁰, que rechazó la pretensión de la UEAPME. La base jurídica de esta decisión es justamente la que hemos comentado con anterioridad: que procedimiento de consultas y negociación colectiva son dos cuestiones de carácter diferente, y que el listado de organizaciones del Anexo 2 se establece tan sólo para la consulta. Esta era justamente la posición que defendía el Consejo (parte demandada), que sostenía que mientras las consultas reguladas en el art. 138⁹¹ es una obligación de la Comisión, que debe actuar a tenor de lo dispuesto por la Comunicación de 14 de diciembre de 1993. Por contra, el procedimiento de negociación colectiva, que no es una simple derivación del procedimiento de consultas, sino un derecho de carácter autónomo, no está ni regulado ni controlado por la Comisión; por lo que no puede acudir a la Comunicación para decidir qué sujetos están legitimados. Más aún, al no derivar el derecho a la negociación colectiva del derecho a ser consultado, no puede entenderse que hay un nexo entre interlocutores a efecto de consulta e interlocutores a efecto de negociación, de manera que necesariamente sólo estarán legitimados para negociar quienes pueden ser objeto de la consulta. Esta interpretación es la que sigue la Sentencia para rechazar la pretensión de la UEAPME, y que ha calado en algún sector doctrinal español⁹².

Ahora bien, afirmada esta cuestión el propio Tribunal se contradice en el siguiente paso. Al analizar cuáles pueden ser los sujetos legitimados para negociar estima como premisa que al no estar regulada la cuestión, reconoce, por razones de pura lógica, que dichos sujetos han de encontrarse

90. Un interesante comentario sobre la misma puede verse en CASAS BAAMONDE, M.E.: "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los «interlocutores sociales europeos»)", RL Tomo II de 1998, páginas 71 y ss.

91. En realidad la cuestión jurídica versa sobre el art. 3 del Acuerdo de Política Social del PPS, pues aún no existía la versión consolidada del Tratado Constitutivo que hoy manejamos.

92. En este sentido se manifestó CASAS BAAMONDE, M.E.: "La consulta y la negociación son actividades diferentes, que atienden objetivos diferentes y se desenvuelven con sujetos diferentes, aunque en ambas participan interlocutores sociales representativos. A través de la consulta, se proporciona una participación más amplia y extendida a todos los interlocutores sociales que gocen de la condición representativa atribuida por la Comunicación de la Comisión. La negociación, en cambio, queda en manos de los interlocutores sociales representativos que decidan iniciarla con voluntad de llegar a acuerdos, rigiéndose su desarrollo por la autonomía contractual de los negociadores". "La negociación colectiva europea ...", op. cit., página 78.

entre aquellos que han participado en el procedimiento de consultas: no tendría lógica establecer un procedimiento en el que se permite a determinados sujetos que son consultados decidir que se va a negociar la cuestión, y a continuación estimar que quién puede negociar son sujetos diferentes; probablemente esto conduciría a un bloqueo de esta posibilidad de negociación, pues los consultados no querrán que se les arrebate el protagonismo del proceso. Para salir de este atolladero, el Tribunal puntualiza la anterior afirmación: si bien la lógica indica que los legitimados para negociar deben proceder del procedimiento previo de consultas, esto no significa que todos los llamados a consultas puedan negociar. Al tratarse de un procedimiento de negociación no regulado por el Derecho Comunitario, la actividad de negociación colectiva depende de que los interlocutores sociales se pongan de acuerdo para negociar; es decir, que se reconozcan entre sí. Ahora bien, ¿es contrario a este derecho que unos interlocutores sociales rechacen la participación en la negociación de otro interlocutor social?

La respuesta a esta cuestión la da la Sentencia comentada desde el punto de vista de la representatividad de los interlocutores. Si bien la Sentencia no establece ningún sistema específico para medir dicha representatividad, pero estima que si los interlocutores que han llegado al acuerdo colectivo tienen dicha representatividad, el acuerdo es perfectamente válido y puede ser aplicado a través de la correspondiente Directiva. Para la Sentencia los interlocutores que firmaron el acuerdo contaban con la representatividad suficiente, pues se trataba de interlocutores de carácter interprofesional (la totalidad de ámbitos funcionales) y general (sin distinguir tipos de trabajadores o empresas). El acuerdo discutido y aplicado a través de una Directiva tenía justamente como ámbito de aplicación el interprofesional y general. Por contra, UEAPME, si bien es un interlocutor social de ámbito interprofesional, no lo es de carácter general, sino que representa tan sólo a la pequeña y mediana empresa. En definitiva, el acuerdo fue alcanzado por sujetos que tenían la suficiente representatividad, luego no puede reclamarse la nulidad de la Directiva.

Desde nuestro punto de vista, la argumentación de la Sentencia puede ser criticada desde varios puntos de vista, pero hay que reconocer que probablemente lo que más pesó en el Tribunal a la hora de tomar la decisión fue sin duda la enorme trascendencia que hubiese tenido aceptar la posición de la UEAPME, pues hubiese supuesto la nulidad de un acto normativo de la Unión Europea. En definitiva, el problema de la legitimación para negociar es tremendamente importante, y probablemente no podamos hablar de un auténtico sistema de negociación colectiva europea si no se resuelve esta cuestión.

Cabe resaltar como los interlocutores sociales enfrentados en este conflicto han aceptado la argumentación del Tribunal de que es necesario el reconocimiento mutuo entre los interlocutores; así las organizaciones enfrentadas (UEAPME y UNICE) han decidido celebrar un acuerdo de colaboración para articular sus relaciones⁹³.

D) Transposición de Directivas al ordenamiento nacional a través de negociación colectiva.

Cuando hablamos de Directivas, aunque sea una procedente de un acuerdo procedente de un proceso de consultas, normalmente se utiliza una norma de rango legal para proceder a la transposición al ordenamiento nacional. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el art. 137.4 del Tratado

93. Sobre esta cuestión vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: "El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario", RL nº 22 de 2000, páginas 2 y 3.

Constitutivo⁹⁴ establece la posibilidad de trasponer la Directiva a través de negociación colectiva interna en cada país⁹⁵. Esta posibilidad está pensada para satisfacer intereses de países concretos que practican el “abstention of law”, tales como Bélgica u Holanda⁹⁶; esto supone que las Directivas comunitarias en materia social sean transpuestas no por normas heterónomas nacionales, sino de carácter autónomo (un convenio colectivo), que se configura como un mecanismo adecuado para la transposición de Directivas comunitarias al ordenamiento interno. En realidad este es un mecanismo que ya existía con anterioridad a que el Tratado de Maastricht incluyera esta posibilidad en el APS, y existían Directivas anteriores que aludían a esta posibilidad⁹⁷, siendo también aceptada, aunque con grandes reservas por la jurisprudencia comunitaria⁹⁸.

Para desarrollar este mecanismo de transposición las partes sociales han de solicitar de manera conjunta la transposición. El Estado podrá acceder a tal posibilidad, para lo cual analizará cuál es la representatividad y legitimación de los solicitantes; se trata, por tanto, de una delegación, pero de carácter potestativo⁹⁹. Es evidente que esta exigencia debilita de forma notable este mecanismo de transposición, pues se hace depender este procedimiento de la decisión estatal. En todo caso el Estado ha de asegurarse de que en la fecha prevista por la Directiva los actores sociales hayan realizado la transposición y que se alcanzan los resultados fijados por la Directiva; de manera que si los interlocutores no lo consiguen puede intervenir normativamente. Esto plantea otro problema, pues hay estados en los que el convenio colectivo carece de eficacia erga omnes, lo que reduce su capacidad para lograr una efectiva transposición de la Directiva, al reducirse el ámbito subjetivo de aplicación de lo negociado, por lo que en tales países será difícil utilizar este mecanismo. Otro problema añadido al uso de la negociación colectiva como mecanismo de transposición de las Directivas es que el convenio colectivo es un instrumento de una duración temporal bastante limitada, lo que supone otro elemento que juega en contra de este vía de transposición¹⁰⁰.

94. Se trata de una norma introducida por el Acuerdo de Política Social del PPS de Maastricht, debiendo resaltarse como con anterioridad al mismo la jurisprudencia comunitaria se había mostrado reacia a admitir esta posibilidad; así CASAS BAA-MONDE, M.E.: “Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las Directivas ...”; op. cit., páginas 92 y ss.

95. Serían acuerdos o convenios traspositorios, en la terminología de OJEDA AVILES, A.: “La negociación colectiva europea”, RL Tomo II 1993, página 1257.

96. OJEDA AVILES, A.: Op. cit., página 1257.

97. En este sentido APARICIO TOVAR, J.: Op. cit., páginas 925 y 926.

98. VALDES DAL-RE, F.: Op. cit., página 71; también RAMOS MARTIN, N.E.: Op. cit., página 563.

99. OJEDA AVILES, A.: Op. cit., página 1257; también MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Derecho Social Europeo”, op. cit., página 47.

100. Por todos estos problemas es posible encontrar jurisprudencia comunitaria que con anterioridad a la modificación procedente del Tratado de Maastricht ha rechazado la transposición de Directivas europeas a través de la negociación colectiva laboral. Sobre esta cuestión vid. APARICIO TOVAR, J.: Op. cit., página 926.

CAPÍTULO SEGUNDO
LA NORMATIVA COMUNITARIA TRAS EL APS
Y SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

**PARTE PRIMERA:
DIRECTIVAS DERIVADAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA**

1. DIRECTIVA 96/34/CE DEL CONSEJO, DE 3 DE JUNIO DE 1996, RELATIVA AL ACUERDO MARCO SOBRE PERMISO PARENTAL CELEBRADO POR LA UNICE, EL CEEP Y LA CES

1.1. Introducción

Con anterioridad hemos señalado como una de las principales expresiones, si no la más importante, del diálogo social a nivel comunitario es el fenómeno de las Directivas acordadas entre los interlocutores sociales. Es especialmente llamativo que el primer fruto de este procedimiento haya sido justamente la Directiva sobre permiso parental.

Al tratarse de una Directiva que aplica el Acuerdo entre los interlocutores sociales, tiene una estructura anómala respecto de las Directivas ordinarias, pues el articulado de la misma es tremendamente limitado (sólo tres artículos), limitándose a afirmar que la Directiva tiene como objeto la aplicación del Acuerdo, recogiendo el Acuerdo (que realmente contiene el verdadero articulado) en el anexo a la Directiva.

Tal como señala la Cláusula 1ª del Anexo establece que el objetivo del Acuerdo es “facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan”; es decir, lo que se pretende con esta regulación es lograr que los trabajadores y trabajadoras que además del desarrollo de su prestación de trabajo tengan responsabilidades familiares, puedan compatibilizar el desarrollo del trabajo con las necesidades familiares, de modo que no tengan que renunciar al primero para atender a las segundas.

Hay que tener en cuenta que un somero análisis de la realidad social demuestra que normalmente son las mujeres las que suelen encargarse de hacer frente a las responsabilidades familiares, siendo éstas uno de los principales motivos que las impulsa a salir del mercado de trabajo; más aún, el surgimiento de responsabilidades familiares suele ser una circunstancia que impulsa a los empresarios a prescindir de las trabajadoras extinguiendo, de modo absolutamente ilícito, la relación laboral. En definitiva, hay que asumir que la aparición de las responsabilidades familiares es un elemento que favorece la expulsión (voluntaria o forzada) del mercado de trabajo de las mujeres. De otro lado, los hechos demuestran que la circunstancia de tener responsabilidades suele ser un importante obstáculo

a la contratación de mano de obra femenina; o dicho de otro modo, limita o dificulta el acceso al mercado de trabajo.

Desde el anterior punto de vista, debemos afirmar que en una buena medida esta Directiva tiene como objetivo facilitar o proteger la utilización de la mano de obra femenina. Sin embargo, cuando se estudian los mecanismos de protección del trabajo femenino se detecta que cualquier intervención legislativa a favor de la mujer suele suponer una inmediata reacción de los empresarios en el sentido de reducir aún más la contratación de mano de obra femenina; es lo que normalmente se conoce como efecto boomerang. Justamente por este motivo, para evitar esta tendencia es por lo que la Directiva en vez de seleccionar como ámbito subjetivo de aplicación el de las trabajadoras, delinea un ámbito de aplicación mucho más genérico, incluyendo “a todos los trabajadores, hombres y mujeres”. Es decir, a los efectos de la Directiva los trabajadores de los dos sexos se encuentran en una situación de absoluta y plena igualdad, de modo que haya una efectiva corresponsabilidad entre los trabajadores de uno y otro sexo respecto de las responsabilidades de carácter familiar¹⁰¹. Se pretende lograr una mayor coordinación y concordancia entre la empresa, el ámbito del trabajo y la familia, estableciendo mecanismos de protección que permitan a los trabajadores hacer frente a las responsabilidades familiares¹⁰².

Hay que tener en cuenta que a tenor de lo establecido por la Directiva, la protección que otorga la misma va más lejos de los tradicionales mecanismos de maternidad, que se limitan a garantizar la protección en torno al momento del parto. La Directiva permite a los ordenamientos nacionales ir más lejos pues establece que la duración del permiso de maternidad durará un mínimo de tres meses (lo cual encaja en la duración de los permisos por maternidad), pero permite que la duración pueda alcanzar hasta el momento en que el hijo cumpla una determinada edad, que puede llegar hasta ocho años.

Hay que resaltar como el ordenamiento comunitario consagra dos derechos diferentes, de un lado existe una regulación sobre el permiso parental, que se otorgará sin distinción de sexo a trabajadores o trabajadoras que tengan necesidades de carácter familiar. Pero junto con esta regulación existe también la contenida en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia¹⁰³. Se trata de una Directiva dirigida a proteger exclusivamente a la trabajadora embarazada. Dentro de las diferentes medidas contenidas en esta Directiva se establece el derecho al “permiso por maternidad”, recogido en su art. 8. A tenor de esta regulación los Estados miembros deberán establecer un permiso de, como mínimo, 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, siendo obligatorio disfrutar de al menos dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto¹⁰⁴. Parece claro que este per-

101. MORENO GENE, J., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales”, *Aranzadi Social*, Tomo V de 1997, página 479.

102. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)”, *Relaciones Laborales* nº 17, páginas 3 y 4.

103. Como vamos a tener ocasión de comprobar, en realidad, la Ley 39/1999 no sólo realiza la transposición al ordenamiento español de la Directiva de descanso parental; además, también cubre las lagunas de transposición que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tenía respecto de la Directiva 92/85, sobre protección de la trabajadora embarazada y en situación de lactancia. En este sentido, GARCIA MURCIA, J.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Justicia Laboral* nº 1 (2000), página 11.

104. Además, esta Directiva regula el derecho a la adaptación del puesto de trabajo si existe si hay riesgo para la seguridad o salud, o un cambio de puesto de trabajo cuando pese al cambio de puesto de trabajo persiste la situación de riesgo para la trabajadora o el feto (art. 5 de la Directiva); más aún, si no es posible el cambio, en ese caso la trabajadora tiene derecho al cese en el trabajo. También se establece el derecho de la trabajadora a los permisos retribuidos para los exámenes prenatales cuando los mismos coincidan durante el horario de trabajo (art. 9 de la Directiva).

miso por maternidad puede coincidir con parte de un permiso parental, ya que pueden coincidir en el tiempo.

1.2. El permiso parental: su régimen jurídico

1.2.a) Naturaleza del derecho otorgado

Lo primero que debe analizarse al referirnos al derecho que confiere la Directiva es justamente en qué consiste. Al respecto la Directiva habla de “un derecho individual de permiso parental”. Se trata, por tanto, de un permiso; es decir, de un período de tiempo en el que los trabajadores cesan legítimamente en el desarrollo de la prestación de trabajo sin que tal circunstancia suponga la extinción del contrato de trabajo, que muy al contrario, sigue vivo durante el permiso. Ahora bien, el término “permiso” puede dar lugar a problemas interpretativos. Por ejemplo, desde la óptica del ordenamiento jurídico español hay diferentes figuras jurídicas que suponen la paralización del desarrollo de la prestación de trabajo: permisos o interrupciones no periódicas de la prestación laboral (art. 37 ET), suspensiones del contrato de trabajo (arts. 45 y ss ET), o excedencias (art. 46 ET). Todos estos supuestos suponen la interrupción del contrato de trabajo, pero se diferencian entre sí en base a los distintos efectos que producen (sobre todo en materia salarial y respecto del derecho del trabajador a la reincorporación a la empresa).

En realidad, la Directiva no utiliza el término permiso de un modo técnico, sino genérico¹⁰⁵; es decir, aludiendo a una situación de cese de la prestación de trabajo sin que el contrato se de por extinguido. Pero no intenta, ni mucho menos, determinar o fijar qué tipo de figura concreta debe establecerse en los ordenamientos nacionales. Esto se deduce de la propia literalidad de la Directiva, pues la Cláusula 2ª es su apartado 1º, tras establecer el derecho al “permiso”, establece que este derecho deberá ser definido por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Concretamente, nuestro ordenamiento establece que el derecho al permiso parental se configura como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo en caso de maternidad o adopción o acogimiento de 16 semanas; aunque agotada esta suspensión también se establece el derecho a una excedencia forzosa por cuidado de hijos hasta que este cumpla la edad de 3 años.

1.2. b) Ámbito objetivo

El principal mecanismo que establece esta Directiva consiste en establecer el derecho a un permiso “parental” para trabajadores y trabajadoras, por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo. La causa de estos permisos es pues el nacimiento del hijo. Al respecto hay que señalar como hay realmente dos supuestos diferentes que originan el derecho al permiso:

- a) En primer lugar el nacimiento de un hijo; es decir, se trata de una filiación de carácter puramente biológica.
- b) La segunda posibilidad es el supuesto de adopción de un hijo; es decir, se trata de un supuesto de filiación no biológica. La inclusión de este supuesto es verdaderamente importante, pues

¹⁰⁵. En esta misma dirección, RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, Relaciones Laborales nº 18, página 2.

supone no establecer diferencias entre hijos derivadas del diferente origen de la filiación; en definitiva, no establecer discriminaciones entre los hijos. Al respecto habrá que estar a la regulación civil de cada país miembro de la Unión Europea para determinar cuando estamos ante un supuesto de adopción.

También hay que preguntarse si cuando la Directiva habla de adopción está utilizando este término con carácter estrictamente técnico o bien si utiliza dicho término con carácter general, englobando diferentes negocios jurídicos de carácter familiar relacionados con la adopción. Me refiero a figuras caracterizadas por el hecho de que si bien el infante cesa en la convivencia con su familia biológica para incorporarse a una familia diferente, no se pierde la filiación original, sino que ésta se conserva, de modo que no se producen los plenos efectos de afiliación propios de la adopción (v.gr. en ordenamiento español, los supuestos de acogimiento). La cuestión es interesante, pues si se opta por entender que con el término adopción se están incluyendo esos otros negocios jurídicos propios de Derecho de Familia, se estaría ampliando el ámbito objetivo de aplicación del derecho concedido por la Directiva. Desde nuestro punto de vista, estimo que si la Directiva tan sólo ha hecho mención al supuesto de adopción, este ha de entenderse de modo estrictamente técnico y referido a una concreta y determinada figura jurídica, sin que pueda entenderse que hay otras figuras jurídicas diferentes de la adopción protegidas por la Directiva. Desde nuestro punto de vista entendemos que esta es la interpretación más correcta, pues la interpretación contraria podría llevar a problemas importantes; por ejemplo, si extendemos el derecho a figuras similares, ¿a cuáles?, ¿a todas o solo a algunas?, y si la respuesta es la última opción, ¿por qué sólo a unas y no a otras?

Sin embargo, aunque optemos por una interpretación estricta de lo que haya de entenderse por "adopción"; ello no impide para que las regulaciones nacionales puedan establecer regulaciones más favorables que la contenida en la Directiva, de modo que haya regulaciones más amplias en cuanto al ámbito objetivo de aplicación. En este sentido la cláusula 4ª establece en su primer apartado la posibilidad de "mantener o introducir disposiciones más favorables que las previstas en el presente Acuerdo".

1.2.c) Condiciones para acceder al permiso

La Directiva establece la posibilidad de que la regulación que establezcan los diferentes Estados miembros incluya condiciones para acceder al Derecho, tal como señala la Cláusula 2ª en su apartado 3º. A tenor de la redacción, la Directiva no establece en realidad requisito o condición alguna, sino que prevé la posibilidad de que la regulación interna de cada Estado pueda establecer algún requisito o condición, y específicamente señala algunas posibilidades; sin que tales puntualizaciones signifiquen, ni mucho menos, la obligación de incluir dichas condiciones. En este sentido, el ordenamiento español no subordina el derecho al permiso parental a ninguna condición específica.

Concretamente se establecen las siguientes posibilidades que pueden ser recogidas por los ordenamientos nacionales:

- Subordinar el derecho a que el trabajador o trabajadora haya realizado prestación de trabajo durante un determinado período de tiempo y/o a una antigüedad en la empresa, que no podrá ser superior a un año.
- Se prevé ajustar las condiciones de acceso a las circunstancias particulares de la adopción. Probablemente esta posibilidad se refiere al hecho de que en los casos de adopción, al no tra-

tase de un hecho biológico o natural, la prueba de la adopción requerirá de actos documentales, pues se requerirá de una decisión judicial o administrativa.

- Fijar periodos de preaviso.
- Se establece la posibilidad que el empresario pueda posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa. Desde nuestro punto de vista esta es una posibilidad especialmente criticable, sobre todo en aquellos supuestos en los que se trate del permiso de una trabajadora en caso de nacimiento de un hijo. Al respecto, y desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, esto supondría la posibilidad de que el empresario pudiese objetar al disfrute del permiso en este caso; sin embargo, téngase en cuenta que la Cláusula 4^ª en su apartado 2^º dispone que esta Directiva no puede suponer una justificación válida para reducir los niveles de protección ya existentes en los ordenamientos nacionales. Esto supone una prohibición absoluta para que la Directiva sirva de excusa a aquellos ordenamientos nacionales que tienen ya unas condiciones superiores a las fijadas por la Directiva.

Para terminar hay que tener en cuenta que la Cláusula 2^ª en su apartado 3^º hace referencia entre las condiciones que pueden establecer los ordenamientos nacionales a algo que realmente no es un requisito, sino auténticas modalidades de disfrute de los permisos. Literalmente se señala que los ordenamientos nacionales deben decidir “si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de crédito de tiempo”. Respecto a estas modalidades, nada hay que comentar si se opta por el disfrute a jornada completa. También está claro cuando se habla de un disfrute a tiempo parcial, aunque hay que advertir que desde el punto de vista del ordenamiento español esta posibilidad puede generar algún problema si atendemos a la naturaleza del derecho que ha configurado nuestro ordenamiento (fundamentalmente una suspensión), pues un disfrute a tiempo parcial no puede entenderse como suspensión, sino como una situación ordinaria del contrato de trabajo que tiene una reducción puntual de la jornada de trabajo. Respecto del disfrute fragmentado, supone la posibilidad de que se desarrolle el permiso con paralizaciones y retorno al trabajo, para volver, en base al interés del trabajador, de nuevo a la situación de permiso. Mucho más complejo es el supuesto de sustituir el permiso por un “crédito de tiempo”. Parece que esta posibilidad se refiere a que el ordenamiento puede establecer la sustitución del permiso por el derecho de la trabajadora o trabajador a disfrutar de reducciones de la jornada, parece que en forma de una bolsa de tiempo que podrán repartirse a lo largo del desarrollo de la prestación de trabajo, en función de los intereses del trabajador y sus necesidades familiares. Como comprobaremos posteriormente, el ordenamiento español ha optado por una formulación básica de permiso a tiempo completo, aunque puede acordarse el disfrute a tiempo parcial.

1.2.d) Efectos de la situación de permiso

En cuanto a cuales son los efectos del permiso parental, la Cláusula 2^ª en su apartado 7^º establece que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán el régimen en que queda el contrato durante el permiso parental. Al margen de que los ordenamientos nacionales van a tener un importante papel en la regulación de esta cuestión hay que destacar como la Directiva establece en su articulado determinados efectos que deben ser tenidos en cuenta. En otros casos, aunque no se recogen de manera expresa determinados efectos, estos se deducen de la propia regulación y de la lógica del mecanismo de protección establecido en la Directiva.

Aunque no diga nada de manera expresa la Directiva, la lógica implica que el primero de los efectos del permiso consiste justamente en que el o la trabajadora cesan en el desarrollo de la prestación de trabajo, ya sea de manera total o bien con reducción de la jornada de trabajo. Este sería el primero y principal de los efectos del permiso.

En segundo lugar, para que el permiso suponga el reconocimiento de un auténtico derecho dirigido a proteger a los trabajadores y a facilitar la conciliación entre los intereses familiares y profesionales, es necesario reconocer el derecho del beneficiario a la reincorporación a la empresa una vez finalizado el permiso. Es decir, hay que tener en cuenta que el permiso no supone la extinción del contrato de trabajo. Esto es evidente en los supuestos en los que el disfrute sea a tiempo parcial, pero podrían plantearse problemas en los supuestos en que sea a jornada completa. Sin embargo, la permanencia de la relación laboral no sólo se deduce de la lógica misma del mecanismo regulado, sino también del hecho de que la Cláusula 2ª en su apartado 4º establece que los ordenamientos nacionales deberán adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido. Si hay que proteger a la trabajadora contra el despido, es evidente que la relación laboral no se extingue por el disfrute del derecho al permiso.

Respecto de esta norma de seguridad contra el despido, hay que señalar como se establece que los estados miembros y/o los interlocutores sociales "adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado o acogido un permiso parental". Se trata de una norma de protección a favor de los trabajadores, pero hay que plantearse si esta regla supone o añade algo realmente a las regulaciones nacionales sobre la extinción del contrato de trabajo. Lo lógico es que la extinción por despido sea causal, de modo que la extinción basada en el ejercicio de este derecho sea ilícita y por tanto falta de una justa causa. Desde este punto de vista la norma de la Directiva parece que añade realmente poco a los mecanismos de protección contra el despido ya existentes en los diferentes ordenamientos nacionales. La cuestión estriba en si es posible entender que esta regulación supone algo más que señalar la simple ilicitud del despido, llegando hasta establecerse una auténtica prohibición de despido tal como si regula el art. 10 de la Directiva 92/85. Desde nuestro punto de vista hubiese sido preferible una prohibición del despido, pero la redacción de la Cláusula 2ª.4 es excesivamente genérica y no lo suficientemente precisa como para entender que se trata de una auténtica prohibición del despido que conduce necesariamente a la ineficacia radical de la medida extintiva (lo que en el ordenamiento español supone la nulidad del despido). A tenor de la literalidad de la regulación comunitaria, hay margen suficiente para los diferentes ordenamientos nacionales para optar entre una simple ilicitud (improcedencia) o la falta de eficacia del despido (nulidad), por lo que la protección ofrecida por esta Directiva no es perfecta. En todo caso, hay que tener en cuenta que el ya citado art. 10 de la Directiva 92/85 establece una auténtica prohibición de despido desde el inicio del embarazo y hasta "el final del permiso de maternidad". Hay, por lo tanto una protección de muy alto grado respecto del período de tiempo durante el que se disfruta el permiso de maternidad. No se establece, por tanto, la protección para el permiso parental, sino para un período más concreto, el permiso por maternidad, que puede estar incluido dentro del mismo.

Existe otro efecto íntimamente relacionado con el hecho de que el disfrute del permiso no genera la extinción del contrato de trabajo, nos referimos a el derecho del trabajador a reincorporarse a la empresa una vez finalizado el permiso. La Cláusula 2ª en su apartado quinto dispone que tras el permiso, "el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral". No se trata de un derecho preferente a volver a ser contratado, sino de un derecho a la reincorporación; es decir, estamos ante otra expresión de que la relación laboral no se ha extinguido durante el permiso. Si se

hubiese extinguido no habría un derecho a la reincorporación, pues la relación laboral habría desaparecido y habría que reconstruirla a través de una nueva contratación.

Hay que advertir como el derecho a la reincorporación tal como está configurado en la Directiva puede originar problemas interpretativos. Nos referimos al hecho de que se diga que el trabajador tiene derecho a ocupar "su mismo puesto de trabajo". Parecería que con tal expresión se está consagrando un auténtico derecho de propiedad del trabajador respecto de su puesto de trabajo, de modo que al reincorporarse habrá de devolvérselo. Sin embargo, la lógica indica que ésta no debe ser la interpretación correcta, el trabajador no puede tener un derecho de propiedad sobre su puesto de trabajo. Hay que reconocer que la propia Directiva ofrece elementos para rechazar que estemos ante un reconocimiento del derecho de propiedad del puesto de trabajo, pues tal como el propio precepto señala, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo, o cuando esto es imposible, tendrá derecho a "un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral". Traducido esto al ordenamiento español significa el derecho de reincorporarse a la empresa en un puesto de trabajo del mismo grupo profesional, y no al mismo puesto de trabajo entendido en sentido físico.

En definitiva, el disfrute del permiso implica el derecho del trabajador de reincorporarse a la empresa una vez que finaliza éste, debiendo incorporarse a un puesto de trabajo de idéntico estatus profesional que el puesto de trabajo que desarrollaba el trabajador en el momento de disfrutar del permiso.

Además, para evitar que el permiso suponga una pérdida de derechos del trabajador al cesar temporalmente en la prestación de trabajo (teniendo en cuenta que existen derechos que se adquieren por el paso del tiempo y siempre que se desarrolle prestación de trabajo) la Directiva establece en la Cláusula 2ª apartado sexto del Anexo, que "Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales".

Esta precepto significa fundamentalmente que los trabajadores, por el hecho de disfrutar un permiso parental, no pierden los derechos que ya han adquirido. Además, aquellos derechos que están en vías de adquisición tampoco se pierden, lógicamente no se pierde la parte que proporcionalmente ya se haya adquirido. Estimamos que se trata en este caso de derechos que se van adquiriendo con el paso del tiempo y que se terminan de adquirir con el paso de un determinado período de tiempo, de modo que el disfrute del permiso no suponga que para adquirir el derecho el o la trabajadora tenga que iniciar desde el principio el proceso de adquisición. Una vez que termine el permiso el trabajador volverá a disfrutar de los derechos que había adquirido y completará la adquisición de aquellos que aún no había conseguido, sin que el permiso suponga una circunstancia que lo impida. Para terminar, este precepto establece tal como hemos visto que el trabajador tiene derecho no sólo a los derechos en la situación en que estaban en el momento en que se inició el permiso, sino que tendrá el derecho en función de los cambios ocasionados durante el permiso, ya deriven de la legislación, el convenio colectivo o los usos nacionales. En definitiva, se trata de un mecanismo a través del cual se pretende evitar cualquier tipo de perjuicio para el empleo o la carrera profesional del beneficiario del permiso¹⁰⁶.

106. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)", Relaciones Laborales nº 18, página 7

Para terminar con el análisis de los efectos propios del permiso parental, hemos de hacer referencia a la materia propia de Seguridad Social. Sobre esta cuestión hemos de ser especialmente críticos con la Directiva, pues el nivel de protección que ofrece es realmente pequeño. La Cláusula 2ª en su apartado octavo señala que los asuntos de Seguridad Social “habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios”. Esto supone, desde nuestro punto de vista, remitir la protección de Seguridad Social a los Estados miembros, a lo que ellos estimen oportuno. Tan sólo se establece una “recomendación”, pues no puede clasificarse de otra manera: la de que en lo posible, se tienda a mantener el derecho a las prestaciones de Seguridad Social. Desde nuestro punto de vista esto supone fundamentalmente dos cuestiones:

a) En primer lugar, que el hecho de disfrutar de un permiso no se convierta en un inconveniente para acceder a las prestaciones de Seguridad Social; es decir, que el hecho de que al disfrutarse el permiso pueda dejar de adquirir derecho a futuras prestaciones no suponga un impedimento a los beneficiarios del permiso, de modo que si va a pararse o retrasarse la adquisición de derechos de Seguridad Social, renuncien a acceder al permiso parental. Esto es muy importante, pues la compatibilidad entre la vida familiar y el trabajo no sólo debe orientarse desde una perspectiva laboral; es decir, estableciendo los derechos a permisos que no extinguen el contrato que permitan que el trabajador compatibilice ambas responsabilidades. También es necesario que el permiso de carácter familiar no suponga una limitación importante en la “carrera de Seguridad Social”, de modo que el trabajador tarde más en adquirir el derecho a pensiones futuras, o que la cuantía de las mismas sea más pequeña por no haber cotizado durante este período.

b) En segundo lugar, supone la necesidad de mantener el derecho a determinadas prestaciones durante el disfrute del permiso. Especialmente la Directiva hace referencia a esta cuestión cuando señala expresamente a los cuidados sanitarios.

1.3. Ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor

Para terminar con el análisis de esta directiva hay que mencionar que la Cláusula 3ª del Anexo establece la posibilidad de que las regulaciones nacionales establezcan el derecho de los trabajadores a ausentarse por motivos familiares.

De entrada no se establece con claridad un derecho preciso, pues la regulación es absolutamente genérica, destacando que se trata de una remisión a la regulación nacional de los Estados miembros y/o los interlocutores sociales, sin que se defina con claridad los límites y el contenido de este posible derecho. En todo caso, no se trata de un derecho optativo para tales sujetos, sino que necesariamente se han de adoptar las medidas necesarias para regular este derecho, tal como se deduce de la propia literalidad del precepto.

Se trata de un derecho a ausentarse del trabajo; es decir, un derecho a cesar en el desarrollo de la prestación laboral, que deberá configurarse conforme a la legislación nacional, los convenios colectivos o los usos de cada país. Concretamente, en nuestro ordenamiento estaremos ante los permisos o interrupciones no periódicas de la prestación laboral por motivos familiares o por enfermedad, accidente u hospitalización de familiares; o bien por nacimiento o muerte de familiares.

Las causas que generan este derecho, se denominan expresamente por la Directiva como “por motivos de fuerza mayor”. Sin embargo no debemos entender que puede accederse a este derecho ante cualquier supuesto de fuerza mayor, sino que bajo tal denominación se esconde en realidad supuestos de carácter familiar tal como expresamente establece la Directiva que habla de motivos de fuerza mayor “vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”.

En cuanto al régimen jurídico de esta figura, nada establece prácticamente la Directiva, por lo que deberá ser la regulación interna de cada Estado miembro, bien a través del legislador o los interlocutores sociales, los que establezcan el régimen jurídico. La Directiva se limita a establecer que serán ellos los que establezcan las condiciones de acceso y las modalidades, así como las limitaciones del derecho a una duración determinada por año y/o caso.

1.4. Transposición al ordenamiento español: la Ley 39/1999

Con idéntico objetivo perseguido por la Directiva que acabamos de analizar, la conciliación de la vida familiar y laboral, aparece en nuestro ordenamiento la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, a la que justamente se le titula “sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. Esta norma de rango legal vino a introducir todo un conjunto de modificaciones y de novedades a diversos textos legales de nuestro ordenamiento (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley de Procedimiento Laboral y Ley General de Seguridad Social), con los que se pretende cumplir con la obligación de trasposición de la normativa comunitaria antes estudiada.

Al respecto hay que señalar como el legislador español ha intentado claramente huir de una regulación establecida para favorecer el trabajo femenino, de ahí que utilice esta terminología, tan poco habitual de “personas trabajadoras”; es decir, se introduce la idea de que la regulación legal tiene carácter neutral. Sin embargo, tal como ha destacado la doctrina laboral, hay que reconocer que, en buena medida, los diferentes mecanismos que se establecen en esta regulación legal van a beneficiar fundamentalmente a trabajadoras del sexo femenino, pues lamentablemente todavía es un hábito social absolutamente generalizado que las mujeres siguen asumiendo el rol de cuidar a la familia¹⁰⁷. Esta realidad sigue dándose hoy, incluso tras el proceso imparable de incorporación de la mujer al trabajo. Este hecho ha originado el fenómeno de la doble jornada: la mujer no sólo realiza su jornada laboral en la empresa, además tiene la jornada familiar.

En esta dirección hay que señalar que la protección de las responsabilidades familiares no debe realizarse de cualquier modo, pues puede provocarse perfectamente que al protegerse a la mujer de manera principal, se mantenga el criticable esquema social por el que se “condena” a la mujer a esa situación de doble jornada que hemos señalado, sin que se compartan las responsabilidades familiares. Ante esta situación es necesario que el legislador impulse un cambio de mentalidad de la sociedad. De otro lado, una protección exclusiva de la mujer puede suponer una nueva discriminación de la misma, pues la protección del trabajo femenino puede suponer una mayor resistencia de los empresarios a la contratación de mujeres. Se perpetuaría así la situación de discriminación de la mujer¹⁰⁸.

107. Sobre esta cuestión MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: “Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización”, Laborum, Murcia 2001, página 16.

108. Sobre esta cuestión vid. LYON CAEN, J.: “L’egalité et la loi en droit du travail”, Droit Social n° 1 de 1990, página 75.

En definitiva, la regulación debe procurar de un lado que se ofrezcan las necesarias garantías para la mujer en el sentido que las responsabilidades familiares no supongan un obstáculo para la continuidad de la vida laboral. Por otra parte, la regulación legal debe procurar que los trabajadores hombres asuman también las responsabilidades familiares¹⁰⁹.

Antes hemos comentado que el objetivo perseguido por esta regulación es facilitar a los trabajadores la posibilidad de que puedan compatibilizar el trabajo con la existencia de responsabilidades familiares; objetivo que es común a la normativa comunitaria; sin embargo, junto a esta finalidad, también podemos detectar otra específica en el ordenamiento español, nos referimos al incremento de la natalidad. Ciertamente nuestro país sufre en estos momentos una notable crisis de la natalidad, el descenso de la misma nos ha colocado prácticamente en el último lugar de los países desarrollados. Es evidente que la existencia de responsabilidades familiares supone una reducción notable de las expectativas profesionales, sobre todo para la mujer; lo que en buena medida explica esa disminución de la natalidad. De ahí que el legislador al haber tomado como objetivo la conciliación de la vida familiar y laboral también esté pensando en esta cuestión.

Pasamos ahora a analizar cuales son las diferentes medidas que el legislador español ha establecido para alcanzar los objetivos mencionados.

1.4.a) Las interrupciones no periódicas de la prestación o permisos de carácter familiar

El primero de los mecanismos que establece esta regulación hace referencia a los permisos de carácter familiar. De manera general los permisos o interrupciones no periódicas se regulan en nuestro ordenamiento en el art. 37.3 ET. Concretamente la letra b) dispone el derecho de los trabajadores a un permiso de "Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días".

Esta norma sería la vía elegida por el legislador español para proceder a la trasposición de la Cláusula 3ª del Anexo a la Directiva; es decir, el derecho a las ausencias por motivos de fuerza mayor vinculado a motivos familiares.

La primera cuestión que debemos tener en cuenta en esta materia es la terminológica. Tradicionalmente la doctrina laboral española al referirse a los supuestos contemplados en el art. 37.3 ET utiliza la expresión "permiso". Este hecho no debe llevarnos a confusión respecto del derecho al "permiso" parental de la Cláusula 2ª. Cuando la Cláusula 2ª habla de "permiso" utiliza tal expresión de manera genérica; es decir refiriéndose a un mecanismo de cese en el desarrollo de la prestación laboral sin que haya extinción del contrato de trabajo. Se utiliza tal expresión pues no hay una terminología común entre los diferentes ordenamientos nacionales. Más aún, es posible que nos encontremos que dentro de cada uno de estos ordenamientos hay diferentes figuras interruptivas con efectos diferentes. Un ejemplo de esta situación sería el ordenamiento español que distingue entre permisos, suspensiones y excedencias. El primero se caracteriza por generar la interrupción de la prestación, teniendo el trabajador derecho al salario y derecho a la incorporación; además se caracteriza por su corta duración. La suspensión también es un mecanismo interruptivo, pero de mayor duración, durante la cual el trabajador no tiene derecho a la retribución, si bien tiene un derecho a la reincorporación a la

109. MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 23.

empresa. En la excedencia (voluntaria¹¹⁰), también hay un cese en la prestación, que puede ser de larga duración, sin que el trabajador tenga un derecho absoluto a la reincorporación a la empresa sino un simple derecho preferente a reingresar cuando se produzca una vacante de igual o similar categoría en la empresa; es decir, no hay reserva del puesto de trabajo.

De estas tres figuras el legislador hay elegido el mecanismo del permiso: un derecho concedido al trabajador para que éste pueda cesar en el trabajo y hacer frente a determinadas responsabilidades familiares:

- por nacimiento de un hijo;
- por fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad;
- por accidente o enfermedades graves y
- en caso de hospitalización (sin necesidad de que haya accidente o enfermedad grave)¹¹¹.

Tal como hemos dicho este permiso va a ser de corta duración, tan sólo dos días, o en su caso cuatro si el trabajador debe realizar un desplazamiento fuera de su lugar de residencia. Naturalmente, esta duración puede mejorarse por convenio colectivo. El hecho de tan corta duración, típico en el resto de supuestos de permisos, es lo que justifica que en los permisos el trabajador tenga derecho al salario de los días de permiso. Esto supone que la responsabilidad contractual durante el permiso recae sobre el empresario, que no sólo ve como el trabajador cesa en la prestación, sino también por el hecho de que además deba pagar el salario.

Para terminar con este primer mecanismo de transposición hay que tener en cuenta que en el art. 37 existen otros mecanismos de carácter "familiar". En primer lugar, hay que tener en cuenta que la letra f) del art. 37.3 ET establece el derecho de las trabajadoras a los permisos "por el tiempo indispensable para la realización de los exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo". Se trata de un supuesto que procede de la normativa de prevención de riesgos, concretamente el art. 26.5 de la Ley de Prevención de Riesgos que establece el mismo derecho. A su vez esta regulación no es sino la transposición de otra regulación comunitaria, concretamente nos referimos al art. 9º de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la ampliación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y la Salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz en período de lactancia, que establece el permiso para exámenes prenatales¹¹².

110. Téngase en cuenta que en el ordenamiento español existe también el derecho a la excedencia forzosa, pero en realidad, en estos casos se trata de auténticas causas de suspensión del contrato, dándose una igualdad de efectos con la suspensión. En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: "Las excedencias en Derecho del Trabajo", Comares, Granada 1998, páginas 16 y ss.

111. Hay que tener en cuenta que la Ley 39/1999 introdujo el supuesto de hospitalización, al que no se aplica el requisito de gravedad. La falta de este requisito es importante, pues un análisis de la jurisprudencia anterior había detectado como en determinados supuestos de enfermedades o accidentes no se concedía el permiso, aunque se producía la hospitalización, al entenderse que la situación carecía de gravedad. Con la nueva regulación, en caso de hospitalización no es necesaria que la situación sea grave, favoreciéndose así a los trabajadores. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", Relaciones Laborales nº 24 de 1999, página 13.

112. Concretamente la regulación comunitaria a que nos referimos establece lo siguiente: "Los Estados miembros tomarán medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas que se refiere la letra a) del artículo 2 disfruten, de conformi-

Otros mecanismos de protección a la familia, recogidos en el art. 37 ET, pero que no se configuran como permisos. De un lado tenemos el derecho a la reducción de la jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses. Este se configura como el derecho a una hora¹¹³ de ausencia del trabajo para dedicarse a la lactancia (aunque la jurisprudencia ha señalado que se amplía este derecho a los cuidados necesarios al recién nacido y no sólo a la lactancia¹¹⁴). Este derecho puede cambiarse a instancia del beneficiario por una reducción de su jornada en media hora; es decir, media hora al principio de la jornada o al final.

Hay diversas cuestiones que deben resaltarse de este precepto. La primera de ellas su escasa utilidad. Es absolutamente evidente que su utilidad en una sociedad moderna es tremendamente escasa, sobre todo en las grandes ciudades en las que es prácticamente imposible que el o la trabajadora puedan en una hora cumplir el objetivo que persigue esta reducción de la jornada de trabajo. Parece absolutamente conveniente sustituir esta regulación por otro mecanismo diferente, v.g. el establecimiento de guarderías laborales que permita al beneficiario desarrollar su trabajo sin prescindir del recién nacido.

Otra cuestión importante es la relativa al sujeto titular del derecho. Hay que tener en cuenta que el precepto señala expresamente que la titular del derecho es la trabajadora. Sin embargo, es posible que el padre pueda acceder a este derecho, en primer lugar por el hecho de que no sólo se realiza la lactancia, sino tal como antes hemos advertido, también los cuidados en general del recién nacido; de otro lado, también es posible la lactancia artificial y no sólo la natural, pudiendo realizarla el padre. Esto originó un recurso de inconstitucionalidad contra la redacción original del precepto; que sin embargo fue rechazado¹¹⁵. En todo caso, ya antes de que el TC dictase sentencia el legislador procedió a reformar la redacción del precepto, estableciendo un derecho derivado del padre: él podrá acceder al mismo en el caso de que ambos progenitores trabajen. Hay que destacar que esta redacción no otorga al padre una posición de igualdad, pues sólo podrán acceder a este derecho los padres si además la madre está trabajando.

Otra importante cuestión es la de si esta reducción de la jornada es retribuida o no. La regulación legal, pese a las diferentes reformas que ha sufrido, nunca ha aclarado esta cuestión, si bien existe una total unanimidad en el sentido de entender que debe retribuirse a la trabajadora durante su duración¹¹⁶.

El último mecanismo se regula en el art. 37.5 ET y consiste en la posibilidad de que una reducción de la jornada de trabajo por motivos de índole familiar. Este derecho se caracteriza por lo siguiente:

- a) La reducción de la jornada será entre un mínimo de un tercio y un máximo de la mitad de la jornada.

dad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo”.

113. Puede dividirse este período en dos fracciones tal como expresamente señala el art. 37.4 ET.

114. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “La protección por maternidad”, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, páginas 344 y 345.

115. STC 109/1993. Podemos encontrar como la doctrina laboral fue favorable a entender que se trataba de una situación discriminatoria; así, ALONSO LIGERO, M.S.: “Lactancia y guarda legal”, en VV.AA., “Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, EDERSA, Madrid 1982, página 339; también PEREZ DEL RIO, T.: “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del Trabajo”, IELSS, Madrid 1984, página 111; LOUSADA AROCHENA, J.: “El permiso de lactancia”, RL nº 14 de 1996, página 13.

116. GORELLI HERNANDEZ, J. y MARIN ALONSO, I.: Op.cit., página 57.

- b) El salario sufrirá una reducción proporcional a la reducción de la jornada.
- c) Las causas que generan el derecho a esta reducción son las siguientes:
- Tener a cuidado directo del beneficiario un menor de seis años o un disminuido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida alguna.
 - Tener la necesidad de encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razón de la edad (corta edad o mucha edad), accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida alguna. En definitiva, tener que cuidar de un familiar que carece de la autonomía suficiente para gobernarse de una manera adecuada¹¹⁷. Una cuestión importante que afecta a los dos supuestos es que en ambos se exige que el beneficiario tenga a su cuidado directo al familiar. En todo caso parece que se exige una implicación personal del beneficiario, pero no parece que con tal expresión no se está exigiendo que sea el único sujeto que contribuya a los cuidados del familiar.
- d) Si dos trabajadores generan este derecho por un mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.
- e) Este derecho se reconoce en situación de plena igualdad tanto a trabajadores como trabajadoras; se articula así como un mecanismo que pretende lograr que los hombres compartan las responsabilidades de carácter familiar.

Una última puntualización hace referencia al tema de cuál es el sujeto que tiene el derecho de concretar el permiso de lactancia y la reducción de la jornada por cuidados familiares. A este respecto hemos de señalar como el art. 37.6 ET, intenta resolver la cuestión otorgándole esta potestad al titular del derecho, es decir, al trabajador o trabajadora; si bien facilita que el empresario pueda discrepar de la concreción realizada por el trabajador. Esto supone que en caso de conflicto deba resolverse en vía judicial. En este sentido la LPL fue reformada por la Ley 39/1999, que introdujo un nuevo art. 138 bis, consagrando una nueva modalidad procesal, sobre permisos por lactancia y reducciones de jornada por motivos familiares. Ante todo hay que destacar como la doctrina laboral ha señalado la escasa fortuna de esta regulación, a través de la cual al trabajador se le concede por el legislador un derecho, de cuyo ejercicio puede discrepar el empresario, ralentizando, por tanto, su disfrute.

1.4.b) La suspensión por maternidad

Estamos ante otro mecanismo bastante tradicional en nuestro ordenamiento jurídico; no se trata, por tanto de una novedad introducida por la Ley 39/1999, como consecuencia de la intención del legislador de proceder a la transposición de la normativa comunitaria.

Un análisis evolutivo de esta regulación demuestra como desde la redacción original del ET de 1980 esta institución, regulada en el art. 48.4 ET, este es uno de los preceptos que más modificaciones ha sufrido desde entonces en los poco menos de veinte años de vigencia del ET.

¹¹⁷. CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral)", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº Extraordinario de 1999.

No parece que este sea el lugar más adecuado para realizar un análisis detallado del contenido de esta regulación, además existen obras que han analizado con detenimiento esta figura¹¹⁸. Es por ello que vamos a limitarnos a señalar simplemente cuales son los principales elementos configuradores de esta causa de suspensión, tras lo cual señalaremos, de manera breve y concisa las modificaciones que en esta materia se han introducido por la Ley 39/1999.

Ante todo debemos resaltar que estamos ante una causa de suspensión. Es decir, una situación expresamente contemplada por el legislador en sus arts. 45 y 48 ET, a tenor de la cual, la trabajadora o el trabajador que incurra en ella tendrá derecho al cese en el desarrollo de su prestación laboral, generando el paralelo cese de la obligación empresarial de abonar el salario. Una vez agotado el período de duración establecido legal o convencionalmente, el beneficiario tendrá un derecho pleno a la reincorporación al trabajo. Las principales diferencias de la suspensión respecto a los permisos radica tanto en su duración, mayor en la suspensión, que alcanza a 16 semanas e incluso más en caso de partos múltiples, y en el hecho de que la trabajadora o el trabajador no tienen derecho al salario durante la suspensión; si bien, tal como señalaremos posteriormente, hay que resaltar que el beneficiario de la suspensión, puede, si cumple los requisitos legalmente establecidos, acceder a una prestación de Seguridad Social. En estos casos el empresario no sufre toda la carga de responsabilidad contractual, sino que ésta se reparte entre los dos: el trabajador no desarrolla prestación de trabajo, y el empresario no abona el salario; es decir, en realidad, aunque hablemos de suspensión del contrato de trabajo, lo que se suspenden son las principales obligaciones integradas en el contrato de trabajo (aunque también se suspenden aquellas prestaciones conectadas con esas obligaciones principales¹¹⁹).

En cuanto a las principales líneas de desarrollo de esta regulación, podemos resaltar las siguientes:

- a) Evolutivamente se ha producido una constante ampliación del período de suspensión. Desde la duración inicial de 3 semanas que deben disfrutarse por la mujer con posterioridad al parto, hasta las 16 actuales (ampliables en 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto múltiple), pasando por las 14 semanas que inicialmente se establecía en la redacción originaria del ET de 1980, se han ido ampliando estos períodos de manera constante a lo largo del tiempo.
- b) Inicialmente esta ampliación de la suspensión por maternidad se realizaba para proteger lo mejor posible la integridad física de la trabajadora que daba a luz; pero con la regulación actual es evidente que no sólo se protege la integridad de la trabajadora, evitando que retorne al trabajo inmediatamente después del parto; con la ampliación el hijo recién nacido y la necesidad de convivencia familiar pasan a ser objeto de protección a través de esta regulación. Desde este punto de vista podemos afirmar que no se trata sólo de un mecanismo de defensa de la trabajadora, también tiene un carácter eminentemente familiar.
- c) De otro lado, también es evidente el proceso que se ha seguido en las últimas evoluciones normativas de esta suspensión (a partir de la reforma de este precepto en 1989), hacia la dirección de favorecer el disfrute de la suspensión también por el padre. No se trata de un disfrute

118. Por todos vid. MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., páginas 67 a 118.

119. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La protección por maternidad", op. cit., páginas 61 a 103.

en situación de igualdad, sino de un disfrute subordinado al derecho originario de la madre: el padre sólo puede disfrutar si la madre opta por que él acceda a la suspensión, o en el supuesto de fallecimiento de la madre. La regulación hoy vigente amplía estas posibilidades.

- d) A tenor de lo anterior se hace evidente que esta regulación supone facilitar el reparto de responsabilidades familiares entre el padre y la madre, siendo ésta una de las principales consecuencias de la Ley 39/1999 en esta materia. En todo caso hay que decir que si bien esta regulación supone un impulso a este objetivo, lo cierto es que es bastante limitado, justamente por el hecho de no consagrar una situación de igualdad de la madre y el padre ante la suspensión por maternidad. Tal como hemos dicho antes el padre sólo tiene un derecho derivado del original de la madre. Desde nuestro punto de vista, parece conveniente acelerar la evolución de la regulación en esta dirección, pues esto facilitaría descargar del ámbito femenino unas responsabilidades que son comunes y no exclusivas. En este sentido, parecería conveniente establecer el derecho a la suspensión en situación de igualdad entre el padre y la madre, exceptuando las seis semanas de disfrute obligatorio materno posteriores al parto (establecidas para procurar la protección a la integridad física materna postparto). Deberíamos empezar a hablar, por tanto, de una suspensión por maternidad o paternidad.
- e) Para terminar, hemos de señalar que nuestro ordenamiento ha establecido una ampliación expresa de los supuestos que dan lugar a este derecho: a diferencia de la normativa comunitaria, que no hace expresa alusión a estos supuestos, el ET incluye en la suspensión por maternidad a los supuestos de adopción y a los de acogimiento preadoptivo o permanente, aplicándoles una regulación en todo equiparable a la maternidad biológica; es decir, en clave de igualdad. Se amplía así el ámbito de los supuestos que generan el derecho a la suspensión respecto de lo dispuesto en la Directiva.

En cuanto a las innovaciones aportadas por esta regulación, podemos mencionar las siguientes (seguimos el orden de aparición en el art. 48.4 ET):

- En caso de parto múltiple se amplía la duración de la suspensión en 2 semanas a partir del segundo hijo. Con la regulación anterior, en caso de parto múltiple, con independencia del número de hijos nacidos, la ampliación tan sólo llegaba a 18 semanas.
- Se aumentan los derechos del padre en caso de parto: en caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá disfrutar del período no disfrutado por la madre. Es decir en hipótesis pueden ser las 16 o más semanas si la madre no ha disfrutado de ni un sólo día. Con anterioridad, el padre tan sólo podría disfrutar del período restante de las seis semanas obligatorias que no había disfrutado la madre antes de fallecer. De otro lado, se mantiene la posibilidad del disfrute paterno por opción de la madre, si bien se amplía esta eventualidad: puede acceder a la totalidad del período de descanso posterior al parto, con exclusión de las seis semanas de disfrute obligatorio de la madre. Es decir, en estos casos puede disfrutar hasta un total de 10 semanas en caso de parto simple. Con la regulación anterior el padre sólo podía acceder por opción materna a las 4 últimas semanas de suspensión.
- Se amplía la posibilidad de suspensión en caso de adopción o acogimiento, pues afecta a todos estos supuestos en los que el adoptado o acogido tenga hasta seis años. Bajo la regulación anterior sólo era posible si el adoptado o acogido era menor de cinco años. Además, se establece la posibilidad de acceder al derecho, aunque el adoptado o acogido sea mayor

de 6 años pero menor de edad, si se trata de discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditada por los servicios sociales competentes.

- En casos de adopción o acogimiento se amplía el período de disfrute hasta los 16 semanas en todo caso. Anteriormente dependía de la edad del acogido o adoptado. Se aplica idéntica regla que hemos señalado en caso de maternidad biológica en caso de adopción o acogimiento múltiples.
- En caso de adopción internacional, si es necesario el desplazamiento de los padres al país de procedencia del adoptado, el período de suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.
- Para terminar, hay que tener en cuenta que tanto en caso de maternidad biológica como adopción o acogimiento, se establecen determinadas modalidades de disfrute: bien de manera sucesiva o simultánea, supuesto que se refiere a los casos de disfrute conjunto de madre y padre, por opción de la primera, (antes sólo era posible el disfrute sucesivo); de otro lado, el disfrute a jornada completa o a tiempo parcial (en realidad, en este último supuesto se trata de un derecho a reducir la jornada de trabajo, ampliando proporcionalmente la duración de la suspensión¹²⁰).

Para terminar hemos de recordar que si bien al suspenderse el contrato cesa la obligación retributiva empresarial, es posible que el trabajador o la trabajadora accedan a una renta sustitutoria del salario durante este período de suspensión: los arts. 133 bis a 133 quinquies de la LGSS establecen el derecho a una prestación equivalente al 100% de la base reguladora (equivalente a la establecida para la incapacidad temporal por contingencias comunes; es decir, igual a la base de cotización por contingencias comunes del mes natural inmediatamente anterior a la baja). Los requisitos son los de estar afiliado, en alta o situación asimilada al alta, y haber cotizado 180 días en los cinco años anteriores al parto, o a la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o a la resolución judicial de adopción.

1.4. c) La suspensión por riesgo durante el embarazo

Otro supuesto interesante es el regulado en el art. 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Este precepto establece una regulación sobre protección de la maternidad. El precepto en realidad no desarrolla la Directiva 96/34, sino otra norma distinta, la directiva 92/85; más concretamente a sus arts. 5 y 6.

El art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos, publicada en su primera versión en 1995 ya había procedido a la transposición de la normativa comunitaria: establecía en primer lugar la necesidad de una evaluación específica de los puestos de trabajo ocupados por trabajadoras embarazadas. Si en base a dicha evaluación se detecta algún riesgo para la trabajadora o para el feto, será necesario adaptar las condiciones del puesto de trabajo (incluida la no realización de trabajo nocturno o de tra-

120. Sobre esta cuestión, vid. CRUZ VILLALON, J.: Op. cit., página 83.

bajo a turnos). Si la adaptación no es posible o a pesar de la adaptación se mantiene la situación de riesgo de modo que puede influir negativamente sobre la trabajadora o el feto (siendo necesario que así sea certificado por los servicios médicos del INSS), la trabajadora tendrá derecho a un cambio de puesto de trabajo a través del mecanismo de movilidad funcional (es decir, dentro del grupo profesional). Si no existe un puesto de trabajo compatible para la trabajadora, podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional o categoría equivalente (*ius variandi*), si bien conservando el derecho a las retribuciones de origen.

Hasta aquí la regulación española suponía una traslación bastante correcta de la normativa comunitaria. Sin embargo, el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no había regulado una última posibilidad que aparecía en la citada Directiva: si no es posible el cambio de puesto de trabajo, la trabajadora tiene derecho a ser dispensada del trabajo. Esto suponía una falta de transposición de la normativa comunitaria, lo cual fue bastante criticado por la doctrina laboral española¹²¹. El art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, con la nueva redacción otorgada por la Ley 39/1999, ha intentado proceder a una más correcta transposición de la normativa comunitaria, pues ha establecido para el caso en que sea imposible el cambio de puesto de trabajo, o no pueda razonablemente exigirse, el derecho de la trabajadora a la suspensión del contrato de trabajo "por riesgo durante el embarazo"¹²².

La transposición no es correcta del todo, pues los mecanismos establecidos en la Directiva se aplican tanto a la situación de embarazo como al período de lactancia posterior al parto. Sin embargo, la suspensión por riesgo durante el embarazo sólo se aplica a la situación de embarazo. Sigue existiendo, por tanto, una deficiencia de transposición.

Hay que tener en cuenta que este derecho sólo puede ser disfrutado por la madre, no por el padre. Ello es lógico, y no es discriminatorio, pues tan sólo la madre puede sufrir las consecuencias negativas derivadas del puesto de trabajo durante el embarazo; y sólo ella va a poder transmitir al feto dichas consecuencias.

Para terminar, hemos de tener en cuenta que en el caso de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, también es posible acceder a una prestación de Seguridad Social, que cubrirá la pérdida de retribución de la trabajadora. Esta se regula en los arts. 134 y 135 de la Ley General de la Seguridad Social (esta regulación también ha sido introducida por la Ley 39/1999), y consistirá en un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente, que coincide con la base reguladora de la incapacidad temporal (es decir, la misma base que para la prestación por maternidad). Los requisitos para acceder a la prestación son idénticos a los señalados para la prestación de maternidad.

La situación de suspensión y la prestación podrá prolongarse mientras dure la imposibilidad de encontrar otro puesto de trabajo compatible con la situación de la trabajadora. En todo caso, finalizará cuando se inicie la suspensión del contrato por maternidad.

121. En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: "Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", Trotta, Madrid 1996, página 175; LOUSADA AROCHENA, F.: "Unas anotaciones críticas sobre el artículo 26 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", LA Ley, 28 de octubre de 1996, página 3.

122. En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)", RL nº 18 de 1999, página 8.

1.4.d) La excedencia por motivos familiares

Nuestro ordenamiento ha venido reconociendo en el art. 46.3 ET el derecho de los trabajadores (hombres o mujeres, que a estos efectos han venido ocupando una posición de igualdad) a una excedencia para el cuidado de hijos. La Ley 39/1999 ha mantenido este derecho, pero lo ha ampliado, al establecer otro supuesto diferente: el derecho a la excedencia por la necesidad de atender al cuidado de familiares. Se trata, por tanto, de dos supuestos diferentes de excedencia.

Antes de señalar en que consisten estos mecanismos hemos de señalar que ambos son supuestos de excedencia; es decir, son supuestos de interrupción del desarrollo de la prestación de trabajo, caracterizados por el hecho de que los trabajadores cesan en su obligación de trabajar, paralelamente se paraliza también la obligación empresarial de abonar el salario. La cuestión fundamental desde el punto de vista de la naturaleza es la de si en los casos de excedencia hay o no derecho a la reincorporación a la empresa. Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta que el ordenamiento laboral español distingue entre la excedencia voluntaria y la forzosa. La excedencia forzosa es en realidad un supuesto de suspensión del contrato de trabajo¹²³, una forma de ser de la suspensión, o como señala la doctrina laboral, una envoltura formal de la suspensión¹²⁴.

Si se trata de un supuesto de suspensión, eso significa que el beneficiario tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo (art. 46.1 ET). Por contra, si se considera que es un caso de excedencia voluntaria, ésta tan sólo concede el derecho preferente de reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que se produzca en la empresa (art. 46.5 ET); es decir, se otorga un derecho mucho más débil.

El art. 46.3 ET establece que el primer año de excedencia el trabajador "tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente". Al margen de los problemas que plantea la interpretación de este precepto (que de entrada estaba originalmente establecido para el supuesto de excedencia por cuidado de hijos, pero que con la regulación hoy vigente también se aplica a la excedencia por cuidado de familiares), que parece otorgar un derecho de propiedad al puesto de trabajo durante el primer año (aunque esa redacción tiene su origen en un momento anterior en el que en la excedencia por cuidado de hijos se distinguía entre el primer año que era de excedencia forzosa, y el período restante, que se configuraba como excedencia voluntaria; es decir, se trataba de una excedencia híbrida¹²⁵), queda con esta redacción claro que estamos ante un supuesto de excedencia de carácter forzoso, por lo que tras el disfrute de este período el trabajador o trabajadora tienen derecho a la reincorporación en la empresa.

En cuanto a los supuestos que contiene el art. 46.3 ET ya hemos señalado que son dos diferentes:

123. Es prácticamente unánime la opinión de que la naturaleza jurídica es coincidente con la de la suspensión: VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", en VV.AA., "Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo IX, Vol. 1º", EDERSA, Madrid 1983, página 104; PEDRAJAS MORENO, A.: "La excedencia laboral y funcional", Montecorvo, Madrid 1983, página 444; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "El reintegro del trabajador en excedencia voluntaria", RL Tomo II de 1987, página 11.

124. VIDA SORIA, J.: "La suspensión del contrato de trabajo", IEP, Madrid 1965, página 47; también PEREZ ALONSO, M.A.: "La excedencia laboral", Tirant lo Blanch, Valencia 1995, página 12.

125. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Las excedencias en Derecho del Trabajo", Comares, Granada 1997, páginas 195 y ss.

- En primer lugar, se hace referencia al supuesto tradicional de excedencia por cuidado de hijos, no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, ya sea por naturaleza o por adopción; más aún, se incluye también a los supuestos de adopción. Esos tres años se computan desde el nacimiento del hijo en caso de maternidad biológica. Si es un supuesto de adopción o acogimiento, los tres años se computan desde la resolución judicial o administrativa¹²⁶.
- El segundo supuesto ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 39/1999, sin que existiesen antecedentes con anterioridad en nuestra regulación. Se trata del derecho a una excedencia, de una duración no superior a un año, salvo lo establecido en convenio colectivo que podrá mejorar esta norma. El objetivo de esta excedencia es atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado ya sea por consanguinidad o afinidad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida alguna.

Esta regulación supone un desarrollo de lo dispuesto por la Directiva de descanso parental, que recordemos establece el derecho a un permiso por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, de una duración no inferior a tres meses y que puede alcanzar hasta los ocho años. Es evidente que el legislador español se ha quedado bastante corto en la transposición de esta regulación, pues sólo asegura la excedencia hasta los tres años; parecería conveniente, por tanto una ampliación en lo posible de este derecho.

De otro lado, debemos destacar la escasa protección que se otorga por parte del ordenamiento español en materia de Seguridad Social a las personas que disfrutan de este derecho. El hecho de que un trabajador o trabajadora disfrute de un período de suspensión largo presenta un problema: que supone la pérdida del salario. Frente a esto el ordenamiento español no establece ninguna prestación de carácter económico para las personas que disfrutan de la excedencia por cuidado de hijos. De otro lado, el hecho de que se dedique un período que puede ser largo al cuidado de hijo o de familiares presenta otro problema importante desde el punto de vista de la Seguridad Social: que se interrumpe durante ese período de tiempo la carrera de Seguridad Social. Esto significa, no sólo que el beneficiario de la excedencia queda en buena manera desprotegido en esta materia; además, se dificulta el acceso a futuros derechos de Seguridad Social, pues una de las bases de nuestro sistema es la necesidad de haber cotizado para tener derecho a las prestaciones de Seguridad Social. Si se interrumpe el trabajo para cuidar de los hijos o de los familiares, y por lo tanto se deja de cotizar, se dificulta el acceso a futuras prestaciones. Más aún, hay prestaciones cuya cuantía dependen del número de años de cotización, por lo que es previsible que si la cotización se corta para disfrutar de la excedencia, su cuantía futura sea menor.

La regulación española de Seguridad Social se limita a establecer una prestación no económica de Seguridad Social, dirigida a proteger estas situaciones. Concretamente esta prestación se regula en el art. 180 letra b) de la Ley General de la Seguridad Social, que establece "La consideración, como período de cotización efectiva, del primer año con reserva de puesto de trabajo del período de exce-

126. Esta regla sobre la duración es una novedad importante, pues bajo la regulación anterior se computaba en todo caso desde el nacimiento del hijo, incluso en los supuestos de adopción, lo que en este último caso dificultaba bastante el acceso al derecho a disfrutar de la excedencia. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999 ...", op. cit., página 37.

dencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten en razón del cuidado de hijos”. Esta regulación se desarrolla reglamentariamente a través del RD 356/1991, de 15 de marzo, y más concretamente su art. 17.

A tenor de esta regulación podemos decir que el contenido de la acción protectora es el siguiente:

a) Computar el primer año de excedencia (sólo y exclusivamente el primero) como período cotizado a los efectos de cobertura del período mínimo de carencia para acceder a prestaciones de Seguridad Social.

b) Se tendrá en cuenta este período del primer año a los efectos de la determinación de la base reguladora. Concretamente durante este período se tomará la base de cotización media del beneficiario correspondiente a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de la excedencia. Si no se acredita el citado período de seis meses, se toma la base media correspondiente al período inmediatamente anterior a la excedencia que haya sido acreditado.

c) Se tendrá en cuenta el primer año a efecto de incrementar el porcentaje a aplicar si se trata de una prestación que requiera de tal elemento (v.g. en caso de la pensión de jubilación).

d) Considerar a los beneficiarios durante este período en situación de alta para acceder a las prestaciones de Seguridad Social¹²⁷.

e) Durante el primer año, el trabajador o trabajadora tendrá derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

En definitiva, vemos como la protección establecida es bastante escasa. En todo caso no podemos decir que la normativa española sea contraria a lo previsto en la regulación comunitaria, pues recordemos que la Directiva 96/34 en el apartado nº 8 de la Cláusula 2ª del Anexo, se limita a señalar tan sólo que los asuntos de Seguridad Social “habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios”; es decir, se limita a remitir la cuestión a los Estados miembros, sin establecer ninguna obligación concreta. Desde nuestro punto de vista parece conveniente que el legislador español profundice en la protección de los trabajadores que se encuentren en esta situación, pues el nivel de protección es tremendamente escaso.

127. También hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, que establece lo siguiente: “La situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones de desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada pro Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa”.

1.4.e) La protección frente al despido

Para terminar con los mecanismos de protección hemos de referirnos a la protección de los trabajadores frente al despido. Esta es una cuestión regulada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley de Procedimiento Laboral, y afecta a la regulación del despido objetivo y al despido colectivo.

De un lado, el art. 53.4 ET dispone que el despido objetivo será nulo, además de los casos de discriminación, violación de un derecho fundamental y falta de forma, aquellas extinciones de los trabajadores “durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento”; así como aquellas extinciones de “Las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del art. 37 de esta ley (es decir, la reducción de la jornada por lactancia o por cuidado de familiares), o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma (es decir, excedencia por cuidado de hijos o cuidado de familiares)”.

Respecto del despido disciplinario, el art. 55.5 ET también se refiere a un nuevo supuesto de despido nulo, configurándose esta nulidad sobre los mismos hechos que en el despido objetivo. Es decir, se considera despido nulo el disciplinario de una trabajadora o trabajador realizado durante el período de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento, o suspensión por riesgo durante el embarazo (supuesto de suspensión al que sólo tienen derecho las trabajadoras). También se considera nulo el despido disciplinario de la trabajadora producido durante el período de embarazo, así como el despido de trabajadores o trabajadoras que disfruten de una reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares o por motivo de lactancia, o un una excedencia por cuidado de hijos o familiares.

La Ley de Procedimiento Laboral se refiere a estos mismos supuestos en sus arts. 108.2 (despido disciplinario) y 122.2 (despido objetivo).

Hay que tener en cuenta que esta regulación establece una prohibición del despido durante un determinado plazo de tiempo. Durante ese tiempo no podrá despedirse a la trabajadora o el trabajador que esté disfrutando de estos derechos. No se trata en realidad de un supuesto de prohibición absoluta, pues tal como establece la regulación antes señalada, se aplicará la nulidad salvo que “se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”. Es decir, se trata de una prohibición del despido sin justa causa producido durante los períodos de protección señalados; si durante dichos períodos hay una justa causa de extinción (un incumplimiento contractual grave y culpable, o se cumple una de las causas del despido objetivo) el despido no deberá ser calificado como nulo, sino como procedente. Dicho de otro modo, lo que se establece con esta regulación es la imposibilidad de calificar el despido como improcedente (y, por tanto, facilitar al empresario la extinción indemnizada del contrato de trabajo) durante estos períodos de tiempo. Se asemeja bastante este mecanismo de protección a la regulación, suprimida por la reforma de 1994, del despido producido durante el período de suspensión del contrato de trabajo, que sólo podía calificarse como nulo o procedente¹²⁸.

128. CRUZ VILLALON, J.: “El fomento de la integración plena ...”, op. cit., página 94.

Debe observarse como la intención del legislador no es la de establecer un supuesto específico de despido nulo por discriminación o violación de un derecho fundamental. Aunque es posible prever como en muchos de los despidos de una trabajadora o trabajador que "osan" disfrutar de estos derechos pueda haber una intención claramente discriminatoria, el legislador no tiene en cuenta esa posibilidad, y establece una protección total durante unos concretos períodos de tiempo; de ahí que se hable de una auténtica prohibición del despido en tales períodos, permitiéndose tan sólo el despido cuando hay una justa causa. La principal consecuencia que puede extraerse del hecho de que no estemos ante un despido por discriminación o violación de un derecho fundamental, sino ante una prohibición legal del despido, se plasma en el plano procesal: en el despido discriminatorio, si bien el trabajador ve aligerada la carga de la prueba, ha de soportar una parte de dicha carga. Por contra, en estas nuevas causas de nulidad, al tratarse de una prohibición del despido durante ese período concreto de tiempo, el trabajador tan sólo asume la necesidad de probar que está en el disfrute de tales derechos y que se ha extinguido su contrato¹²⁹.

Esta regulación no sólo es la transposición de lo dispuesto en la Directiva 96/34, apartado 4º de la Cláusula 2ª de su Anexo, que tan sólo establece que los ordenamientos nacionales deberán adoptar "las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado la solicitud o cogido un permiso parental". Es evidente que la normativa española va más lejos de lo establecido en la normativa comunitaria, pues la Directiva tan sólo habla de una manera muy general de la protección de los trabajadores, no exige que la extinción no produzca ningún tipo de efectos. En realidad, la regulación española parece ser una transposición de lo dispuesto por la Directiva 92/85, sobre la protección de las trabajadoras embarazadas, cuyo art. 10 establece que "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras (...), durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad". Desde nuestro punto de vista el legislador español, en vez de estar procediendo a la transposición de la primera Directiva de permiso parental, ha realizado una transposición de la Directiva de protección de trabajadoras embarazadas, ampliando el ámbito de protección no sólo a éstas, sino también a los trabajadores; y no limitándose al supuesto de embarazo, sino a los diferentes permisos y reducciones de jornada por motivos familiares anteriormente analizados¹³⁰. Hay que resaltar como una de las principales críticas a la transposición de la citada Directiva a través de la Ley de Prevención de Riesgos, era precisamente que no se establecía expresamente estos mecanismos de protección de la trabajadora embarazada frente al despido; de ahí que parezca que más que facilitar la transposición de la Directiva de permiso parental, el legislador haya querido responder a tales críticas.

Para terminar con este tema, hay que mencionar como hay otra norma de importancia en materia de despido, nos referimos al art. 52 d) ET que regula la extinción objetiva por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas. Sabido es que dicho precepto establece expresamente toda una serie de supuestos de ausencias justificadas al trabajo que no deben computarse a los efectos de saber si estamos o no ante un despido objetivo por tal causa. Concretamente, con la redacción otorgada a este precepto con ocasión de las modificaciones introducidas por la Ley 39/1999, se señala que no serán computadas las ausencias al trabajo debidas a "maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia". Con anterioridad a esta regulación tan sólo se

129. En este sentido CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena ...", op. cit., página 95.

130. Por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "La aplicación de la Directiva 92/85 en España", en VV.AA., "La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral", Aranzadi, Pamplona 1997, página 260.

mencionaba al supuesto de maternidad. En realidad la expresa mención de estos otros supuestos derivados de la nueva regulación no supone una notable innovación, pues como es bien sabido, doctrina y jurisprudencia laboral ha venido estimando que cualquier derecho a cese en el desarrollo de la prestación no puede ser computado a los efectos de esta causa de despido objetivo.

Sin embargo, la nueva literalidad del precepto sí presenta una importante novedad, justamente cuando hace referencia a que no se computarán las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia. Como sabemos este precepto establece respecto a las bajas por contingencias comunes (y una enfermedad causada por el embarazo, el parto o la lactancia lo es), que estas tan sólo dejarán de computarse a los efectos de despido objetivo, cuando la baja tenga una duración de más de veinte días consecutivos, contándose aquellas que tengan duración inferior. Pues bien, si la enfermedad está originada por el embarazo, el parto o la lactancia, aunque sean de duración inferior a 20 días no se tendrán en cuenta.

Se trata indudablemente de una norma que favorece a las trabajadoras embarazadas, pues tal situación suele originar un sin número de molestias no excesivamente graves, desde el punto de vista médico, durante el embarazo, pero que frecuentemente imposibilitan a la trabajadora la prestación de trabajo. Pero más aún, la principal novedad procede del hecho de que estas bajas no sólo dejarán de computarse si se originan por el embarazo, sino también por el parto o la lactancia. Es decir, la literalidad del precepto establece que no se computarán tales faltas no sólo durante el período de embarazo, sino una vez terminado este y hacia el futuro. Aquí es donde está la principal novedad, pues la jurisprudencia comunitaria había aceptado no computar la faltas durante el embarazo: al sufrirse tan sólo por las mujeres, si se computasen serían discriminatorias (Sentencias Dekker y Hertz, ambas de 8 de noviembre de 1990 y la Sentencia Brown, de 30 de junio de 1998)¹³¹. Con la regulación española se iría más lejos, pues incluso si las enfermedades se producen con posterioridad a la suspensión por maternidad, las faltas por tales enfermedades no serán computables.

1.5. La negociación colectiva andaluza en materia de permiso parental

A diferencia de otras Directivas Comunitarias que han sido traspuestas al ordenamiento nacional, que se refieren a cuestiones que difícilmente son objeto de regulación a través de la negociación colectiva; por contra los diferentes mecanismos que giran en torno al permiso parental, sí han tenido importante eco en la negociación colectiva española; si bien no de manera general, sino limitándose a aspectos concretos.

1.5.a) Las interrupciones no periódicas de la prestación o permisos

Del ámbito de cuestiones relativas al permiso parental, la más regulada por la negociación colectiva es justamente la de los permisos por motivos familiares

En esta materia podemos encontrar diversas líneas de actuación:

1º Convenios colectivos que se limitan simplemente a reiterar lo establecido por la normativa nacional, sin innovar nada al respecto; así, podemos citar los siguientes convenios: CC provincial de Alme-

131. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", REDT nº 97, páginas 729 y ss.

ría de Aparcamientos de Garajes y Servicios de Lavado y Engrase¹³²; CC provincial de Córdoba de Transporte de Mercancías por Carretera¹³³; CC provincial de Córdoba de Transporte de Viajeros por Carretera¹³⁴; CC provincial de Granada de Agua para Riegos¹³⁵; CC provincial de Granada de Transporte Interurbano de Viajeros¹³⁶; CC provincial de Huelva de Agencias de Limpieza de Edificios y Locales¹³⁷; CC provincial de Jaén de Agencias Distribuidoras de Butano¹³⁸; CC provincial de Jaén de Oficinas y Despachos¹³⁹; CC provincial de Jaén de Producción de Plantas Vivas y su Comercialización¹⁴⁰; CC provincial de Málaga de Automoción¹⁴¹; CC provincial de Málaga de Comercio y Manufactura de Vidrio Plano¹⁴²; CC provincial de Málaga de Fábricas de Aceite de Oliva, Extractores de Orujo y Adezeo y Exportación de Aceitunas¹⁴³; CC provincial de Málaga de Limpieza de Edificios y Locales¹⁴⁴; CC provincial de Transportes de Viajeros de Servicios Discrecionales¹⁴⁵; CC provincial de Sevilla de Comercio del Mueble, Antigüedades y Objetos de Arte; Comercio de Joyerías, Platerías e Importadores y Comerciantes de Relojes; Comercio de Almacenistas y Detallistas de Ferretería; Armería y Artículos de Deportes; Comercio de Bazares; Objetos Típicos y Recuerdos de Sevilla; Plásticos al Detall; Bisuterías, Molduras, Cuadros y Vidrio y Cerámica; Comercio Textil, Quincalla y Mercerías; Comercio de Materiales de Construcción y Herramientas; Comercio de la Piel y Manufacturas varias¹⁴⁶; CC interprovincial de Sevilla de Industrias del Aceite y sus Derivados¹⁴⁷; CC provincial de Sevilla de Tintorerías, Lavanderías, Limpieza y Lavado de Ropas¹⁴⁸; CC provincial de Sevilla de Transporte de Mercancías por Carretera¹⁴⁹.

Una variante de estos convenios es el que se remite directamente a la normativa del Estatuto de los Trabajadores; así, el CC provincial de Almería de Transporte de Mercancías por Carretera¹⁵⁰; CC provincial de Almería de Transporte de Viajeros por Carretera¹⁵¹; CC provincial de Córdoba de Empresas de Gases Licuados y derivados del petróleo¹⁵²; CC provincial de Córdoba de Industrias Vinícolas, Licores, Alcohólicas y Sidrerías¹⁵³; CC de provincial de Sevilla de Comercio de Abonos y Semillas¹⁵⁴; incluso es posible encontrar algún convenio que se sigue remitiendo aún hoy a la Ordenanza Laboral del sector; así el CC provincial de Huelva de Industrias del Vidrio¹⁵⁵.

132. BOP de 30 de enero de 2001, art. 21.
133. BOP de 10 de septiembre de 1998, art. 28.
134. BOP de 17 de agosto de 2000, art. 28.
135. BOP de 5 de agosto de 2000, art. 24.
136. BOP de 16 de diciembre de 2000, art. 26.
137. BOP de 24 de agosto de 1999, art. 13.
138. BOP de 22 de enero de 2000, art. 36.
139. BOP de 4 de abril de 2001, art. 12.
140. BOP de 6 de septiembre de 2000, art. 11.
141. BOP 20 de mayo de 1999, art. 21.
142. BOP de 6 de marzo de 2001, art. 22.
143. BOP de 14 de junio de 2000, art. 10.
144. BOP de 7 de noviembre de 2000, art. 18.
145. BOP de 1 de septiembre de 2000, art. 27.
146. BOP de 1 de julio de 1999, art. 12.
147. BOP de 2 de octubre de 1999, art. 25.
148. BOP de 14 de julio de 2000, art. 24.
149. BOP de 30 de noviembre de 2000, art. 22.
150. BOP de 31 de enero de 2001, art. 19.
151. BOP de 26 de enero de 2001, art. 18.
152. BOP de 11 de noviembre de 2000, art. 8.
153. BOP de 9 de junio de 2000, art. 23.
154. BOP de 10 de enero de 2001, art. 28.
155. BOP de 14 mayo de 2001, art. 12.

Otra variante es el convenio que se limita a recoger el derecho con carácter general y a tenor de la legislación vigente en cada caso; así el CC provincial de Sevilla de Comercio del Automóvil, Motocicletas, Bicicletas y sus accesorios¹⁵⁶.

2º Convenios colectivos que establecen mejoras respecto de algunos de los permisos relativos a motivos familiares, elevando el número de días de permiso retribuido (si bien las mejoras no suelen afectar a todos los permisos por causas familiares, sino tan sólo a algunos de ellos, siendo en el resto igual a la legal): así el CC de Acuicultura Marina de Andalucía¹⁵⁷ CC provincial de Almería de Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores¹⁵⁸; CC provincial de Almería de Industria de la Panadería¹⁵⁹; CC provincial de Almería de Industria Siderometalurgia¹⁶⁰; CC provincial de Limpieza de Edificios y Locales¹⁶¹; CC provincial de Almería de Industria de la Alimentación¹⁶²; CC provincial de Almería de Comercio Textil¹⁶³; CC provincial de Cádiz de Actividades Conexas de la Construcción¹⁶⁴; CC provincial de Cádiz de Agencias Distribuidoras de Butano¹⁶⁵; CC provincial de Cádiz de Agencias Marítimas¹⁶⁶; CC provincial de Cádiz de Alimentación, Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios¹⁶⁷; CC de Cádiz del Campo¹⁶⁸; CC provincial de Cádiz de Comercio al por Mayor de Frutas y Hortalizas para Cádiz Capital¹⁶⁹; CC provincial de Cádiz de Comercio de la Exportación e Importación de Pescados y Mariscos¹⁷⁰; CC provincial de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla¹⁷¹; CC provincial de Cádiz de Comercio del Metal¹⁷²; CC provincial de Cádiz de Derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción¹⁷³; CC provincial de Cádiz de la Construcción¹⁷⁴; CC provincial de Cádiz de Comercio General de la Piel¹⁷⁵; CC provincial de Cádiz de la Elaboración, Crianza, Embotellado o Envasado o Comercialización de Vinos, Espirituosos y Licores¹⁷⁶; CC provincial de Cádiz de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Sanitaria¹⁷⁷; CC provincial de Cádiz de Frío Industrial para la Pesca¹⁷⁸; CC provincial de Cádiz de Hostelería¹⁷⁹; provincial de Cádiz de Industria y Almacenaje de la Madera¹⁸⁰; CC provincial de Cádiz de Limpieza y Conservación de Edificios y Locales Comerciales¹⁸¹; CC provincial de Cádiz de

156. BOP de 4 de febrero de 2000, art. 9.
157. BOJA de 9 de septiembre de 1997, art. 32.
158. BOP de 3 de abril de 2000, art. 7.
159. BOP de 20 de agosto de 1999, art. 22.
160. BOP de 29 de noviembre de 2000, art. 16.
161. BOP de 20 de septiembre de 2000, art. 23.
162. BOP de 11 de abril de 2001, art. 27.
163. BOP de 1 de marzo de 2001, art. 13.
164. BOP de 1 de marzo de 2000, art. 15.
165. BOP de 23 de junio de 1999, art. 19.
166. BOP de 27 de abril de 2000, art. 8.
167. BOP de 23 de enero de 2001, art. 22.
168. BOP de 31 de enero de 2001, art. 26.
169. BOP de 7 de febrero de 2001, art. 9.
170. BOP de 25 de febrero de 1999, art. 10.
171. BOP de 11 de agosto de 2000, art. 20.
172. BOP de 27 de septiembre de 2000, art. 21.
173. BOP de 25 de mayo de 1998, art. 17.
174. BOP de 6 de julio de 2000, art. 45.
175. BOP de 5 de mayo de 2000, art. 22.
176. BOP de 27 de abril de 2001, art. 42.
177. BOP de 3 de febrero de 2001, art. 11.
178. BOP de 24 de diciembre de 1997, art. 8.
179. BOP de 21 de junio de 2000, art. 24.
180. BOP de 28 de junio de 1999, art. 24.
181. BOP de 4 de agosto de 2000, art. 13.

Minoristas y Mayoristas de Alimentación¹⁸²; CC provincial de Cádiz de Montajes¹⁸³; CC provincial de Cádiz de Confeitería, Pastelería y Despachos¹⁸⁴; CC provincial de Cádiz de Oficinas de Farmacia¹⁸⁵; CC provincial de Oficinas y Despachos¹⁸⁶; CC provincial de Cádiz de Panadería¹⁸⁷; CC provincial de Cádiz de Pompas Fúnebres¹⁸⁸; CC provincial de Cádiz de Siderometalúrgicas¹⁸⁹; CC provincial de Cádiz de Transporte Sanitario de Personas Enfermas, Accidentados, Impedidos o Incapacitados en Ambulancias y Colectivos¹⁹⁰; CC provincial de Cádiz de Servicio Discrecional de Mercancías y Otros Modos de Transportes de Mercancías por Carretera (larga distancia)¹⁹¹; CC provincial de Cádiz de Transportes Locales de Mercancías y Agencias de Transportes¹⁹²; CC provincial de Cádiz de Viticultura¹⁹³; CC provincial de Córdoba del Campo¹⁹⁴; CC provincial de Córdoba del Comercio¹⁹⁵; CC de Córdoba de Empresas de Distribuidoras de Energía Eléctrica¹⁹⁶; CC provincial de Córdoba de Hostelería¹⁹⁷; CC provincial de Córdoba del Metal¹⁹⁸; CC provincial de Córdoba de Pompas Fúnebres¹⁹⁹; CC provincial de Granada de Comercio²⁰⁰; CC provincial de Granada de Construcción y Obras Públicas²⁰¹; CC provincial de Granada de Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas²⁰²; CC provincial de Granada de Fabricación de Bebidas Alcohólicas²⁰³; CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de frutas, productos hortofrutícolas y patata temprana y extratemprana²⁰⁴; CC provincial de Granada de Industria de la Alimentación²⁰⁵; CC provincial de Granada de Industria de Hostelería²⁰⁶; CC provincial de Granada de Industria de la Madera y Corcho²⁰⁷; CC provincial de Industria de Panadería²⁰⁸; CC provincial de Granada de Industria del Aceite y sus derivados²⁰⁹; CC provincial de Granada de Industrias de Derivados del Cemento²¹⁰; CC provincial de Granada de Siderometalúrgica²¹¹; CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales²¹²; CC provincial de Granada de Oficinas y Despachos²¹³; CC provincial de Huelva de Auto-

182. BOP de 2 de marzo de 2000, art. 22.
183. BOP de 28 de mayo de 2001, art. 17.
184. BOP de 11 de agosto de 2000, art. 8.
185. BOP de 30 de diciembre de 2000, art. 18.
186. BOP de 1 de febrero de 2000, art. 24.
187. BOP de 31 de agosto de 1998, art. 9.
188. BOP De 27 de febrero de 2001, art. 14.
189. BOP de 8 de julio de 1999, art. 29.
190. BOP de 1 de agosto de 2000, art. 10.
191. BOP De 21 de febrero de 2001, art. 34.
192. BOP de 6 de septiembre de 199, art. 14.
193. BOP de 31 de mayo de 2001, art. 24.
194. BOP de 11 de febrero de 2000, art. 11.
195. BOP de 16 de diciembre de 1999, art. 11.
196. BOP de 6 de octubre de 1998, art. 11.
197. BOP de 10 de junio de 2000, art. 41.
198. BOP de 25 de agosto de 2000, art. 11.
199. BOP de 10 de marzo de 1998, art. 10.
200. BOP de 19 de julio de 1999, art. 26.
201. BOP de 17 de abril de 2001, art. 69.
202. BOP de 4 de agosto de 2000, art. 19.
203. BOP de 16 de mayo de 1992, art. 13.
204. BOP de 18 de agosto de 2000, art. 23.
205. BOP de 30 de julio de 1998, art. 12.
206. BOP de 18 de noviembre de 1995, art. 11.
207. BOP de 1 de julio de 1999, art. 8.
208. BOP de 20 de diciembre de 1997, art. 11.
209. BOP de 14 de agosto de 2000, art. 7.
210. BOP de 6 de septiembre de 1998, art. 8.
211. BOP de 11 de agosto de 2000.
212. BOP de 7 de marzo de 2001, art. 14.
213. BOP de 6 de abril de 2001, art. 15.

moción²¹⁴; CC provincial de Huelva de Ayuda a Domicilio²¹⁵; CC provincial de Huelva de Comercio²¹⁶; CC provincial de Huelva de Comercio de Alimentación²¹⁷; CC provincial de Huelva de Comercio del Calzado²¹⁸; CC de Huelva de Comercio del Metal²¹⁹; CC provincial de Huelva de Comercio del Mueble²²⁰; CC provincial de Huelva de Comercio Textil²²¹; CC provincial de Huelva de Fabricantes y Expendedores de Pan²²²; CC provincial de Huelva de Industria del Metal²²³; CC provincial de Huelva de Industrias de Conservas y Salazones²²⁴; CC provincial de Huelva de Industrias de Hostelería²²⁵; CC provincial de Huelva de Construcción y Obras Públicas²²⁶; CC provincial de Huelva de Industrias de Transportes por Carretera²²⁷; CC provincial de Industrias Vinícolas²²⁸; CC provincial de Jaén de Actividades Agropecuarias²²⁹; CC provincial de Jaén de Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Depuración, Tratamiento y Distribución de Aguas²³⁰; CC provincial de Jaén de Cementos Naturales, Cales y Yesos²³¹; CC provincial de Jaén de Comercio de Materiales de Construcción²³²; CC provincial de Jaén de Comercio del Calzado²³³; CC provincial de Jaén de Comercio del Metal y Electricidad²³⁴; CC provincial de Jaén del Comercio Textil²³⁵; CC de Jaén de Construcción y Obras Públicas²³⁶; CC provincial de Jaén de Industrias de la Madera y el Corcho²³⁷; CC provincial de Jaén de Industrias del Aceite y sus derivados²³⁸; CC provincial de Jaén de Industrias Panaderas²³⁹; CC provincial de Jaén de Limpieza de Edificios²⁴⁰; CC provincial de Jaén de Transportes Discrecionales de Mercancías²⁴¹; CC provincial de Jaén de Transportes Regulares de Mercancías²⁴²; CC provincial de Jaén de Transportes Regulares y Discrecionales de Viajeros²⁴³; CC provincial de Málaga de Clínicas y Sanatorios Privados²⁴⁴; CC provincial de Málaga de Comercio en General²⁴⁵; CC provincial de Málaga de 12 de Construcción y Obras Públicas²⁴⁶; CC provincial de Málaga de Grúas y sus deri-

214. BOP de 28 de mayo de 2001, art. 17.

215. BOP de 8 de mayo de 2001, art. 13.

216. BOP de 18 de enero de 2001, art. 30.

217. BOP de 9 de octubre de 2000, art. 28.

218. BOP de 25 de noviembre de 1999, art. 13.

219. BOP de 30 de noviembre de 1999, art. 13.

220. BOP de 25 de marzo de 1999, art. 12.

221. BOP de 23 de febrero de 1999, art. 13.

222. BOP de 14 de junio de 2000, art. 20.

223. BOP de 25 de abril de 1997, art. 18.

224. BOP de 17 de febrero de 2000, art. 19.

225. BOP de 23 de febrero de 1999, art. 11.

226. BOP de 24 de mayo de 2001, art. 26.

227. BOP de 4 de octubre de 2000, art. 15.

228. BOP de 21 de abril de 2001, art. 18.

229. BOP de 3 de noviembre de 1999, art. 10.

230. BOP de 22 de agosto de 1998, art. 31.

231. BOP de 2 de febrero de 1999, art. 16.

232. BOP de 16 de septiembre de 1999, art. 22.

233. BOP de 7 de septiembre de 2000, art. 25.

234. BOP de 24 de noviembre de 2000, art. 22.

235. BOP de 25 de agosto de 2000, art. 25.

236. BOP de 10 de agosto de 2000, art. 19.

237. BOP de 3 de julio de 2000, art. 20.

238. BOP de 7 de febrero de 2000, art. 36.

239. BOP de 2 de febrero de 2000, art. 25.

240. BOP de 24 de diciembre de 1999, art. 21.

241. BOP de 7 de enero de 2000, art. 30.

242. BOP de 30 de junio de 2000, art. 27.

243. BOP de 19 de enero de 2000, art. 30.

244. BOP de 12 de junio de 1998, art. 26.

245. BOP de 27 de septiembre de 2000, art. 15.

246. BOP de 12 de julio de 1999, art. 50.

vados²⁴⁷; CC provincial de Industria de Tintorería y Limpieza de Ropa, Lavandería y Autoservicio, Obradores de Planchado a mano y máquina, Establecimientos de Recepción y Entrega al Público²⁴⁸; CC provincial de Málaga de Industria Siderometalúrgica²⁴⁹; CC provincial de Málaga de Industrias de la Madera²⁵⁰; CC Málaga de Industrias Vinícolas²⁵¹; CC provincial de Málaga de Limpieza de Aviones²⁵²; CC provincial de Málaga de Pompas Fúnebres²⁵³; CC provincial de Málaga de Residencias de la Tercera Edad²⁵⁴; CC provincial de Sevilla de Auto-Taxi²⁵⁵; CC provincial de Sevilla de Cales, yesos, escayolas y sus prefabricados²⁵⁶; el CC provincial de Comercio de Optica de Sevilla²⁵⁷; el CC provincial de Sevilla de Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficinas²⁵⁸; el CC provincial de Sevilla de Consignatarios de Buques y Agentes de Aduanas²⁵⁹; CC provincial de Sevilla de la Construcción y Obras Públicas²⁶⁰; CC provincial de Sevilla de Fabricación y Venta de Confeitería, Pastelería, Tortas y Mazapanes, Bollerías y otros Productos para Desayuno²⁶¹; CC provincial de Sevilla de Fabricación y Venta de Mantecados, Polvorones, Roscos y Alfajores y demás productos de Estepa²⁶²; CC provincial de Sevilla de Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas²⁶³; CC provincial de Sevilla de Hospitalización, Internamiento, Consultas, Asistencia y Laboratorios de Análisis Clínicos²⁶⁴; CC provincial de Sevillana de Industrias de Panaderías y Expendedurías de Pan²⁶⁵; CC provincial de Sevilla de Industrias Vinícolas y Comercio de Vinos y Licores²⁶⁶.

Es difícil señalar las líneas generales de estas mejoras, pues cada convenio puede establecer las suyas; sin embargo, podemos señalar que con bastante frecuencia las mejoras consisten en establecer tres días de permiso en caso de nacimiento de hijo, enfermedad grave, y fallecimiento, ampliables a cinco días en caso de desplazamiento (los casos de accidente u hospitalización, introducidos por la Ley 39/1999, no suelen recogerse aún por la negociación colectiva). En algún caso, como ocurre frecuentemente en los convenios provinciales de Jaén, la ampliación del número de días por desplazamiento, se incrementa en función de que el desplazamiento deba ser mayor, incrementándose el número de días en función del número de kilómetros.

3º No es habitual desde luego, aquellos convenios colectivos que amplían los derechos por la vía de incrementar el grado familiar (más allá del segundo grado) que da derecho a algunos de los permisos de carácter familiar, aunque algún ejemplo hay: CC provincial de Almería de Industria de la Ali-

- 247. BOP de 23 de octubre de 1991, art. 7.
- 248. BOP de 20 de noviembre de 1998, art. 16.
- 249. BOP 10 de agosto de 1999, art. 14.
- 250. BOP de 22 de noviembre de 2000, art. 44.
- 251. BOP de 12 de julio de 1999, art. 18.
- 252. BOP de 13 de enero de 2000, art. 24.
- 253. BOP de 10 de abril de 2001, art. 21.
- 254. BOP de 28 de enero de 1997, art. 36.
- 255. BOP de 8 de noviembre de 2000, art. 8.
- 256. BOP de 28 de septiembre de 2000, art. 19.
- 257. BOP de 12 de enero de 2001, art. 24.
- 258. BOP de 10 de noviembre de 2000, art. 23.
- 259. BOP de 8 de septiembre de 1992, art. 12.
- 260. BOP de 14 de agosto de 2000, art. 59.
- 261. BOP de 19 de octubre de 1998, art. 34.
- 262. BOP de 3 de agosto de 1998, art. 19.
- 263. BOP de 26 de mayo de 1998, art. 29.
- 264. BOP de 8 de octubre de 1998, art. 25.
- 265. BOP de 14 de julio de 2000.
- 266. BOP de 2 de junio de 1998, art. 25.

mentación²⁶⁷; CC provincial de Cádiz²⁶⁸; CC provincial de Granada del Campo²⁶⁹; CC provincial de Granada de Exhibición Cinematográfica²⁷⁰; CC provincial de Málaga de Construcción y Obras Públicas²⁷¹. También puntualmente podemos encontrar mejoras que consisten en ampliar el ámbito subjetivo de protección. No se trata tanto de incrementar el grado de parentesco, sino de incluir a personas que no son cónyuges, y tienen una relación de cohabitación; así el CC provincial de Cádiz de Transporte de Viajeros²⁷²; CC provincial de Sevilla de Mantenimiento de Cabinas, Soportes y Teléfonos de Uso Público²⁷³.

4º En algún caso, bastante excepcional, el convenio establece una regulación inferior a la legal en cuanto al número de días de permiso, o se exigen requisitos no establecidos por la regulación legal; de lo que se deduce la ilegalidad de la normativa convencional: CC provincial de Almería de Trabajo en el Campo²⁷⁴; CC provincial de Huelva del Campo²⁷⁵; CC provincial de Huelva de Carpintería de Rivera y Naval²⁷⁶; CC provincial de Málaga de Garajes, Aparcamientos, Lavado y Engrase de Vehículos²⁷⁷; CC provincial de Málaga de Pompas Fúnebres²⁷⁸; CC provincial de Sevilla de Locales de Espectáculos y Deportes²⁷⁹. En algún caso la ilegalidad se explica por ser convenios colectivos cuya regulación procede a momentos anteriores a la Ley 39/1999, de modo que pese a incluir supuestos que si contempla dicha Ley, sin embargo, la cantidad de días concedidos es inferior a la regulación legal actual; así el CC provincial de Jaén de Industria Siderometalúrgica²⁸⁰.

En algún caso, si bien se exigen requisitos no recogidos por la regulación legal, sin embargo se establecen para acceder a derechos por encima de lo regulado legalmente, de donde hay que deducir la legalidad de esta normativa en cuanto que es un requisito para obtener un derecho superior a la normativa legal, de modo que de no cumplir tal requisito se aplicaría en su defecto la regulación legalmente recogida; así, el CC provincial de Cádiz de Siderometalúrgicas, que concede hasta seis días en caso de fallecimiento de familiares, si es necesario desplazamiento, pero fuera de la provin-

267. BOP de 11 de abril de 2001, art. 27.

268. BOP de 24 de junio de 1994, art. 17.

269. BOP de 25 de noviembre de 2000, art. 6.

270. BOP de 28 de julio de 2000, art. 31.

271. BOP de 12 de julio de 1999, Art 50.

272. BOP de 13 de octubre de 2000, art. 29.

273. BOP de 18 de octubre de 1999, art. 41.

274. BOP de 28 de enero de 2000, art. 23.

275. BOP de 10 de junio de 1999, art. 10.

276. BOP de 1 de agosto de 2000, art. 10.

277. BOP 14 de diciembre de 1992, Art. 21, que establece una limitación al disfrute de 4 días en caso que el trabajador deba desplazarse de su domicilio, pues exige que el desplazamiento supere un determinado número de Kilómetros. De igual modo el CC provincial de Almería de Industria de la Madera, BOP de 10 de agosto de 1999, art. 39; CC provincial de Almería de Derivados del Cemento, BOP de 10 de agosto de 1998, Anexo V; CC provincial de Almería de Canteras y Serrerías de Marmol, BOP de 18 de junio de 1999, art. 8; CC provincial de Granada de la Industria de la Madera y Corcho, BOP de 1 de julio de 1999, art. 8; también el CC provincial de Granada de Industria del Aceite y sus derivados, BOP de 14 de agosto de 2000, art. 7; CC provincial de Granada de Industrias de Derivados del Cemento, BOP de 6 de septiembre de 1998, art. 8; CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales, BOP de 7 de marzo de 2001, art. 14; CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones Sanitarias, BOP de 25 de febrero de 1999, art. 35; CC provincial de Granada de Grupos Discrecionales, Regulares, Locales de Mercancías, Agencias de Transporte y Despachos Centrales y Auxiliares de FF.CC y Grúas y similares, BOP de 19 de agosto de 2000, art. 7.

278. BOP de 10 de abril de 2001, art. 21, que sólo concede la ampliación del permiso a cuatro días en caso de desplazamiento, si éste ha de realizarse fuera de la provincia.

279. BOP de 16 de noviembre de 2000, art. 22.

280. BOP de 7 de julio de 2000, art. 35.

cia²⁸¹; CC provincial de Granada del Campo, que establece la exigencia de desplazarse a más de 100 kilómetros en caso de disfrute de la ampliación de permiso a cinco días²⁸².

5º No es extraño encontrar convenios que hacen referencia a otros motivos de carácter familiar en los que puede disfrutarse de permisos, tales como bautizos de hijos, bodas de hijos u otros familiares, primeras comuniones, etc: CC provincial de Almería de Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores²⁸³; CC provincial de Almería de Construcción y Obras Públicas²⁸⁴; CC provincial de Cádiz del Campo²⁸⁵; CC provincial de Cádiz de Comercio del Mueble²⁸⁶; CC provincial de Cádiz de Establecimientos Sanitarios de Cualquier Especialidad Médica o Clínica de Consulta, Asistencia, Tratamiento, Rehabilitación y Apoyo al Diagnóstico²⁸⁷; CC provincial de Cádiz de Piel, Marroquinería y Fabricación de Artículos de Viaje y Afines²⁸⁸; CC provincial de Cádiz de Transporte Sanitario de Personas Enfermas, Accidentados, Impedidos o Incapacitados en Ambulancias y Colectivos²⁸⁹; CC provincial de Cádiz de Viticultura²⁹⁰; CC provincial de Córdoba de Fabricación y Venta de Productos de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería²⁹¹; CC provincial de Córdoba de Empresas de Exhibición Cinematográfica²⁹²; CC provincial de Córdoba de Hostelería²⁹³; CC provincial de Córdoba de Industrias del Aceite y sus derivados²⁹⁴; CC provincial de Huelva de Automoción²⁹⁵; CC provincial de Huelva del Campo²⁹⁶; CC provincial de Construcción y Obras Públicas²⁹⁷; CC provincial de Jaén de Hostelería²⁹⁸; CC provincial de Jaén de Actividades Agropecuarias²⁹⁹; CC provincial de Sevilla de Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas³⁰⁰; CC provincial de Sevilla de Hospitalización, Internamiento, Consultas, Asistencia y Laboratorios de Análisis Clínicos³⁰¹; CC provincial de Sevillana de Industrias de Panaderías y Expendedurías de Pan³⁰²; CC provincial de Sevilla de Industrias Vinícolas y Comercio de Vinos y Licores³⁰³.

6º Hay que tener en cuenta que pese a tratarse de una materia ampliamente regulada por la negociación colectiva, se observa todavía importantes lagunas respecto de la normativa legal, sobre todo en relación a alguna de las novedades introducidas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Fundamentalmente

- 281. BOP de 8 de julio de 2000, art. 29.
- 282. BOP de 25 de noviembre de 2000, art. 6.
- 283. BOP de 3 de abril de 2000, art. 7.
- 284. BOP de 18 de agosto de 1999, art. 57.
- 285. BOP de 31 de mayo de 2001, art. 26.
- 286. BOP de 28 de abril de 2000, art. 23.
- 287. BOP de 1 de julio de 1993, art. 12.
- 288. BOP de 8 de octubre de 1998, art. 22.
- 289. BOP de 1 de agosto de 2000, art. 10.
- 290. BOP de 31 de mayo de 2001, art. 24.
- 291. BOP de 23 de mayo de 2000, art. 28.
- 292. BOP de 14 de abril de 2000, art. 26.
- 293. BOP de 10 de junio de 2000, art. 41.
- 294. BOP de 30 de agosto de 2000, art. 24.
- 295. BOP de 28 de mayo de 2001, art. 17.
- 296. BOP de 10 de junio de 1999, art. 10.
- 297. BOP de 24 de mayo de 2001, art. 26.
- 298. BOP de 25 de agosto de 1999, art. 24.
- 299. BOP de 3 de noviembre de 1999, art. 10.
- 300. BOP de 26 de mayo de 1998, art. 29.
- 301. BOP de 8 de octubre de 1998, art. 25.
- 302. BOP de 14 de julio de 2000.
- 303. BOP de 2 de junio de 1998, art. 25.

nos referimos a que no se recoge por la negociación colectiva el derecho a los dos días de permiso para los familiares hasta el segundo grado (o cuatro cuando es necesario desplazamiento), en caso de accidente grave³⁰⁴; y sobre todo el supuesto de hospitalización; si bien siempre es posible encontrar convenios en los que se recogen estos supuestos; así el CC provincial de Sevilla de Consignatarios de Buques y Agentes de Aduanas³⁰⁵; el CC provincial de Sevilla de Pompas Fúnebres³⁰⁶.

En el mismo sentido, el derecho al permiso retribuido de las trabajadoras embarazadas cuando han de realizar exámenes prenatales y técnicas de asistencia al parto dentro de la jornada de trabajo; aunque puntualmente algún convenio recoge este derecho: así el CC provincial de Sevilla de Comercio de Optica³⁰⁷.

7º También es posible encontrar algún convenio que establece derecho a licencias retribuidas de uno o varios días al año, para atender asuntos propios, que son concedidas previa solicitud. Se trata de algo parecido a los días de asuntos propios típicos en la Administración Pública; así, el CC provincial de Almería de Hostelería y Turismo³⁰⁸; CC provincial de Almería de Comercio Textil³⁰⁹; CC provincial de Granada de Industria de la Alimentación³¹⁰; CC provincial de Huelva de Oficinas y Despachos³¹¹; CC provincial de Sevilla de Comercio del Mueble, Antigüedades y Objetos de Arte; Comercio de Joyerías, Platerías e Importadores y Comerciantes de Relojes; Comercio de Almacenistas y Detallistas de Ferretería; Armería y Artículos de Deportes; Comercio de Bazares; Objetos Típicos y Recuerdos de Sevilla; Plásticos al Detall; Bisuterías, Molduras, Cuadros y Vidrio y Cerámica; Comercio Textil, Quincalla y Mercerías; Comercio de Materiales de Construcción y Herramientas; Comercio de la Piel y Manufacturas varias³¹²; el CC provincial de Sevilla de Comercio de Optica³¹³; el CC provincial de Sevilla de Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficinas³¹⁴.

En otros casos se admite la existencia de permisos sin sueldo por motivos de índole familiar, que funcionan como mecanismos de ampliación de los permisos antes señalados, pero sin retribuir; así el CC provincial de Córdoba de Industrias Vinícolas, Licoreras, Alcohólicas y Sidrerías³¹⁵; CC provincial de Córdoba de Pompas Fúnebres³¹⁶.

1.5.b) Reducción de la jornada por lactancia, guarda de menores o cuidado de familiares

Mucho más escasa que la regulación de los permisos son las alusiones a las reducciones de jornadas por lactancia, guarda de menor o cuidado de hijos.

304. En realidad, no es una situación problemática, pues puede cubrirse perfectamente por el supuesto de enfermedad grave, que si suele recogerse por la negociación colectiva.

305. BOP de 8 de septiembre de 1992, art. 12.

306. BOP de 20 de marzo de 2001, art. 17.

307. BOP de 12 de enero de 2001, art. 24.

308. BOP de 1 de febrero de 2001, art. 27.

309. BOP de 1 de marzo de 2001, art. 13.

310. BOP de 30 de julio de 1998, art. 12.

311. BOP de 5 de marzo de 2001, art. 15.

312. BOP de 10 de julio de 1999.

313. BOP de 12 de enero de 2001, art. 24.

314. BOP de 10 de noviembre de 2000, art. 23.

315. BOP de 9 de junio de 2000, art. 24.

316. BOP de 10 de marzo de 1998, art. 11.

Podemos destacar las siguientes líneas generales: de entrada es difícil encontrar convenios que regulen estas cuestiones, y aquellos que se refieren a este tema no suelen regular las tres cuestiones siendo lo normal referirse sobre todo a la lactancia, v.g. el CC provincial de Almería de Trabajo en el Campo³¹⁷; CC provincial de Jaén de Limpieza de Edificios³¹⁸; CC provincial de Málaga de Clínicas y Sanatorios Privados³¹⁹; CC provincial de Sevilla de Comercio de Óptica³²⁰; CC provincial de Sevilla de Fabricación y Venta de Confeitería, Pastelería, Tortas, Mazapanes, Bollerías y otros Productos para desayuno³²¹; CC provincial de Sevilla de Hospitalización, Internamiento, Consultas, Asistencia y Laboratorios de Análisis Clínicos³²²; CC provincial de Sevilla de Manipulación, Envasado, Comercialización al por Mayor de los Agrios, demás Frutos y sus Derivados Industriales³²³. Normalmente los estos convenios suelen establecer una regulación idéntica a la recogida en el art. 37 ET sobre lactancia, no diferenciándose en nada; aunque en algún caso podemos encontrar alguna referencia procedimental que regula períodos de preaviso de 15 días para la reincorporación a la jornada habitual³²⁴. Más extraño es encontrar convenios que se refieren tan sólo a la reducción de jornada por guarda legal; así el CC provincial de Córdoba de Limpieza de Edificios y Locales³²⁵; CC provincial de Málaga de Residencias de la Tercera Edad³²⁶.

Son más extraños los convenios colectivos que junto a la lactancia se refieren también al supuesto de guarda legal³²⁷; e incluso, junto a los dos anteriores, también es posible encontrar los que se refieren al cuidado de familiares, supuesto incluido en la regulación legal a través de la Ley 39/1999; así el CC provincial de Almería de Industria Siderometalurgia³²⁸; CC provincial de Hostelería y Turismo³²⁹; CC provincial de Almería de Industria de la Alimentación³³⁰; CC de Almería de Dependencia Mercantil³³¹; CC provincial de Almería de Comercio³³²; CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutas, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extra-temprana³³³; CC provincial de Jaén de Construcción y Obras Públicas³³⁴. Lo normal en estos convenios es recoger una regulación idéntica a la legal, siendo también posible encontrar reglas procedi-

317. BOP de 28 de enero de 2000, art. 25.2.

318. BOP de 24 de diciembre de 1999, art. 22.

319. BOP de 12 de junio de 1998, art. 27.

320. BOP de 12 de enero de 2001, art. 22.

321. BOP de 19 de octubre de 1998, art. 30.

322. BOP de 8 de octubre de 1998, art. 31.

323. BOP de 5 de octubre de 2000, arts. 37 y 38.

324. Así el CC provincial de Almería de Trabajo en el Campo, BOP de 28 de enero de 2000, art. 25.2.

325. BOP de 4 de septiembre de 1998, art. 18.

326. BOP de 28 de enero de 1997, art. 37.

327. Así el CC provincial de Almería de Construcción y Obras Públicas, BOP de 18 de agosto de 1999, art. 57.3; CC provincial de Córdoba de Industrias Vinícolas, Licoreras, Alcohólicas y Sidrerías, BOP de 9 de junio de 2000 art. 40, que regulan sólo la reducción por lactancia o guarda de menor; CC provincial de Granada de Exhibición Cinematográfica, BOP de 28 de julio de 2000, art. 31; CC provincial de Sevilla de Fabricación y Venta de Mantecados, Polvorones, Roscos y Alfajores y demás Productos de Estepa, BOP de 3 de agosto de 1998, arts 20 y 21. Obsérvese que en algún caso se trata de convenios son anteriores a la reforma legal que introduce en nuestro país la reducción por cuidado de familiares.

328. BOP de 29 de noviembre de 2000, art. 29.2.

329. BOP de 1 de febrero de 2001, art. 28.2.

330. BOP de 11 de abril de 2001, art. 32.2.

331. BOP de 27 de febrero de 2001, art. 52.2.

332. BOP de 1 de marzo de 2001, art. 44.2.

333. BOP de 18 de agosto de 2000, art. 28.

334. BOP de 10 de agosto de 2000, art. 19 apartados tercero a quinto.

mentales referentes al preaviso para reincorporarse a la jornada habitual (normalmente 15 días)³³⁵. En otros casos hay una referencia directa a la regulación legal vigente³³⁶.

1.5.c) Suspensión por maternidad, adopción y acogimiento

En cuanto a esta cuestión, podemos resumir la negociación colectiva andaluza sobre la materia en base a los siguientes elementos:

1º En primer lugar, hay que señalar que en esta materia la negociación colectiva andaluza no es precisamente innovadora; muy al contrario se limita a reiterar lo dispuesto por la regulación establecida por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 48.4. En algunos casos esta reiteración es prácticamente exhaustiva, repitiéndose el precepto en su totalidad, tal como ocurre con los Convenios Colectivos provinciales de Almería de trabajo en el Campo³³⁷, CC provincial de Almería de Industria Siderometalúrgica³³⁸; provincial de Almería de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General³³⁹; CC provincial de Almería de Hostelería y Turismo³⁴⁰; CC provincial de Almería de Industria de la Alimentación³⁴¹; CC provincial de Almería de Dependencia Mercantil³⁴²; CC provincial de Almería de Comercio Textil³⁴³; CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutas, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extratemprana³⁴⁴. En algún caso, por contra, la reiteración por parte del convenio colectivo del precepto legal es mucho más escueta, tal como ocurre en el CC provincial de Málaga de Comercio en General³⁴⁵.

La única innovación que introducen algunos de estos Convenios es justamente la de incidir en el hecho de que la suspensión por riesgo durante el embarazo finaliza el día que se inicia la suspensión del contrato por maternidad biológica³⁴⁶. En algún caso el convenio se limita a remitirse a la regulación legal³⁴⁷.

335. CC provincial de Almería de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas de Despachos en General, BOP de 4 de enero de 2001, art. 16.2; CC provincial de Almería de Hostelería y Turismo, BOP de 1 de febrero de 2001, art. 28.2; CC provincial de Almería de Industria de la Alimentación, BOP de 11 de abril de 2001, art. 32.2; CC de Almería de Dependencia Mercantil, BOP de 27 de febrero de 2001, art. 52.2, que se refiere a la reducción de jornada por lactancia y guarda legal; CC provincial de Almería de Comercio, BOP de 1 de marzo de 2001, art. 44.2; CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutas, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extratemprana, BOP de 18 de agosto de 2000, art. 28; CC provincial de Jaén de Construcción y Obras Públicas, BOP de 10 de agosto de 2000, art. 19.

336. Así el CC provincial de Granada de Transporte Interurbano de Viajeros, BOP de 16 de diciembre de 2000, art. 27; CC provincial de Málaga de Comercio en General, BOP de 27 de septiembre de 2000, art. 30.

337. BOP de 28 de enero de 2000, art. 25.

338. BOP 29 de noviembre de 2000, art. 29.

339. BOP de 4 de enero de 2001, art. 16.

340. BOP de 1 de febrero de 2001, art. 28.

341. BOP de 11 de abril de 2001, art. 32.

342. BOP de 27 de febrero de 2001, art. 52.

343. BOP de 1 de marzo de 2001, art. 44.

344. BOP de 18 de agosto de 2000, art. 28.

345. BOP de 27 de septiembre de 2000, art. 30.

346. Así ocurre con los Convenios Colectivos ya citados provinciales de Almería de Industria Siderometalúrgica, de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General, Hostelería y Turismo, Industria de la Alimentación, Dependencia Mercantil, Comercio Textil.

347. Así el CC provincial de Málaga de Clínicas y Sanatorios Privados, BOP 12 de junio de 1998, art. 27.

2º De otro lado hay que señalar como existe un importante conjunto de Convenios que se adaptan a la normativa actualmente vigente; así ocurre con los Convenios Colectivos provinciales de Almería citados en el apartado anterior. Hay que tener en cuenta, sin embargo, como todavía están vigentes un importante número de convenios colectivos que aún se refieren a la regulación anterior a la reforma de 1999, de donde no cabe más remedio que estimar dicha regulación convencional como contraria a la legalidad hoy vigente y por tanto inválida, debiendo aplicarse en estos casos, no el convenio colectivo, sino el ya reiterado art. 48. 4 ET; debido a las importantes diferencias existentes entre las regulaciones legales. En realidad, en la mayoría de los casos se trata de convenios colectivos aún vigentes, pero anteriores a dicha reforma legal; así ocurre con el CC provincial de Almería de Industria de la Madera³⁴⁸; CC provincial de Córdoba de Derivados del Cemento, Yesos y Cales³⁴⁹; aunque también es posible encontrar convenios posteriores a la reforma de 1999 que aún se refieren a la regulación legal anterior³⁵⁰.

3º Existe un tercer grupo de convenios que al regular esta cuestión lo hace de manera tremendamente escueta, mencionando apenas el derecho de la trabajadora a la suspensión durante dieciséis semanas; así podemos ver el CC provincial de Cádiz de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla.³⁵¹

4º También es posible encontrar convenios en los que si bien se regula de manera conforme a la legalidad vigente la suspensión por maternidad biológica, no se hace referencia a los supuestos de adopción o acogimiento: CC provincial de Cádiz de Hostelería³⁵².

1.5.d) Suspensión por riesgo durante el embarazo

Estamos ante una cuestión relacionada íntimamente con la regulación de prevención de riesgos laborales, y tal como vamos a ver con posterioridad esta materia de prevención de riesgos se ha incorporado en los últimos años, a partir de la entrada en vigor de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (que a su vez obedece a la necesidad de transposición de la regulación comunitaria), a la negociación colectiva. Sin embargo, aunque se haya producido una masiva infiltración de esta cuestión, en lo referente a la protección de la maternidad a través de la negociación colectiva todavía queda bastante por hacer.

1º Podemos encontrar como hay un conjunto de convenios colectivos que reiteran la regulación legal actualmente vigente, haciendo referencia expresa a la posibilidad de suspensión del contrato de la trabajadora durante la situación de embarazo, pero que no van más lejos y no llegan a establecer reglas superiores a las legales: CC provincial de Almería de Trabajo en el Campo³⁵³; CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutos, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extratemprana³⁵⁴.

348. BOP de 10 de agosto de 1999, art. 40.

349. BOP de 10 de julio de 1999, art. 36.

350. Así el CC provincial de Sevilla de Manipulación, Envasado, Comercialización al por Mayor de los Agrios, demás Frutos y sus Derivados Industriales, BOP de mayo de 2000, art. 36.

351. BOP de 11 de agosto de 2000, art. 26.

352. BOP de 21 de junio de 2000, art. 26.

353. BOP de 28 de enero de 2000, art. 25.

354. BOP de 18 de agosto de 2000, art. 28. Hay que destacar que en este Convenio se establece una mejora de Seguridad Social respecto de la regulación legal, pues se establece que el empresario ha de abonar no el 75% de la Base Reguladora a la trabajadora como prestación por riesgo durante el embarazo, sino el 100% del salario.

También es posible encontrar convenios que se remiten directamente a la regulación legal: CC provincial del Almería de Establecimientos de Hospitalización, Asistencia, Consulta y Laboratorios de Análisis Clínicos de Carácter Privado Mercantil³⁵⁵; CC provincial de Málaga de Limpieza de Edificios y locales³⁵⁶.

En otros casos los convenios se limitan simplemente a deslindar la suspensión por parto (su inicio) de la suspensión por riesgo durante el embarazo, supuesto al que nos hemos referido ya con anterioridad en el subepígrafe anterior (vid. supra apartado 1º).

2º En otros casos, aunque se recoge en convenio la protección por embarazo; regulando fundamentalmente un derecho al cambio de puesto de trabajo. Sin embargo, en estos convenios no se hace referencia a la suspensión por riesgo durante el embarazo. En realidad se trata de convenios existentes con anterioridad a la Ley 39/1999; así, el CC provincial de Almería de Empresas Concesionarias de Ora y/o Grúa y Depósito³⁵⁷; CC provincial de Córdoba derivados del Cemento, Yesos y Cales³⁵⁸; CC provincial de Huelva de Agencias de Limpieza de Edificios y Locales³⁵⁹; CC provincial de Sevilla de Hospitalización, Internamiento, Consultas, Asistencia y Laboratorios de Análisis Clínicos³⁶⁰; CC provincial de Sevilla de Mantenimiento de Cabinas, Soportes y Teléfonos de Uso Público³⁶¹. En algún caso los convenios establece el derecho al cambio, pero sólo a partir de un determinado momento (cuarto o quinto mes de embarazo), siendo esta regulación tanto contraria a la existente a partir de la Ley 39/1999, como a la regulación anterior: CC provincial de Granada de Comercio³⁶²; CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones Sanitarias³⁶³; CC provincial de Huelva de Industrias de Hostelería³⁶⁴; CC provincial de Jaén de Hostelería³⁶⁵.

También podemos localizar algunos convenios que son posteriores a la Ley 39/1999 pero que si bien regulan la protección de la trabajadora durante el embarazo no recogen el supuesto de suspensión del contrato, limitándose como mucho a plasmar el derecho de la trabajadora al cambio de puesto de trabajo: CC provincial de Almería de Dependencia Mercantil³⁶⁶; CC provincial de Córdoba del Campo³⁶⁷; CC provincial de Córdoba de Hostelería³⁶⁸; CC provincial de Huelva de Comercio³⁶⁹; CC provincial de Huelva de Comercio de Alimentación³⁷⁰; CC provincial de Huelva de Comercio del Metal³⁷¹; CC provincial de Huelva de Industrias de Conservas y Salazones³⁷².

355. BOP de 9 de septiembre de 1999, art. 36.

356. BOP de 7 de noviembre de 2000, art. 15.

357. BOP de 23 de abril de 1998, art. 23.

358. BOP de 10 de julio de 1999, art. 36.

359. BOP de 24 de agosto de 1999, art. 40.

360. BOP de 8 de octubre de 1998, art. 32.

361. BOP De 18 de octubre de 1999, art. 53.

362. BOP de 19 de julio de 1999, art. 29.

363. BOP de 25 de febrero de 1999, art. 47.

364. BOP de 23 de febrero de 1999, art. 31.

365. BOP de 25 de agosto de 1999, art. 47.

366. BOP de 27 de febrero de 2001, art. 59.

367. BOP de 11 de febrero de 2000, art. 20.

368. BOP de 10 de junio de 2000, art. 42.

369. BOP de 18 de enero de 2001, art. 33.

370. BOP de 9 de octubre de 2000, art. 32.

371. BOP de 30 de noviembre de 1999, art. 17.

372. BOP de 17 de febrero de 2000, art. 37

3º En algún caso anómalo, se establece la posibilidad de una excedencia forzosa de la trabajadora durante el período de gestación, confundiendo así dos instituciones jurídicas diferentes. Así ocurre con el CC provincial de Granada de Autoescuelas³⁷³.

1.5.e) Excedencia por cuidado de hijos o cuidado de familiares

En cuanto a las excedencias, ocurre algo muy similar a la suspensión del contrato de trabajo, siguiéndose unas líneas muy similares a las que hemos señalado con anterioridad: reiteración por parte de los convenios colectivos de lo dispuesto por la regulación legal; si bien existen una importante diferencia, pues la excedencia, con carácter general, es una materia bastante más regulada, que la suspensión por maternidad.

1º En primer lugar, hay un importante número de convenios que si bien repiten la normativa legal, se basan en la regulación anterior a la reforma de 1999. Como es lógico, son supuestos de convenios todavía vigentes, pero aprobados con anterioridad a la reforma citada: CC provincial de Almería de Industria de la Madera³⁷⁴; CC provincial de Cádiz de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Aguas³⁷⁵; CC provincial de Córdoba de Derivados del Cemento, Yesos y Cales³⁷⁶; CC provincial de Málaga de Automoción³⁷⁷; CC Málaga de Derivados del Cemento³⁷⁸. En algún caso, aún más extraño se trata de convenios posteriores a la reforma, lo que supone la manifiesta ilegalidad del convenio en cuanto a la regulación de esta materia; así el CC provincial de Granada de Construcción y Obras Públicas³⁷⁹; CC provincial de Granada de Exportadores de Patata Temprana y Extratemprana³⁸⁰; CC provincial de Sevilla de Construcción y Obras Públicas³⁸¹; CC provincial de Sevilla de Derivados del Cemento³⁸².

2º De otro lado, encontramos un conjunto de convenios que reiteran lo establecido legalmente respecto a la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET). Hay que señalar como si bien hay convenios que repiten la normativa legal, es curioso observar como muchos ignoran lo referente a la excedencia por cuidado de familiares; así el CC provincial de Almería de Manipulado y Envasado de Frutos, Hortalizas y Flores³⁸³; CC provincial de Almería de Trabajo en el Campo³⁸⁴; CC provincial de Almería de Transporte de Viajeros por Carretera³⁸⁵; CC provincial de Almería de Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General³⁸⁶; CC provincial de Almería de Hostelería

373. BOP de 23 de marzo de 2000, art. 20.

374. BOP de 10 de agosto de 1999, art. 43.

375. BOP de 24 de junio de 1994, art. 48.

376. BOP de 10 de julio de 1999, art. 36.

377. BOP de 20 de mayo de 1999, art. 44. Además, hay que resaltar que este convenio considera a esta excedencia como voluntaria y no como forzosa.

378. BOP de 8 de agosto de 1997, art. 69.

379. BOP de 17 de abril de 2001, art. 88. En este caso se da la circunstancia de que este convenio considera que este tipo de excedencia es voluntaria, lo que supone otra anomalía importante en esta regulación.

380. BOP de 24 de noviembre de 1994, art. 29.

381. BOP de 1 de agosto de 2000, art. 78. Este convenio considera además a este tipo de excedencia como simplemente voluntaria.

382. BOP de 24 de febrero de 2000, art. 71. Este convenio considera además a este tipo de excedencia como simplemente voluntaria.

383. BOP de 3 de abril de 2000, art. 23.

384. BOP de 28 de enero de 2000, art. 25.

385. BOP de 26 de enero de 2001, art. 66.

386. BOP de 4 de enero de 2001, art. 16.

y Turismo³⁸⁷; CC provincial de Almería de Industria de la Alimentación³⁸⁸; CC provincial de Almería de Dependencia Mercantil³⁸⁹; CC provincial de Almería de Comercio Textil³⁹⁰; CC provincial de Málaga de Comercio en General³⁹¹; CC provincial de Sevilla de Manipulación, Envasado, Comercialización al por Mayor de los Agrios, demás Frutos y sus Derivados Industriales³⁹².

En algún caso la repetición de la normativa legal no es exhaustiva, siendo dicha regulación mucho más escueta y menos precisa que la legal: CC provincial de Granada de Agua para Riegos³⁹³; CC de Granada de Autoescuelas³⁹⁴; CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales³⁹⁵; CC provincial de Málaga de Limpieza de Edificios y Locales³⁹⁶.

Encontramos como sólo hay un pequeño número de supuestos en los que se regula la excedencia por cuidado de hijos: CC provincial de Almería de la Industria Siderometalúrgica³⁹⁷; CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutos, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extratemprana³⁹⁸. Si bien la excedencia por cuidado de familiares es una figura realmente reciente, incorporada al ordenamiento español por la reforma de 1999, hay que reconocer como con anterioridad a esta reforma, ya algún convenio colectivo establecía la posibilidad de una excedencia especial para el cuidado de familiares; así el CC provincial de Almería de Industria de la Madera³⁹⁹; CC provincial de Almería de Derivados del Cemento⁴⁰⁰; CC provincial de Cádiz de Establecimientos Sanitarios de Cualquier Especialidad Médica o Clínica de Consulta, Asistencia, Tratamiento, Rehabilitación y Apoyo al Diagnóstico⁴⁰¹; CC Provincial de Derivados del Cemento⁴⁰²; CC provincial de Sevilla de Derivados del Cemento⁴⁰³. En algún caso los Convenios son posteriores a la reforma legal, y sin embargo reflejan la regulación anterior: CC provincial de Cádiz de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización (Clínicas Privadas o no) y Asistencia Sanitaria⁴⁰⁴; CC provincial de Cádiz de Hostelería⁴⁰⁵; CC provincial de Cádiz de Pompas Fúnebres⁴⁰⁶; CC provincial de Huelva de Industrias de la Madera⁴⁰⁷.

3º En tercer lugar, hay convenios que en vez de regular esta materia se remiten directamente a la normativa legal vigente: CC provincial de Almería de Aparcamientos de Garajes y Servicios de Lavado

- 387. BOP de 1 de febrero de 2001, art. 28.
- 388. BOP de 11 de abril de 2001, art. 32.
- 389. BOP de 27 de febrero de 2001, art. 52.
- 390. BOP de 1 de marzo de 2001, art. 44.
- 391. BOP de 27 de septiembre de 2000, art. 30.
- 392. BOP de 5 de octubre de 2000, art. 36.
- 393. BOP de 5 de agosto de 2000, art. 25.
- 394. BOP de 23 de marzo de 2000, art. 20.
- 395. BOP de 7 de marzo de 2001, art. 37.
- 396. BOP de 7 de noviembre de 2000, art. 19.
- 397. BOP de 29 de noviembre de 2000, art. 29.
- 398. BOP de 18 de agosto de 2000, art. 28.
- 399. BOP de 10 de agosto de 1999, art. 44.
- 400. BOP de 10 de agosto de 1998, art. 71.
- 401. BOP de 1 de julio de 1993, art. 14.
- 402. BOP de 8 de agosto de 1997, art. 69.
- 403. BOP de 24 de febrero de 2000, art. 72.
- 404. BOP de 3 de febrero de 2001, art. 13.
- 405. BOP de 21 de junio de 2000, art. 25.
- 406. BOP de 27 de febrero de 2001, art. 16.
- 407. BOP de 4 de octubre de 2000, art. 55.

y Engrase⁴⁰⁸; CC provincial de Granada de Exhibición Cinematográfica⁴⁰⁹; CC provincial de Huelva del Comercio⁴¹⁰; CC provincial de Huelva de Comercio de Alimentación⁴¹¹; CC provincial de Jaén de Comercio del Calzado⁴¹²; CC provincial de Jaén del Comercio Textil⁴¹³; CC provincial de Málaga de Clínicas y Consultas Odontológicas⁴¹⁴; CC provincial de Málaga de Clínicas y Sanatorios Privados⁴¹⁵; CC provincial de Málaga de Óptica y sus Talleres⁴¹⁶; CC provincial de Sevilla de Industrias Vinícolas y Comercio de Vinos y Licores⁴¹⁷.

1.5.f) Protección frente al despido

Ciertamente la regulación de la prohibición del despido durante el embarazo o bien el producido con motivo de la solicitud o disfrute de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el trabajo, maternidad, excedencia por cuidado de hijos o familiares o reducciones de la jornada para cuidar de familiares, es algo relativamente nuevo en el ordenamiento interno (desde 1999), aunque es bastante anterior en la regulación comunitaria. Ahora bien, pese a la novedad en la regulación nacional, destaca como la negociación colectiva andaluza no ha regulado esta cuestión, lo cual es expresión de un rasgo importante: la tendencia de la parte empresarial a evitar la regulación de mecanismos que limiten sus facultades extintivas⁴¹⁸. En todo caso, aunque no se recoja por los convenios colectivos, hemos de recordar como es esta una cuestión legalmente establecida, por lo que hay una importante protección a favor de los trabajadores.

De todas maneras siempre es posible encontrar algún convenio aislado en el que se recoge lo dispuesto por la regulación legal: CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutos, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extratemprana⁴¹⁹. En otros supuestos este mecanismo de protección se reduce a alguna de las situaciones legalmente establecidas en las que se prohíbe el despido; así el CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales⁴²⁰; o el CC provincial de Granada de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones Sanitarias⁴²¹, que limitan esta medida al supuesto de excedencia por cuidado de hijos o de familiares.

1.5.g) Conclusiones

A tenor de lo expuesto hasta ahora, hay que señalar que las conclusiones son evidentes y, desde nuestro punto de vista, bastante negativas:

408. BOP de 30 de enero de 2001, art. 62.

409. BOP de 8 de julio de 2000, art. 32.

410. BOP de 18 de enero de 2001, art. 31.

411. BOP de 9 de octubre de 2000, art. 29.

412. BOP de 7 de septiembre de 2000, art. 26.

413. BOP de 25 de agosto de 2000, art. 26.

414. BOP de 20 de julio de 1998, art. 18.

415. BOP de 12 de junio de 1998, art. 29.

416. BOP de 9 de agosto de 1991, art. 22.

417. BOP de 2 de junio de 1998, art. 26.

418. Con anterioridad a la citada reforma hay que señalar otro obstáculo: la dudosa legalidad de un convenio que regula una calificación del despido, lo cual sólo corresponde al Juez, que otorgará la calificación oportuna, pero a tenor de lo legalmente establecido.

419. BOP de 18 de agosto de 2000, art. 28.

420. BOP de 7 de marzo de 2001, art. 37.

421. BOP de 25 de febrero de 1999, art. 36. Téngase en cuenta que este convenio es incluso anterior a la reforma legal de 1999 en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

- De entrada hemos de señalar que la traslación de la normativa comunitaria a la negociación colectiva es bastante reducida. La negociación colectiva ha esperado a la trasposición al ordenamiento interno de la normativa de procedencia comunitaria. En buena medida ello es consecuencia tanto del general desconocimiento de la regulación comunitaria a nivel de las unidades de negociación, como del hecho que la regulación comunitaria en la materia son Directivas, que como sabemos se dirigen a los Estados miembros, que son los verdaderos sujetos obligados a las mismas, y no los sujetos privados (empresarios y trabajadores).
- De otro lado, hay que señalar que en comparación con el número total de convenios, son escasos los convenios andaluces que regulan la materia de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores; es, sin dudas, otra prueba de la escasa penetración de la normativa comunitaria. Si excluimos la regulación de permisos por motivos estrictamente familiares (y en realidad esta es una cuestión que no procede del derecho comunitario, sino típicamente española), que si se regula por casi todos los convenios colectivos, el resto de materias (suspensión por riesgo durante el embarazo, suspensión por maternidad, excedencias por cuidado de hijos o de familiares, prohibición de despido o reducción de jornada por lactancia o por cuidado de familiares) tienen una escasa acogida por la negociación colectiva; incluso, tal como ocurre con la prohibición de despido, su presencia en la negociación colectiva es prácticamente anecdótica.
- Es sorprendente la presencia de convenios que dos años después de la reforma de 1999 aún siguen reiterando regulaciones que ya no están vigentes; lo que supone una falta de actualización tremendamente importante.
- Para terminar, también es importante subrayar que en la mayoría de los casos, los convenios colectivos se limitan a reiterar (o incluso remitirse) lo establecido por la normativa legal sobre la materia. No se añade nada nuevo, ni se mejora la regulación legal; de donde cabe deducir lo innecesario de esta regulación convencional. En otros casos, es incluso posible detectar convenios que establecen reglas sobre conciliación de la vida familiar y laboral, que están por debajo de los límites legales; resultando absolutamente ilegales en estos casos.

2. DIRECTIVA 97/81, RELATIVA AL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL CONCLUIDO POR LA UNICE, EL CEEP Y LA CES

2.1. La Directiva 97/81: el origen pactado de la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial

La Directiva 97/81/CE sobre contrato a tiempo parcial representa un hito importante en la política social de la UE en la medida en que supone una de las primeras manifestaciones de un acuerdo entre los agentes sociales a nivel europeo en materia de contrato individual de trabajo.

Establecida sobre la base del Protocolo 14^º sobre Política Social, cuyo art. 4.2 dispone la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan pedir conjuntamente la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión, aquél dispone la elevación a rango de Directiva del acuerdo previo cuyo texto se incorpora al Anexo de la misma. Tal como establece su art. 1, la Directiva "tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), tal y como figura en el anexo".

Estamos, pues, ante una Directiva sobre contrato a tiempo parcial que deriva de un acuerdo previo de los interlocutores a nivel comunitario, que refleja en sí misma, como dispone su tercer considerando, la necesidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo “en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada” (en cuanto se refiere expresamente a esta directiva, al trabajo a tiempo parcial).

Esta Directiva se relaciona necesariamente con la necesidad de conseguir efectiva y materialmente la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Partiendo de la constatación de que la mujer es sujeto primero del trabajo a tiempo parcial persigue, teniendo en cuenta las conclusiones del Consejo Europeo de Essen, la promoción de la igualdad de oportunidades. Surge tras el proceso de negociación entre UNICE, CEEP y CES que concluye con el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial de 6 de junio de 1997 que transmitieron a la Comisión para posibilitar su aplicación, de conformidad con el apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la política social.

Partiendo de estas consideraciones, el objetivo de la Directiva es crear un marco jurídico apropiado del trabajo a tiempo parcial sobre la base de que es una forma apropiada de trabajo que debe evitar, según lo dicho, la discriminación entre hombres y mujeres, debe articular la vida social y familiar y garantizar la igualdad de oportunidades.

Este marco apropiado y general del contrato a tiempo parcial descansa en una serie de principios elementales que posteriormente van a tener su reflejo en la normativa nacional, sometida, por cierto a demasiadas vicisitudes como después referiremos. Como establece el propio preámbulo del Acuerdo que se traspone en el Anexo a la Directiva, el mismo “enuncia los principios generales y requisitos mínimos relativos al trabajo a tiempo parcial” a aplicar en los distintos países miembros, e “ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para la eliminación de la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y de contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”. Se fija como objeto del acuerdo “las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial”, en el marco “del principio de no discriminación” que tiene un elemento especial en la efectividad del mismo en relación con los sistemas de protección social; unos sistemas de protección social de los que se demanda capacidad para adaptarse a “los nuevos modelos de trabajo y que faciliten una protección adecuada a las personas que efectúan esos nuevos tipos de trabajo”.

2.2. El contenido de la Directiva

El acuerdo de los interlocutores sociales a nivel europeo fija como objetivos “a) garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial; y, b) facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”; lo que supone en definitiva fijar dos de los principios esenciales sobre la base de los cuales ha de desarrollarse la regulación nacional del contrato a tiempo parcial y que afectaban directamente a la normativa española: efectividad del principio de igualdad –fundamentalmente desde la perspectiva material del acceso pleno al sistema de protección social– y efectividad del principio de voluntariedad –fundamentalmente desde la regulación de la interdicción de la conversión unilateral, por parte del empresario, del régimen de dedicación de la relación laboral–.

A la postre, estos dos principios, junto a la aplicación y extensión del principio de proporcionalidad, van a ser los pilares sobre los que se asienta el régimen jurídico nacional del contrato a tiempo parcial sobre cuya efectividad va a centrarse el debate general, aunque no único, derivado de las diferentes vicisitudes de la normativa estatal.

Más allá de esto, la Directiva, o su Anexo, que, como hemos dicho antes, pretende crear un marco jurídico apropiado para el trabajo a tiempo parcial, delimita como ámbito de aplicación “los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro”; aunque prevé la posibilidad de excluir a los trabajadores a tiempo parcial ocasionales.

De cualquier forma, esta exclusión posible que prevé la Directiva queda limitada al mandato que se dan los interlocutores sociales comunitarios de examinar periódicamente las mismas “a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones que la sustentan”.

En este sentido, la Directiva y, lo que puede ser más importante desde la perspectiva de la normativa nacional, parte de la aplicación de los siguientes principios:

- a) El principio de igualdad de trato y no discriminación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial.

La Directiva, y, por ende, la nueva regulación del contrato a tiempo parcial que deriva de la misma –en primer lugar el RDL 15/1998– pretende hacer efectivo el principio de igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores contratados a tiempo parcial respecto a los contratados a tiempo completo. Fundamentalmente en lo que hace al acceso a determinadas prestaciones de Seguridad Social que no quedaba plenamente garantizadas de hecho con la aplicación mimética de la regla de proporcionalidad tal como se había consagrado legalmente, en materia de cómputo de cotizaciones, tras la reforma de 1993-94⁴²². En esta sede se habían planteado las principales deficiencias de este derecho⁴²³, un derecho cuyo respeto viene claramente exigido por la Directiva 97/81 y al que parecía supeditarse, en la norma comunitaria, la aplicación del principio de proporcionalidad.

- b) Principios de autonomía de la voluntad y de voluntariedad.

El principio de autonomía de la voluntad es elemento constituyente de la propia tipicidad del contrato a tiempo parcial, en la medida en que la posibilidad de concertar un contrato a tiempo parcial no ha de fundamentarse en razón causal alguna (como en los supuestos de contratos de duración determinada) sino en la mera intención de las partes de establecer, de inicio, una jornada inferior. En este sentido, este principio, como decimos, consustancial al contrato a tiempo parcial, se encuentra reforzado en la propia Directiva. Pero es más, dicho reforzamiento, a través de su mención expresa, se halla no sólo en la formalización original o inicial del contrato, sino en aquellos supuestos relacionados con la modificación de la dedicación pactada. Tal como dispone, “El rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debe-

422. Tras los reiterados pronunciamientos sobre el tema: confr., por todas, la STS 26 de mayo de 1993.

423. Sobre el tema ORTIZ LALLANA; “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”; Relaciones Laborales nº 15-16, 1998; págs. 105 y ss.

ría por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado”.

De esta manera, es expresión fundamental del principio de voluntariedad, entendido como especificación del principio de autonomía de la voluntad en la medida en que se refuerza la posición del trabajador, la imposibilidad de imponer unilateralmente por parte del empresario la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial.

Asimismo, la referencia a la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, parecen insistir en este principio, configurándolo como elemento central no sólo de la tipicidad del contrato a tiempo parcial sino de su propio régimen jurídico en el que se incorpora las posibilidades de concertar la vida personal o familiar con la laboral. En este sentido, la propia Directiva establece esta posibilidad que se traspone a la normativa nacional. Según dispone la propia Directiva: “3. En la medida de lo posible, los empresarios deberían tomar en consideración: a) las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial que esté vacante en el establecimiento; b) las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo parcial a un trabajo a tiempo completo o de incremento de su tiempo de trabajo si se presenta esta posibilidad; c) la transmisión de información a su debido tiempo sobre los puestos a tiempo parcial y a tiempo completo disponibles en el establecimiento, a fin de facilitar las transferencias de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa; d) las medidas destinadas a facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial a todos los niveles de la empresa, incluidos los puestos cualificados y los puestos directivos y, en los casos apropiados, las medidas destinadas a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional a fin de favorecer la progresión y la movilidad profesionales; e) la transmisión, a los órganos representativos de los trabajadores, de información apropiada sobre el trabajo a tiempo parcial en la empresa”.

c) Principio de proporcionalidad.

La Directiva dispone, con carácter que podríamos denominar subsidiario, que “cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis”. Remite a la legislación nacional y a la negociación colectiva la aplicación de la misma: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales”.

Finalmente, prevé la posibilidad, no aceptada en nuestro ordenamiento jurídico laboral, de subordinar las condiciones de empleo a un requisito de antigüedad: “Cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4”.

En la forma antes vista, continúa siendo central en la articulación o configuración del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial la aplicación de la regla general de proporcionalidad o “pro rata temporis”.

Sin embargo, cualquier primera lectura tanto de la norma legal nacional como de su antecedente comunitario parece deducir claramente el carácter subsidiario de esta regla general; subsidiario, principalmente, del derecho de igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo.

Además, la regla de proporcionalidad se matiza en su extensión y no alcanza los parámetros que directamente tenían en la normativa anterior (claramente en materia de cómputo de cotizaciones) ya que la declaración legal del mismo, además de supeditar al referido principio de igualdad, lo limita genéricamente a la “naturaleza” del derecho y a su reconocimiento legal, reglamentario o convencional. Por ello, la reforma no solventa los problemas a que da lugar tal regla general de proporcionalidad. Unos problemas que parten, en primer lugar de su extensión; esto es, de qué aspectos o condiciones de trabajo son susceptibles de ser aplicadas proporcionalmente.

Con todo, qué duda cabe que tal principio va a informa necesariamente el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial; eso sí condicionado a la efectividad del principio de igualdad de trato.

Lo que ocurre es que, en este aspecto, de nuevo, es a la negociación colectiva a quien le corresponde delimitar la extensión que ha de darse a la aplicación del principio de proporcionalidad.

2.3. La transposición de la Directiva al Ordenamiento jurídico español

De conformidad con el art. 2.1 de la Directiva “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 20 de enero de 2000 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante un acuerdo” (sin perjuicio de la posibilidad de prórroga en un año de dicha transposición).

En este sentido, la regulación preexistente en nuestro país, que planteaba algunas deficiencias, como hemos visto, fundamentalmente desde la perspectiva de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en materia de acceso al sistema de protección social, sufrió una importante modificación a través del RDL 15/1998. Una reforma sometida posteriormente a una serie de vicisitudes importantes que se traducen en las modificaciones posteriores operadas por la Ley 55/1999, respecto al régimen jurídico de los fijos discontinuos, incluidos como forma de trabajo a tiempo parcial, y, sobre todo, con la más reciente reforma de 2001, del RDL 5/2001 y, tras su trámite parlamentario, de la Ley 12/2001.

Destacado como forma apropiada de fomento de empleo, tal como aparecía en el Plan de Empleo del Reino de España para 1998, y derivado de la intención del Gobierno de pactar con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas la regulación de una institución como ésta surge, en primer lugar, la reforma del art. 12 (y de normas concordantes en materia de seguridad social principalmente) a través del RDL 15/1998 donde se trasladaba en acuerdo a que finalmente llegaban sindicatos y gobierno, no la patronal.

El RDL 15/1998 pretendió, al hilo de la Directiva y del acuerdo del que deriva, una regulación global del trabajo a tiempo parcial introduciendo, según destaca el propio legislador en la Exposición de Motivos, “un marco jurídico del trabajo a tiempo parcial” que afecta no sólo al régimen jurídico sustantivo sino al régimen de protección social. Todo ello, con un fin nuevamente proclamado: que sea “sensible a las necesidades de mejora del mercado de trabajo” y que “ofrezca nuevas respuestas a

las cada vez más diversificadas necesidades de carácter personales, formativos y profesionales de los trabajadores y trabajadoras, además de entender a las exigencias de adaptabilidad de las empresas” (Exposición de Motivos del RDL 15/1998).

Así, los elementos esenciales de esta regulación podrían centrarse en los siguientes aspectos:

- a) Se introduce una nueva definición del contrato a tiempo parcial; absolutamente diferente de la que introdujo el RDL 18/1993. Se acude de nuevo a un tope de dedicación para la delimitación del contrato a tiempo parcial; pero también, lo que es más importante, para la aplicación de su régimen jurídico realmente novedoso y diferenciado del régimen jurídico del contrato a tiempo completo (añadiendo por tanto aspectos que van más allá de la mera aplicación de los principios de proporcionalidad y equiparación).
- b) Se introducen novedades importantes en su régimen jurídico. La reforma del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores recoge una verdadera regulación diferenciada del contrato a tiempo parcial, respecto a su normativa anterior y respecto al contrato a tiempo completo. De esta forma, además de los aspectos que afectan al régimen de Seguridad Social, nos encontramos básicamente como elementos centrales de este régimen jurídico nuevo y diferenciado los siguientes: a) la prohibición de las horas extraordinarias (cuando era precisamente el instrumento fundamental, por único, en la calificación de los incrementos de dedicación de los trabajadores a tiempo parcial –además de su importancia como instrumento de distribución irregular de la misma dedicación-); b) la regulación de un nuevo instituto, las horas complementarias, que en cualquier primera aproximación presentan elementos muy destacables al reforzar la autonomía de individual de las partes –o, mejor, al reforzar la posición del trabajador en la autonomía individual frente a las horas extraordinarias (manifestación del denominado principio de voluntariedad)—, al conectar la contratación con la actuación sobre la distribución del tiempo de trabajo y, finalmente, al ser el instrumento elegido como vía para el incremento de la dedicación y para la distribución irregular del tiempo de trabajo (ya veremos si con mayor o menor flexibilidad que respecto a las horas extraordinarias); y, c) la regulación, sobre la base del mencionado principio de voluntariedad y de su efectividad, del régimen de conversión de contratos, obviando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como mecanismo idóneo para llevar a cabo cualquier conversión unilateral y articulando, al hilo de lo dispuesto en la Directiva 97/81, una serie de derechos, expectativas o preferencias en lo que la norma denomina “movilidad voluntaria” en el trabajo a tiempo parcial.
- c) Se afecta profundamente el sistema de protección social previsto para los contratos a tiempo parcial. La reforma que introduce el RDL 15/1998 abarca también el régimen de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial⁴²⁴, estableciendo normas generales sobre cálculo y cómputo de cotizaciones a efecto, también, de hallar la base reguladora de determinadas

424. Como afirman DESDENTADO BONETE y TEJERINA ALONSO “la protección de la Seguridad Social, en los sistemas contributivos, se ha construido sobre el paradigma del trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido y se ha resistido a abordar las implicaciones de las formas de trabajo al margen de este modelo” (“Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de Seguridad Social”. Tribuna Social nº 81, pág. 88). Sobre la evolución del tratamiento del trabajo a tiempo parcial en el Sistema de Seguridad Social confr. op. Cit. págs. 89 y ss. De cualquier forma, además de los problemas detectados por la doctrina, hay que tener en cuenta el condicionamiento de la Directiva 97/81 respecto a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial en la medida en que la aplicación sin correcciones de la regla “pro rata temporis” podría afectar al principio de igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo.

prestaciones de Seguridad Social . Ello permitía un acceso al sistema de protección social de los trabajadores a tiempo parcial sobre una base más efectiva del principio de igualdad pretendido por la Directiva.

- d) Además de estos aspectos, la reforma del RDL 15/1998 incorporaba otros datos destacables. La incorporación de una nueva institución como eran las horas complementarias, mecanismo de distribución irregular del tiempo de trabajo convenido pero realmente sometido a una serie de controles y a un régimen jurídico rígido que descansaba sobre la base de una exigencia total (a nivel formal) del principio de certidumbre no sólo del tiempo de trabajo sino de su distribución, que exigía, a la postre, concretar en el contrato de trabajo la distribución del tiempo de trabajo establecida en número de horas al día, a la semana, al mes y al año. Y, también la reforma del contrato a de relevo, que modifica grandemente su régimen jurídico aunque sobre la base de las instituciones básicas del mismo: jubilación parcial, sustitución completa del jubilado parcial por el relevista, etc. Por último el RDL 15/1998 mantiene el régimen jurídico del contrato de trabajadores fijos discontinuos tras como se dispuso en la reforma de 1993, pese a las posibles insuficiencias (e incorrecciones) que se han puesto de manifiesto, partiendo de su consideración como forma de trabajo a tiempo parcial y de la distinción entre fijos periódicos y fijos discontinuos.

La reforma de 2001 aporta como elementos novedosos los siguientes:

- a) Una nueva definición de contrato a tiempo parcial, tomada en gran medida de la literalidad de la Directiva. El nuevo art. 12.1 del ET establece que “el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”; define, en su segundo párrafo, como “trabajador a tiempo completo comparable” a estos efectos “a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”. Recuérdese que en la cláusula 3 del Anexo de la Directiva se encuentra la definición de contrato a tiempo parcial a los efectos de la misma. Según dispone: “Cláusula 3: Definiciones. 1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo parcial» a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. 2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.
- b) Una profunda reforma del pacto de horas complementarias, dotándolo de una mayor flexibilidad; tanto en lo que se refiere a su propia cuantía (por convenio puede llegar hasta el 60% de la jornada pactada) como, y lo que es más importante si cabe, en su distribución ya que

desaparece el módulo trimestral de reparto y las limitaciones que imponía el originario art. 12.5 del ET.

- c) La exclusión de los fijos discontinuos del ámbito del trabajo a tiempo parcial, aunque se mantienen los fijos periódicos.
- d) Una mayor flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo al suprimir la obligación formal preexistente de concretar dicha distribución.
- e) Una reforma importante del régimen del contrato de relevo y, lo que es más destacable, de la jubilación parcial, posibilitando, en el ámbito de una reforma anunciada del sistema de pensiones acordada entre el Gobierno y la central sindical de CC.OO., la jubilación parcial de los trabajadores una vez llegada a la edad pensionable.

Finalmente, la directiva hace un exhorto a los agentes sociales nacionales de calado importante y que justifica en sí misma la regulación negociada de una institución como ésta y la repercusión que puede tener en el instrumento central de las relaciones laborales en nuestro país, el convenio colectivo, una figura como el trabajo a tiempo parcial.

Según la cláusula 5.1 “en el contexto de la cláusula 1 del presente acuerdo y del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo: a) los estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos; b) los interlocutores sociales, dentro de su ámbito de competencias y a través de los procedimientos previstos en los convenios colectivos, deberían identificar y examinar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos.

En este sentido, corresponde a los agentes sociales la labor de posibilitar la ejecución de este exhorto de la Directiva. Corresponde a la negociación colectiva, como instrumento esencial de nuestro sistema de relaciones laborales, identificar estos obstáculos y eliminarlos; sobre todo si se sigue concibiendo esta forma de trabajo como útil a efectos del fomento de la contratación y como forma de cohesión vida social o familiar y laboral.

En este sentido, la negociación colectiva debería atender los diversos aspectos a que remite el Estatuto de los Trabajadores en relación con la contratación a tiempo parcial. Estas remisiones a la negociación colectiva que hace el Estatuto de los Trabajadores responden ciertamente a la necesidad de obtener una mejor respuesta sectorial de este modalidad contractual, una modalidad contractual por la que ha optado el Consejo Europeo como apta para el fomento del empleo estable y para la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores.

Asimismo, han de tenerse en cuenta las orientaciones generales contenidas en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2002, que, por una parte, de manera general, otorga a los convenios colectivos un “papel protagonista” para adaptar las diferentes modalidades contractuales “a las necesidades, actuales y previstas, que se plantean en las empresas, atendiendo a la adecuada utilización de las mismas conforme a su regulación”; y, por otra, más específicamente, considera que la negociación colectiva debe fomentar “el uso adecuado de esta contratación, especialmente en su modalidad indefinida, en cuanto permite adaptar las plantillas de las empresas a las necesida-

des de éstas y posibilita la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras”, y debe asegurar “el cumplimiento y desarrollo del principio, legalmente establecido, de igualdad de trato de las personas contratadas a tiempo parcial”, “que habrán de disfrutar de los mismos derechos que las contratadas por tiempo indefinido”.

3. DIRECTIVA 99/70, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

3.1. La Directiva 99/70, sobre el trabajo de duración determinada: la efectividad del principio de no discriminación y la limitación del abuso en la contratación temporal

La Directiva 99/70 guarda importantes similitudes con la precedente Directiva sobre contrato a tiempo parcial. En gran medida responde a un mismo esquema –derivada de un acuerdo entre CES, UNICE y CEEP- y a un fundamento similar aunque esta vez referido a los trabajadores temporales respecto a los trabajadores indefinidos: garantizar la efectividad del principio de igualdad.

De esta forma, los interlocutores sociales pretendían que el posible Acuerdo alcanzara contemplara los principios generales y las condiciones mínimas de los trabajos de duración determinada, sin olvidar en ningún momento la protección social de los trabajadores (según los Considerandos de la Directiva), debiéndose garantizar en todo momento el principio de no discriminación, que quedó reflejado en varias cláusulas de la Directiva, así como evitar los abusos que pudieran derivarse del uso de este tipo contractual, y que éste se reflejara en una Directiva Comunitaria, marco ideal para que se contemplara este Acuerdo, si bien serían los propios Estados miembros los que elegirían la forma y aportarían los medios que fueran precisos para que el Acuerdo, a través de la Directiva, se ejecutase, siempre dentro del derecho y prácticas nacionales.

El objeto del Acuerdo marco que se traslada al Anexo de la Directiva se centra en dos aspectos esenciales:

- Mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, respetando el principio de no discriminación.
- Establecer un marco con el fin de evitar los abusos que puedan surgir de la utilización de esta modalidad contractual.

Dos aspectos esenciales conforman el objeto del Acuerdo Marco y, por ende, de la Directiva donde se transcribe el mismo. Sobre ambos va a girar las medidas propuestas por la norma comunitaria que ha de trasladarse tanto a la normativa nacional como a la negociación colectiva, conformando de alguna forma el sistema de contratación laboral que ha de instituirse en cada país miembro; destacando, en este ámbito, el carácter causal de la contratación temporal frente a la vigencia del principio de voluntariedad que caracterizaba, aun sobre la base de una similar exigencia de no discriminación, la contratación a tiempo parcial.

En la cláusula cuarta se especifica el reiterado principio de no discriminación. Ésta dispone expresamente que no podrán tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores de la misma empresa con un contrato de trabajo inde-

finido, salvo que la discriminación venga justificada por razones objetivas. Como en la Directiva sobre contrato a tiempo parcial a este principio de no discriminación se somete la posibilidad de aplicación de la regla de proporcionalidad. En este sentido, en el apartado segundo de la misma cláusula se dispone que cuando resulte adecuado se aplicará el principio “pro rata temporis”.

De cualquier forma, la exigencia del principio de no discriminación no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico ni al pronunciamiento de nuestros tribunales que, desde el Tribunal Constitucional, se han pronunciado reiteradamente sobre la vigencia y exigencia de dicho principio en la determinación de condiciones de trabajo entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo. Es más, la propia previsión de la Directiva sobre la representación de los trabajadores temporales queda cubierta por la previsión del ya antiguo art. 72 del Estatuto de los Trabajadores.

Con todo, el nuevo art. 15.6 de dicho cuerpo legal, introducido por la Ley 12/2001, dispone lo siguiente respecto al principio de no discriminación:

“Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”.

En todo caso, el problema fundamental se sitúa en el momento de la renovación del contrato y en la posible efectividad de este principio de no discriminación, no tanto por el carácter temporal o no de los servicios contratados sino por otros motivos posibles de discriminación como puede ser el género. En este sentido, el reciente pronunciamiento del TJCE sobre la exigencia de renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada ha de situarse en este contexto.

Además de esta referencia al principio de no discriminación como objetivo claro de la Directiva en la regulación comunitaria del trabajo de duración determinada se intentan establecer mecanismos que hagan efectivo el otro objeto declarado de la misma: la evitación de los abusos en la contratación temporal frente a la contratación indefinida que se define como habitual. Como se expuso en la Exposición de Motivos del propio Acuerdo, entre los fines del mismo se encontraba la aplicación del principio de no discriminación, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, así como evitar el uso abusivo de esta modalidad contractual, para lo cual los Estados miembros debían adoptar una serie de medidas de protección hacia el trabajador. Así la cláusula quinta del Acuerdo establece que, entre otras, los Estados miembros deberán adoptar las siguientes medidas antiabusivas:

- Razonar objetivamente las causas por las cuales se renueva el contrato de duración determinada.
- Determinar la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada.

- Determinar el número de renovaciones de los contratos de duración determinada.

Son medida no ajenas a nuestra tradición normativa, pero indicativas de cuál es el modelo que intenta extender la Directiva como mínimo de derecho necesario a respetar en el seno de la Unión Europea. De cualquier forma, aunque el modelo causal de contratación temporal haya sea el modelo que debe derivarse de nuestra norma jurídico laboral, ésta ha de adecuarse a las nuevas medidas no siempre identificables en el Estatuto de los Trabajadores.

Es de reseñar que la Directiva deja abierta la puerta a una intervención de los interlocutores sociales de cada Estado, o incluso a nivel europeo, no debemos olvidar que están en trato directo con la realidad social de cada país o de la propia Unión Europea, para llegar a Acuerdos o Convenios sobre la materia siempre que se tenga en cuenta las necesidades de los interlocutores afectados, y que luego quede refrendado en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro.

3.2. La definición de trabajador temporal a efectos de la Directiva

Según la cláusula tercera del Acuerdo, debe entenderse por trabajador a tiempo parcial “el trabajador con un contrato o relación laboral concertado directamente con un empresario en el que la finalización del contrato o de la relación laboral viene definido por una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”, frente al trabajador indefinido que es aquél que mantiene una relación laboral de duración indefinida en el mismo centro de trabajo y que realiza un trabajo u ocupación idéntico o similar al del trabajador de duración determinada.

Esta definición no es necesaria trasplantarla a nuestro ordenamiento nacional dado que los supuestos en que se permite la contratación temporal quedan claramente englobados dentro de esta definición. Más importante, es por tanto, los efectos que se deducen de esta definición; no sólo en la referencia a la garantía del principios de igualdad, y de su efectividad, sino en la alusión a las limitaciones a la contratación abusiva temporal. Además, queda otro aspecto importante que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico recientemente con la Ley 12/2001. Nos referimos a los derechos de información establecidos sobre los contratos indefinidos vacantes y cuya virtualidad está en la garantía de una preferencia al acceso a los mismos por parte de los trabajadores temporales que antes no tenían reconocida por parte de la normativa nacional.

3.3. Los derechos de información de las vacantes de trabajo a tiempo completo

Como ejemplo del paralelismo o similitud con la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, en ésta también se contempla, cláusula 6, el derecho a la información de los trabajadores de los puestos de trabajo que queden vacantes en la empresa y que sean de duración indefinida, información que deberá ser expuesta por el empresario en un lugar adecuado. Con esta actitud por parte del empresario se está garantizando la igualdad de oportunidades entre los trabajadores de la empresa en materia de acceso a puestos vacantes. A su vez, el empresario debe facilitar a los trabajadores el acceso a la formación para mejorar su cualificación profesional, desarrollo de su carrera y movilidad profesional.

Se pretende trasladar, a este caso, las que ahora pueden entenderse como preferencia de un trabajador temporal a ocupar una vacante indefinida de la empresa. Con todo, el derecho queda circunscrito a la exigencia de un deber de información a los trabajadores por parte de la empresa. Un

deber de información que ha de implementarse efectivamente y que, tal como decíamos con anterioridad, se incorpora a nuestro derecho interno con la Ley 12/2001.

En este sentido, según dispone el actual art. 15.7:

“El empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

Los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales”.

Se deja, por tanto, en la negociación colectiva, el establecimiento de medidas para hacer efectivo tanto el derecho de información como la preferencia del trabajador temporal a ocupar una vacante a tiempo indefinido. De nuevo, tal como decíamos respecto a la efectividad de las medidas contra la contratación temporal abusiva, corresponde a los interlocutores sociales, como establece la propia Directiva, el protagonismo de hacer efectivas estas medidas dispuestas.

3.4. El papel de la negociación colectiva en la efectiva transposición de la directiva

En definitiva:

- La directiva establece un modelo de contratación de la que se deduce la preferencia sobre la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo⁴²⁵.

425. Algo que ya pretendía la Ley 63/1997 respecto al contrato indefinido de fomento de empleo, que se reitera en el RDL 5/2001 y en la Ley 12/2001 y que, respecto a la primera norma citada, recogía la negociación colectiva sectorial andaluza. En este sentido, el Convenio de la Construcción de Almería (BOP 18/8/99), Convenio de Construcción de Cádiz (BOP 15/7/99), Convenio del Comercio de Córdoba (BOP 16/12/99), Convenio de Limpieza de edificios de Córdoba (BOP 4/9/98), Convenio del Metal de Córdoba (BOP 17/9/98), etc.

Medidas de fomento de la contratación que se trasladan a la negociación colectiva andaluza en cumplimiento de los compromisos adquiridos en el pacto por el empleo y el desarrollo económico de Andalucía. Así, el Convenio de Industrias de Panadería de Córdoba (BOP 23/9/98) o el Convenio de Derivados del Cemento de Huelva (BOP 18/9/99). O bien derivadas de las propias recomendaciones de los agentes sociales. De esta forma, el Convenio de Agencias Distribuidoras de Butano de Huelva (BOP 3/12/98), que establece medidas de fomento de la contratación indefinida derivadas de “Recomendaciones de la C.E.A., CC.OO. y U.G.T. de Andalucía a instancias de la Mesa de trabajo constituida en el seno del C.A.R.L.”; o, el idéntico sentido, los Convenios del Comercio De Alimentación De Huelva (BOP 22/3/99), Comercio Del Calzado (BOP 25/11/99), Comercio Del Mueble (BOP 23/3/99), Comercio Textil (BOP 22/2/99) o de Hostelería (BOP 23/2/99) de Huelva.

Es destacable la fórmula que utiliza el CONVENIO DE CLÍNICAS PRIVADAS DE CÁDIZ (BOP 11/11/97) para fomentar la contratación indefinida, referido al reconocimiento de una paga de antigüedad sólo a los trabajadores temporales; una paga que no tendrán que satisfacer las empresas en caso de conversión de un contrato temporal en indefinido. Así dispone lo siguiente:

“Art. 10. Premios de antigüedad.—Con el fin de premiar la antigüedad de los trabajadores contratados actualmente por la empresa, se establece un premio de antigüedad en la cuantía de dos bienes del 5 por ciento cada uno y quinquenios del 7 por ciento hasta un tope del 60 por ciento como máximo. Estos porcentajes se aplicarán sobre el salario base vigente a 31 de diciembre de 1993. Las empresas que a partir 1 de enero de 1994 contraten trabajadores con contratos indefinidos, o conviertan contratos temporales en indefinidos, no tendrán que abonar este premio de antigüedad a estos trabajadores; excepto cuando sustituyan a un trabajador despedido improcedentemente, o se utilice un expediente de regulación de empleo; en cuyo caso, el mismo número de trabajadores fijos sin percibir antigüedad, pasarán a cobrarla, computándose desde su ingreso en la empresa. La Comisión paritaria del Convenio tendrá competencia específica para vigilar el cumplimiento de este acuerdo”.

En sentido comparable al anterior, el Convenio de Transporte de Mercancías por Carretera de Córdoba (BOP 10/9/98) establece un premio de vinculación a los trabajadores temporales “con el objetivo de fomentar el contrato estable e indefinido”; según el mismo: “a) El personal que a partir de la firma del presente Convenio se integre como personal fijo de plantilla en las distintas empresas afectadas por el Convenio, devengará la siguiente cantidad en concepto de premio de vinculación, y en sustitución del complemento salarial hasta ahora denominado antigüedad: Por cada cinco años de servicios 5.250 pesetas/mes y con un tope máximo de 15.750 pesetas/mes. b) Para aquellos trabajadores que en el momento de la firma del Convenio tengan contratos temporales en vigor, cuyo contrato o sucesivos contratos temporales excedan de los veinticuatro meses de duración y al final de la vigencia de su contrato o contratos, no pasen a fijos de plantilla, se les indemnizará con el 5 por ciento del salario base del Convenio, sobre los meses que excedan de los dos años del contrato. c) Los trabajadores que a la fecha de la firma del Convenio estén percibiendo complemento de antigüedad en cantidad inferior a lo estipulado en el apartado a) de este artículo, se acogerán a lo recogido en dicho apartado. Aquellos trabajadores que perciban antigüedad en cantidad superior a lo especificado en el referido apartado a), seguirán devengando la misma y se les respetará el derecho a alcanzar el próximo tramo porcentual a cumplir, en cuyo momento, quedará consolidado y congelado el porcentaje alcanzado, teniendo éste la consideración de complemento personal no compensable ni absorbible. El premio de vinculación se devengará desde el mismo día en que se cumplan los diferentes tramos de permanencia en la empresa y se cobrará en función de los días reales de cada mes. La vigencia de lo acordado en este artículo no se agotará con la del Convenio”.

El Convenio de Hostelería de Córdoba (BOP 13/10/98) además de establecer medidas de fomento del empleo en el sentido primero visto en esta nota limita la contratación temporal. Según dispone el mismo: “Art. 8.º Control de contratación.—La contratación de los trabajadores afectados por el presente Convenio será de conformidad con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y disposiciones legales en vigor. No obstante se establece que en las empresas de uno a tres trabajadores, al menos uno deberá ostentar la condición de fijo o plantilla; en las empresas de cuatro a veinte trabajadores al menos el 30 por ciento deberá ostentar la condición de fijo o plantilla; en las empresas de veintiún a treinta trabajadores al menos el 35 por ciento deberán ostentar la condición de fijo o plantilla, empresas con más de treinta trabajadores, al menos el 40 por ciento deberán ostentar la condición de fijo o plantilla. Las fracciones desde 0,5 debería ser un trabajador más. Tendrán prioridad en la contratación, en igualdad de condiciones y siempre que se hallen inscritos en la correspondiente Oficina de Empleo, los siguientes trabajadores que: 1.º Hubieran desempeñado o desempeñasen funciones de carácter eventual en la empresa, interino o contrato de temporada, dentro de su categoría profesional. 2.º Los que hubiesen participado en cursos FORCEM del sector de la Hostelería, los trabajadores vinculados o que hayan tenido alguna vinculación con la empresa, y los inscritos en el INEM como trabajadores de la hostelería y los procedentes de centros de formación del sector de Hostelería y los procedentes de centro de formación del sector de Hostelería, como Escuelas de Turismo, Escuelas de Hostelería y otros. 3.º El Comité de empresa o Delegados de personal tendrán derecho a recibir copia del contrato de trabajo u orden de servicio del personal que preste su servicio en la empresa, tanto de ésta como si lo es de empresa de trabajo temporal, así como de la documentación acreditativa de estar dicha empresa respecto de estos trabajadores/as al corriente de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social. El trabajador recibirá una copia del contrato, debidamente diligenciado por la Oficina de Empleo, en el plazo de quince días desde la fecha de inicio de la relación laboral. En el acto de la firma estará presente algún representante de los trabajadores en la empresa (...). Medidas de fomento de la contratación indefinida. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.b) de la Disposición Adicional 1.º de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida, los contratos de duración determinada o temporal, incluidos los formativos, anteriormente suscritos o que se formalicen durante la vigencia del presente Convenio o de cualquiera de sus prórrogas, podrán convertirse en la modalidad de Contrato para el fomento de la contratación indefinida, previsto en dicha Disposición. El régimen jurídico del contrato resultante de la conversión y los derechos y obligaciones que de él se deriven, se regirán por lo dispuesto en la Disposición Adicional 18.º de la indicada Ley 63/1997, de 26 de diciembre y demás normas de aplicación. Medidas de fomento al empleo. 1.º Como medida de fomento al empleo, las contrataciones que se lleven a cabo como consecuencia de la eliminación de horas extraordinarias habituales y estructurales, así como las que se produzcan en relación con la duración y redistribución de la jornada y gestión del tiempo de trabajo, podrán acogerse a las previsiones contenidas en el Decreto 199/1997, de 29 de julio, desarrollado por Orden de la Consejería de Trabajo e Industria de 30 de septiembre de 1997. 2.º Con la finalidad de fomentar el empleo, las contrataciones que se efectúen para la cobertura de las vacantes generadas, durante la vigencia del presente Convenio, en los supuestos legalmente previstos de suspensión de contratos, bajas por enfermedad, vacaciones, guarda legal, exámenes, maternidad, servicio militar o equivalente, le será de aplicación lo previsto en el Decreto 199/1997, de 29 de julio, desarrollado por Orden de la Consejería de Trabajo e Industria de 20 de septiembre de 1997. 3.º Con la finalidad de fomentar la estabilidad del empleo de los contratos a tiempo parcial, las nuevas contrataciones o transformaciones de contratos temporales a tiempo parcial en contratos indefinidos cuya jornada no resulte inferior al 40 por ciento de las jornadas a tiempo completo, pactada y regulada en el Con-

- En este sentido fija como objeto de la misma la garantía del principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos además de fijar criterios para garantizar la interdicción del abuso en la contratación temporal.
- Estos criterios se centran básicamente en las tres medidas antes descritas: “Razonar objetivamente las causas por las cuales se renueva el contrato de duración determinada; determinar la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada; y, determinar el número de renovaciones de los contratos de duración determinada”.
- La normativa nacional incorpora en la Ley 12/2001 aspectos directamente recogidos en la Directiva. Básicamente la mención expresa a la garantía del principio de igualdad, ya admitido y generalizado en nuestro ordenamiento, y, lo que es más novedoso, la mención al derecho de información de los trabajadores sobre las vacantes de puestos de trabajo indefinidos y la remisión a la negociación colectiva para hacer efectivo la hipotética preferencia de los trabajadores temporales a ocupar dichas vacantes.
- Es, por tanto, a la negociación colectiva a quien corresponde implementar estas nuevas medidas y a quien corresponde hacer efectivas las mismas (además de la propia efectividad del principio de no discriminación).

Con este fin, se han de tener en consideración las modificaciones introducidas en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos de duración determinada. Además, la negociación colectiva debe atender a aquellos aspectos a que remite el propio Estatuto de los Trabajadores en relación con la contratación temporal.

Igualmente, han de tenerse en cuenta las consideraciones que incorpora el citado Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2002, situando a la negociación colectiva en un papel protagonista en la regulación de los contratos, fomentando el uso adecuado de los mismos “de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan a través de contrataciones a tiempo indefinido, las necesidades coyunturales, cuando éstas existan, se cubran mediante modalidades de contratación temporal, y las necesidades formativas o de inserción laboral, mediante aquellas modalidades que tengan este carácter”. Este papel protagonista de la negociación colectiva la sitúa como instrumento esencial para adecuar a cada sector concreto los diferentes supuestos de contratación temporal. Asimismo, el Acuerdo dispone que “en relación con la contratación temporal, la negociación colectiva debería aprovechar las competencias que establece la normativa laboral para adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales”, además de hacer efectivo el principio de igualdad entre trabajadores indefinidos y temporales en el mismo sentido que veíamos respecto a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo.

venio colectivo que le sea de afectación, le será de aplicación lo previsto en el Decreto 199/1997, de 29 de julio, desarrollado por Orden de la Consejería de Trabajo e Industria de 20 de septiembre de 1997. 4.º En relación con la modalidad contractual regulada en el punto anterior se velará por el control de las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial que se hayan convertido en fijos y sean beneficiarios de las ayudas e incentivos contenidos en el Decreto 199/1997 y la Orden de la Consejería de Trabajo e Industria de 30 de septiembre de 1997. Para la ejecución de los compromisos estipulados en los apartados 1.º, 2.º y 3.º de esta letra B), se estará a lo que a tal efecto se acuerde entre las empresas y los representantes legales de los trabajadores, en caso de no existir representación legal, por acuerdo de la empresa con sus trabajadores”.

También establece límites a la contratación temporal el Convenio de Vinícolas, Licoreras, Alcoholeras y Sidreras de Córdoba (BOP 2/9/98).

**PARTE SEGUNDA:
DIRECTIVAS ORDINARIAS**

1. DIRECTIVA 94/45, SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO: REMISIÓN

El estudio más detallado de esta cuestión lo remitimos al análisis que de manera amplia va a desarrollarse en el Capítulo tercero de este informe, dedicado al fenómeno de la negociación colectiva que se ha desarrollado en las empresas de dimensión comunitaria, a los efectos de dotarse de los correspondientes órganos de representación de dicho nivel. Por todo ello abordaremos esta cuestión más adelante.

2. DIRECTIVA 96/71, SOBRE DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

2.1. El objeto de la Directiva 96/71

La Directiva 96/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios tiene por objeto, según el apartado 1 de su art. 3, el deber de los Estados miembros de velar por que, "cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 en la medida en que se refieran a las actividades contempladas en el Anexo: a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional; d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación".

Tal como dispone su art. 1.1, la Directiva se aplicará "a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores,

según lo dispuesto en el apartado 3, en el territorio de un Estado miembro” (con excepción de las empresas de la marina mercante). Este es el presupuesto de hecho de la misma, especificando dicho presupuesto de hecho en el apartado 3 del mismo artículo 1. Según establece el mismo: “La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 adopten una de las siguientes medidas transnacionales: a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento”.

Establece, además, una norma complementaria respecto a las empresas de estados que no sean miembros para justamente evitar, por esta vía, la transgresión de los objetivos de la propia norma comunitaria precisamente respecto a estas empresas de estados no miembros. Según dispone el apartado 4 del mismo art. 1 al que nos estamos refiriendo, “las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro”.

Finalmente, en la exposición del presupuesto de hecho de la Directiva hay que destacar cómo la misma tiene un epicentro importante en el sector de la construcción; supuesto quizá de los más representativos (y así lo es en el caso aplicable a nuestro país) donde puede tener aplicación esta norma. En este sentido, el anexo de la Directiva aclara lo siguiente:

“Las actividades contempladas en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 3 comprenderán todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones y, en particular, las obras siguientes:

1. excavación,
2. nivelación,
3. construcción,
4. montaje y desmontaje de elementos prefabricados,
5. acondicionamiento o equipamiento,
6. transformación,
7. renovación,
8. reparación,

9. desmantelamiento,
10. derribo,
11. conservación,
12. mantenimiento (obras de pintura y limpieza),
13. saneamiento”.

Con este ámbito de aplicación, y con la intención antes referida de establecer simplemente la necesidad de mantener unas condiciones de trabajo mínimas determinadas, la Directiva no intenta determinar la ley aplicable en los supuestos de contratos transnacionales. Simplemente va a tratar de corregir algún defecto detectado en las normas previstas con carácter general para dicho presupuesto y, en particular, al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (de Roma), ratificado por España por Instrumento de ratificación de 7 de mayo de 1993 (BOE de 9 de julio), Junto al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 referido a la competencia judicial, en la medida en que ha de responder a una realidad nueva como son los desplazamientos temporales de trabajadores, que en el marco de la libertad de circulación puede poner en entredicho la propia libertad de competencia entre las empresas.

Se establece, por tanto, una corrección al modelo de determinación de la ley aplicable al contrato que deviene del Convenio de Roma que se centra en un ámbito determinado y respecto a materias determinadas⁴²⁶, lo que supone que no se trata de alterar la determinación de la norma aplicable al contrato sino a garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que asegure, de esta forma, la interdicción de la desigualdad en la determinación de las condiciones de trabajo e impida la competencia desleal “entre las empresas que funcionaran en el mercado interior”⁴²⁷.

2.2. El fundamento de la Directiva 97/71

La Directiva no responde a un único fundamento, sino que concurren en la misma diferentes factores que dan lugar a la misma. Entre ellos habría que destacar en primer término la efectividad de las libertades de circulación y de establecimiento y la interdicción de sus limitaciones, restricciones o discriminaciones por razón de la nacionalidad.

En este último sentido, ha de señalarse que es precisamente en torno a las excepciones a la regla general de prohibición de cualquier limitación de la libertad de establecimiento donde parece situarse la regulación que dispone la Directiva 96/71. Unas excepciones que se aceptan por motivos de legalidad; en este caso relacionadas con los derechos de los trabajadores. Por tanto la cuestión se sitúa en la intersección de dos tipos de bienes o derechos protegidos: la garantía de la libertad plena de cir-

426. Originalmente en el sector de la construcción: STJCE de 27 de marzo de 1990 (asunto 113/89, Rush Portuguesa).

427. Véase la Exposición de Motivos de la Ley 45/1999, de cuyo tenor literal sacamos tal expresión. En todo caso, como había puesto de manifiesto la doctrina, “las normas comunitarias sobre libre circulación no corrigen necesariamente esta situación, pues el principio de trato nacional o de trato igual del trabajador extranjero comunitario no exige que su contrato de trabajo quede sujeto a la ley local...”.

culación y establecimiento de las empresas y, por otra, la garantía de igualdad de trato de los trabajadores; entendiendo “el derecho empresarial de establecimiento y la libertad empresarial de prestación de servicios” como “actividad principal, que alcanza, así, a la libertad de circulación de los trabajadores, actividad conexas, extendiendo esta, en su caso, la protección comunitaria de aquélla y sus efectos liberalizadores”⁴²⁸.

Dados los antecedentes judiciales del TJCE que se han citado, surge como móvil principal de la Directiva asegurar la aplicación de unas condiciones mínimas de trabajo como mecanismo de regulación de la libertad de establecimiento (y no como regulación de la libertad de circulación de trabajadores aunque participe de sus fundamentos). Se considera la protección de los trabajadores como “razones imperiosas de interés general” que aparecerían como excepción a cierto principio de inaplicación de las normas internas de un Estado a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros (en tanto que dicha posibilidad se admitía en la medida en “que debe ser adecuada para garantizar el objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”⁴²⁹).

Aparece, también, como trasfondo esencial otro elemento concurrente: la garantía de libre competencia y la prohibición del dumping social⁴³⁰. Aparece la necesidad de aportar una regulación específica para los supuestos de desplazamientos temporales de los trabajadores que respondiera a las insuficiencias que se ponían de manifiesto con las reglas establecidas con carácter general en el Convenio de Roma sobre determinación de la norma aplicable en caso de contratos internacionales (específicamente sobre el contrato de trabajo en su art. 6), principalmente en ámbitos de integración política y económica como la UE.

En este sentido, hay que tener en cuenta que uno de los supuestos fundamentales que puede responder a esta problemática va a ser el de la subcontratación de servicios con empresas de otros países (descentralización productiva). También los supuestos de grupos de empresas con empresas situadas en diferentes países de la UE que puede suponer diferentes condiciones de trabajo para trabajadores de un mismo grupo de dimensión comunitaria. En estos supuestos, junto a los casos de puesta a disposición por una ETT, se centra el propio ámbito de aplicación tanto de la Directiva Comunitaria como de la norma nacional, al definir como “desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional”, según el art. 2.1 de la Ley, “a) el desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios”; y, “b) el desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte”⁴³¹.

428. CASAS BAAMONDE; “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”; en AA. VV.; “El Espacio Social Europeo”. Centro de Documentación Europea. Valladolid. 1991; pág. 92. En este sentido, ver STJCE 113/89 Rush Portuguesa; más recientemente véase la STJCE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados 369/96 y 379/96).

429. STJCE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y 379/96, Arblade y Arblade & Fils) y las que cita: Webb, de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenue & Giral, de 27 de marzo de 1990 o Rush Portuguesa).

430. Confr. CARRASCOSA GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO; “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”; RR. LL. 1996-I; pág. 1373.

431. Añadiendo la norma nacional un concepto de grupo de empresa que remite a la Ley 10/1997, sobre Derechos de Información y Consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (art. 2.1.b) 2º párrafo).

Así se ve, por tanto, en la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva, e intenta suponer, en este sentido, una limitación a las posibilidades de que la propia estructura empresarial, a través de la descentralización, conlleve fórmulas que faciliten la desigualdad entre los trabajadores y limiten la libre competencia (no obstante el ámbito se restringe a la Unión Europea y los presupuestos de que parte la norma –fundamentalmente la exigencia de eficacia general de los instrumentos colectivos que fijan las condiciones mínimas de trabajo a respetar- pueden dificultar su aplicación efectiva).

De cualquier forma, desde esta multiplicidad de fundamentos: la garantía de condiciones iguales a los trabajadores, implícitamente, la evitación del dumping social y, por tanto, la regulación –y efectividad- de la libertad de establecimiento de las empresas como presupuesto, además de la libre circulación de trabajadores, aparece una norma comunitaria que responde en gran medida a los antecedentes judiciales que la marcan. Consecuencia de todo ello, una norma nacional cuya primera impresión es la de ser norma que garantiza el cumplimiento de los presupuestos de su antecedente comunitaria. Y ello aunque el presupuesto principal, la eficacia general de los convenios colectivos, frente a otros sistema de relaciones laborales de distintos países de la Unión, se cumple sobradamente desde la propia definición legal del sistema de negociación colectiva.

2.3. Los presupuestos de la norma comunitaria

La aplicación de la previsión de la Directiva, y por tanto de la normativa nacional que traspone a aquélla, parte de un presupuesto previo, aunque implícito, como es la eficacia general de la norma donde se encuentre establecido el salario a respetar como condición de trabajo mínima a garantizar.

Ya hemos visto que no se trata de alterar el sistema de determinación de la norma aplicable al contrato, sino de establecer unas condiciones de trabajo que el legislador, primero el comunitario y después el nacional, entiende como mínimas para garantizar la igualdad entre los trabajadores de la Unión y la efectividad de la libre competencia de empresas en el seno de la misma, tal como veíamos antes.

Siendo así, presupuesto esencial de la Directiva comunitaria, y, por extensión de la Ley nacional, será la determinación de la norma que sirva de referencia para la efectividad de los bienes jurídicos protegidos, si se nos permite la expresión. En este sentido, esta norma ha de ser de general aplicación al ámbito donde se va a desarrollar la prestación de servicios del trabajador desplazado; en el mismo se va a desarrollar el establecimiento empresarial, y en dicho contexto es donde se ha de garantizar la protección de los bienes jurídicos a que antes nos referíamos.

Si tenemos en cuenta que será el convenio el que establezca con carácter general las condiciones de trabajo mínimas aplicables en el referido ámbito donde se establece temporalmente la empresa comunitaria y, por tanto, donde se va a desarrollar la prestación de servicios del trabajador desplazado, de aquél habrá que predicar el necesario carácter general de su aplicación.

Por todo ello, aquella eficacia general que destacamos como presupuesto previo de la previsión de la norma que analizamos es predicable obviamente del convenio (o, en general, ya veremos, del instrumento colectivo que sirva para establecer con carácter general el salario aplicable en el ámbito donde se sitúa el establecimiento temporal de la empresa). Hay que hablar, por tanto, de un presu-

puesto básico de la norma: el carácter “obligatorio” (por emplear el término que usa la doctrina del TJCE) del convenio colectivo⁴³².

Como decimos, si bien es cierto que, como hemos citado, la propia Directiva en sus considerandos parte de la posibilidad de que los países miembros extendieran su legislación, y sobre tal posibilidad descansaba la propia previsión tanto de la Directiva como de la norma nacional que la traspone, es evidente que para que ello sea factible el instrumento colectivo que define generalmente las condiciones de trabajo a aplicar sea una disposición exigible a toda la generalidad de trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación. De otra forma, cómo se podría entender tal extensión en su ámbito de aplicación y, al propio tiempo, cómo se podría entender la exigencia de tal garantía desde la propia perspectiva de los bienes jurídicos concurrentes que intenta proteger la Directiva y a los que antes nos referíamos.

La garantía de tal eficacia general, de tal “carácter obligatorio” depende de cada sistema de relaciones laborales. Y, en este sentido, aquél condiciona la aproximación a los presupuestos que estamos destacando; dado que, como decíamos al principio, tanto el sistema de relaciones laborales en general como, en particular, el sistema de negociación colectiva y su estructura mediatizan la propia aplicación de esta normativa. Téngase en cuenta que, por lo anunciado, aspectos como la eficacia de los instrumentos colectivos a analizar, las diferentes manifestaciones de la negociación colectiva que puedan darse, la estructura del sistema de negociación son aspectos que intervienen en el carácter o no de mínimo de derecho necesario a aplicar desde la perspectiva de la extensión normativa que pregonaba la normativa comunitaria y que se traspone al Derecho interno a través de la Ley 45/99.

Quizá la primera de las cuestiones que devienen de lo anterior va a ser sin duda cuál es el sentido del “carácter obligatorio” de los instrumentos colectivos a que antes nos referíamos. Sobre todo si, descendiendo al nivel nacional, nos vamos a encontrar con la duda de a qué manifestaciones de la negociación colectiva puede afectar la aplicación de la Ley 45/99, y en nuestro caso concreto, hasta dónde puede hallarse la regulación de la cuantía mínima del salario a garantizar.

Por otro lado, es conveniente plantear si hay aplicación general del convenio o, como parece deducirse de la disposición de la norma tanto nacional como comunitaria —y, fundamentalmente, del hecho de no tratarse de una alteración de la ley aplicable al contrato—, una aplicación particular de las cláusulas referidas a las condiciones de trabajo garantizadas. Desde un punto de vista exclusivamente interno (que ciertamente poco tiene que ver con el sentido de la norma y de la directiva comunitaria) ello puede contraponerse con la propia dinámica que las partes negociadoras suelen dar al convenio, fundamentalmente desde el equilibrio interno del mismo y desde la existencia generalizada de cláusulas de vinculación a la totalidad.

2.4. La transposición de la Directiva: la Ley 45/99

La transposición de la Directiva se ha llevado a cabo en nuestro país a través de la Ley 45/1999; una norma de escaso eco que, en gran medida, simplemente traslada el texto del antecedente comunitario a la norma legal nacional sin tener en consideración, en gran parte, las peculiaridades de nues-

432. Confr. OJEDA AVILÉS; “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados. Un comentario a la Directiva 96/71/CE”. *Aranzadi Social* nº 2, 1997; pág. 50.

tro sistema de relaciones laborales (fundamentalmente en lo que atañe al modelo de negociación colectiva como presupuesto de aplicación del propio contenido tanto de la Directiva como de la propia norma nacional tal como hemos destacado con anterioridad).

La Ley 45/1999 tras definir e objeto y el ámbito de aplicación de la misma, reiterando el previsto en la Directiva, define cuáles son las obligaciones de los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Estas obligaciones no son otras, tal como hemos dicho, que el respeto a una serie de condiciones de trabajo mínimas establecidas en la normativa laboral nacional y en los convenios colectivos y referidas a las materias determinadas por la propia Directiva y por la norma estatal. Esto es: tiempo de trabajo, cuantía mínima de salario, igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, no discriminación de trabajadores temporales y a tiempo parcial, respeto a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores y libertad sindical y derechos de huelga y reunión. Estas obligaciones se extienden igualmente al supuesto de desplazamiento a través de una empresa de trabajo temporal.

Se establece asimismo un deber de información de la empresa titular del contrato de trabajo (extranjera) a la administración española sobre el desplazamiento; aspecto formal sobre el que descansará, en gran medida, la efectividad de una norma como ésta.

El mecanismo de tutela en la aplicación de las previsiones de esta norma se centra en tanto en el ámbito de la coerción sancionadora administrativa como en el ámbito jurisdiccional, establecido la responsabilidad administrativa de la empresa extranjera que incumple sus obligaciones en esta materia y la tipificación como infracción administrativa de los incumplimientos en esta materia (hoy recogida en el art. 10 del TR-LISOS) y estableciendo la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para el conocimiento de los litigios derivados de esta materia.

Como hemos dicho antes, la norma no supone la ruptura de las previsiones sobre determinación de la ley aplicable ni de la jurisdicción aplicable a las relaciones contractuales. Supone una corrección en un ámbito determinado, el laboral, donde pueden desarrollarse en gran medida situaciones de prestación transnacional de servicios que podrían quebrar aspectos importantes en la libertad de competencia y conllevar ciertas dosis de "dumping social".

No hay datos sobre la incidencia de este aspecto en nuestra comunidad autónoma y la negociación colectiva no ha recogido esta institución. En gran medida porque no le corresponde. Sin embargo hay que tener en cuenta dos aspectos fundamentales en la efectividad de esta norma:

En primer lugar, que puede darse en sectores determinados: fundamentalmente la construcción –tal como prevé la propia Directiva y sus antecedentes judiciales-.

Y, en segundo lugar, que, desde la perspectiva de la configuración de nuestro sistema de relaciones laborales, es presupuesto de aplicación de la norma la existencia de convenios sectoriales ya que de otra forma no podría garantizarse la existencia de condiciones mínimas de trabajo a exigir. Siendo así, en la medida en que se identifiquen sectores determinados donde se pueda dar con mayor intensidad el traslado temporal de trabajadores por parte de empresas comunitarias de otros países, estos sectores deberían tener una cobertura convencional de tipo sectorial. Así se da efectivamente en la construcción, en el ámbito agrario, en la siderometalurgia.

3. DIRECTIVA 97/80/CE DEL CONSEJO, DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997, RELATIVA A LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

3.1. El marco general

Una de las Directivas más llamativas que han aparecido tras el APS es la 97/80, sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Se trata de una regulación comunitaria, que aunque está dirigida a proteger de modo genérico frente a cualquier supuesto de agresión por razón de sexo (sea un trabajador o una trabajadora el sujeto que la sufre), en realidad está pensada fundamentalmente para los supuestos de trabajadoras discriminadas. A continuación vamos a analizar su contenido protector, pero antes de pasar a su estudio hemos de advertir una realidad de gran importancia: esta es una Directiva más en el marco de los diferentes mecanismos establecidos en la regulación comunitaria para proteger el trabajo femenino en caso de discriminación por razón de sexo. Podemos afirmar que hay todo un conjunto de Directivas con esta finalidad referidas a aspectos concretos del ámbito laboral y de Seguridad Social. Además, hay que resaltar que tras la aparición de la Directiva 97/80 han surgido otras normas comunitarias relativas a la protección en caso de discriminación. De un lado vamos a señalar cuales son esas Directivas que ya existían cuando aparece la Directiva 97/80 y cuál es su principal contenido. Por otra parte, una vez analizada con la profundidad necesaria esta Directiva, nos referiremos a esas otras normas recientemente aparecidas en el ordenamiento Comunitario que siguen regulando, cada vez de manera más precisa, el tema de la discriminación.

En cuanto al conjunto de Directivas dedicadas a la protección del trabajo femenino, podemos señalar las siguientes:

- Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. A través de esta Directiva se pretende que los Estados miembros adapten sus ordenamientos en la dirección de facilitar el principio de igualdad retributiva; que implica que aquellas personas que desarrollan un mismo trabajo (o un trabajo al que se atribuye un igual valor) no tengan salarios diferentes por el hecho de pertenecer a un sexo diferente (art. 1 de la Directiva). Más específicamente se señala que si el salario depende de un sistema de clasificación profesional, dicho sistema de categorías profesionales no podrá ser utilizado con la finalidad de introducir discriminaciones salariales por razón de sexo; es decir, no se pueden establecer categorías profesionales diferentes para hombres y mujeres, con salarios diferentes, cuando sustancialmente se realiza el mismo trabajo. La distinción entre los diferentes grupos o categorías profesionales debe realizarse en base a criterios comunes u objetivos y no de carácter discriminatorios (art. 1 de la Directiva).

Para promover esta cuestión se establecen una serie de obligaciones para que, a) los Estados supriman las discriminaciones salariales que deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean contrarias al principio de igualdad de retribución; b) los Estados tomen las medidas necesarias para que los convenios colectivos, acuerdos salariales o contratos individuales, que sean discriminatorios por razón de sexo, sean declarados nulos.

Para terminar, hay que resaltar como esta Directiva establece una referencia especialmente interesante desde el punto de vista de la protección de aquellas trabajadoras que reaccionen en contra de

las discriminaciones de carácter salarial: de un lado el art. 2 establece que los Estados deberán establecer las medidas necesarias en sus ordenamientos para que todo aquel que se considere perjudicado pueda hacer valer sus derechos en vía jurisdiccional. El principal problema que nos vamos a encontrar aquí es el de la prueba de la discriminación. Esta Directiva no establece nada al respecto, pero sobre esta cuestión volveremos posteriormente al analizar la Directiva 97/80. De otro lado, también se establece en el art. 5 la obligación de que los Estados miembros protejan a los trabajadores frente a los despidos que puedan ser objeto al reaccionar ante las discriminaciones salariales presentando quejas ante las empresas o acciones judiciales.

- Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El objetivo de esta regulación es extender el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las siguientes materias: acceso al empleo (incluyendo la promoción y formación profesional), condiciones de trabajo⁴³³ y seguridad social⁴³⁴. La base de esta Directiva se encuentra en el principio de igualdad de trato, que a tenor del art. 2 de la misma supone “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular, al estado matrimonial o familiar”. Es decir, no sólo se trata de una regulación protectora que proscriba la discriminación por razón de sexo, sino que alcanza también al estado matrimonial o familiar. Además, este principio alcanza tanto a las discriminaciones directas como indirectas⁴³⁵. Este principio está sujeto a determinadas limitaciones:
 - a) En primer lugar, los Estados podrán establecer actividades profesionales a las que no aplicarán esta Directiva; ahora bien, estas actividades se caracterizan por el hecho de que el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.
 - b) La presente Directiva no impide la regulación nacional de protección de la mujer, especialmente en materia de embarazo y maternidad. Es decir, las reglas sobre protección de la maternidad que favorecen a la mujer no son discriminatorias.
 - c) Tampoco se opone la Directiva a la regulación nacional encaminada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que corrijan desigualdades de hecho que afectan a la mujer. Es decir, esta regla establece que las discriminaciones positivas no son contrarias al principio de igualdad, sino una expresión del mismo.

433. Téngase en cuenta que dentro de las condiciones de trabajo tenemos a las de carácter salarial, de lo que se deduciría lo innecesario de la Directiva antes analizada, pues sería suficiente con esta. Más aún, cuando analicemos el contenido de las medidas establecidas en esta Directiva 76/207, comprobaremos como son medidas prácticamente idénticas a las contenidas en la Directiva 75/117.

434. Respecto de la materia de seguridad social, en realidad esta Directiva no regula de manera directa la cuestión, sino que se remite al Consejo para que este adopte las disposiciones especiales en esta materia.

435. Sobre la distinción entre discriminaciones directas e indirectas, hay que afirmar que la discriminación directa es aquella en la que hay una causa o elemento evidente que genera la discriminación por razón de sexo. La discriminación indirecta es aquella en la que en la que existiendo una aparente situación de igualdad de trato, pues no existe ese elemento o causa evidente, sino que hay un criterio neutro; sin embargo, aplicado dicho criterio neutro, resultan especialmente perjudicadas las personas que pertenecen a un concreto sexo (en este caso, las mujeres). Sobre esta distinción, vid. BALLESTER PASTOR, M.A.: “La discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, RL Tomo 1º de 1993, páginas 180 y ss. También CABEZA PEREIRO, J.: “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo”, RL Tomo 2º de 1994, páginas 486 y ss.

En cuanto al contenido protector (arts. 3, 4 y 5) de esta regulación, va a consistir en el compromiso de los Estados miembros en suprimir las normas legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato en las materias objeto de esta Directiva; también anular las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que aparezcan en los convenios colectivos y contratos individuales. Además, se prevé expresamente que los Estados miembros deberán suprimir aquellas regulaciones que si bien estaban inspiradas en la protección de la mujer, hoy carecen de razón de ser.

Además, se establecen también reglas idénticas a lo que hemos analizado en la Directiva 75/117 relativas a la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para reclamar contra el trato discriminatorio en esta materia, así como los mecanismos de protección contra el despido por reclamar contra dicho trato discriminatorio (arts. 6 y 7).

- Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta Directiva pretende la aplicación progresiva⁴³⁶ del principio de igualdad de trato al ámbito de la seguridad social. Por este principio de igualdad de trato ha de entenderse la ausencia de “toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar”, y cubrirá todo el ámbito material de la seguridad social, y especialmente en las materias atinentes al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las cotizaciones, y el cálculo de las prestaciones (art. 4 de la Directiva).

Hay determinadas excepciones a este principio; una primera absoluta, pues la Directiva no se aplicará a las disposiciones relativas a favor de supervivientes, ni a las prestaciones familiares⁴³⁷. Junto a esta hay exclusiones relativas, pues dependen de la decisión que adopten los Estados miembros (art. 7 de la Directiva), y hacen referencia a las siguientes cuestiones: a) la fijación de la edad de jubilación, b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que hayan educado hijos, así como la adquisición de derechos de prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de hijos, c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa, d) la concesión de aumentos de las prestaciones de invalidez, vejez, accidente laboral o enfermedad profesional de la esposa a cargo, e) las consecuencias que resulten del ejercicio (con anterioridad a la Directiva), de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal.

En cuanto al contenido de protección, el art. 5 de la Directiva establece cual es el mecanismo básico, ya conocido: la obligación de los Estados de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad. También se establece en el art. 6 la obligación de los Estados de facilitar que los trabajadores afectados puedan acudir a la vía jurisdiccional para reclamar contra las violaciones del principio de igualdad de trato.

436. Esta progresividad se detecta sobre todo en el hecho de que el art. 8 de la misma concede un plazo inusualmente amplio para la transposición de la Directiva, concretamente de seis años.

437. En este caso, se exceptúan las prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas a razón de riesgos debidos a enfermedad, invalidez, vejez y accidente laboral o enfermedad profesional (art. 3.2 de la Directiva).

Esta Directiva se complementa con otras Directivas de un contenido prácticamente idéntico al que acabamos de referir, pero dirigidas a uno colectivos muy concretos. Nos referimos en primer lugar a la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, referida a los trabajadores por cuenta ajena o autónomos, encuadrados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de rama industrial o de un sector profesional o interprofesional (art. 2 de la Directiva). En segundo lugar, la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de maternidad.

3.2. La regulación comunitaria sobre la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo

Esta Directiva se centra en una de las cuestiones que más problemas suele presentar cuando se reclama por discriminación: normalmente la discriminación no suele ser absolutamente evidente, sino que normalmente es encubierta, basándose el acto discriminatorio en causas o circunstancias que son ajenas a la discriminación, pero que ocultan una verdadera intención discriminatoria. Surge así la cuestión de las dificultades probatorias de la discriminación. ¿Cuál es el mecanismo que dispone esta Directiva? El mecanismo nos suena especialmente a los juristas españoles pues se va a utilizar la alteración de la carga de la prueba; es decir, un mecanismo prácticamente idéntico al utilizado por la jurisprudencia constitucional española en esta materia y que fue posteriormente integrada en nuestra regulación legal. Con posterioridad nos referiremos a la regulación española.

El objetivo de esta Directiva es mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, de modo que se facilite que cualquier sujeto lesionado por una violación del principio de discriminación por razón de sexo pueda invocar sus derechos de manera efectiva en vía jurisdiccional (art. 1). Esta Directiva mantiene el significado del principio de igualdad en la misma sintonía que las Directivas antes analizadas, pues estima que se entenderá por dicho principio “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta” (art. 2). Merece especial mención el hecho de que en esta Directiva se recoge expresamente que ha de entenderse por discriminación indirecta: “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de los miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

Los mecanismos de protección de esta Directiva van a aplicarse a todas las situaciones cubiertas por el art. 119 del Tratado⁴³⁸, así como por las Directivas 75/117, 76/207, 92/85 y 93/34. En definitiva, esto significa que se aplicará el mecanismo de “inversión” de la carga, que posteriormente describiremos, a todos los supuestos de discriminación⁴³⁹.

En cuanto a esa “inversión” de la carga, se contiene en el art. 4 de la Directiva, y consiste en que cuando la persona que se considera perjudicada por una discriminación por razón de sexo, presente

438. Este precepto establece la obligación de cada Estado miembro de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo o par aun trabajo de igual valor.

439. No se aplica, sin embargo, a los procesos penales, salvo que el legislador de un Estado miembro decida lo contrario (art. 3.2 de la Directiva).

ante el órgano jurisdiccional hechos de los que se permita deducir la existencia de discriminación directa o indirecta, va a corresponder a la otra parte (es decir, a quien presuntamente ha realizado la discriminación) demostrar que su actuación se ha realizado sin vulnerar el principio de igualdad de trato.

A tenor de este precepto hay que comentar que no se trata realmente de una auténtica inversión de la carga de la prueba⁴⁴⁰. La regla básica de la carga de la prueba es el principio acusatorio: quien acusa debe probar los hechos constitutivos de la demanda; es decir, el sujeto discriminado (demandante) tendría toda la carga de la prueba. Una inversión de la carga de la prueba supone introducir, a través de una norma, que la situación sea la contraria, de modo que el acusado sea quien tiene toda la carga de la prueba. Pues bien, no es esta precisamente la situación consagrada por la Directiva. No hay una inversión de la carga, sino un mecanismo diferente, una prueba de presunciones, pues el demandante presunto discriminado tiene parte de la carga de la prueba: recuérdese que el precepto señala que este mecanismo consiste en trasladar la carga de la prueba cuando quien demanda presenta hechos de los que puede deducirse la discriminación. Es decir, el sujeto discriminado debe introducir determinados hechos, y demostrarlos. Con tales hechos no se prueba la discriminación, pero de ellos puede deducirse la posibilidad de que haya existido; es decir, se presume la discriminación (de ahí que se hable de prueba de presunciones) de determinados hechos que son probados por el demandante. A partir de ahí, sobre el demandado recae la carga de probar que no ha actuado de manera discriminatoria. Concretamente el art. 4.1 señala que corresponderá a la parte demandada “demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”. Esta alusión puede ser extremadamente peligrosa, pues de su literalidad se deduce que sobre el empresario recae una prueba de carácter negativo, lo que en la práctica es extremadamente difícil. Al respecto es mucho más correcta la regulación española, que no impone al empresario una prueba negativa, sino que ha de probar que su actuación es ajena a cualquier intención discriminatoria; es decir, basta que demuestre la existencia de motivos o causas ajenas a la discriminación que originaron su actuación⁴⁴¹.

De esta manera se simplifica enormemente la actuación procesal del demandante discriminado, y se solventa el principal de los problemas procesales que plantea la discriminación, el de su prueba: haciendo recaer la parte principal de la carga de la prueba sobre la persona que tiene la mayor capacidad probatoria: sobre el sujeto que ha realizado la actuación presuntamente discriminatoria.

3.3. 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

Hay que tener en cuenta como en fecha reciente ha aparecido esta otra Directiva, que si bien no se refiere al principio de no discriminación por razón de sexo de manera concreta, sino a la defensa del principio de igualdad de trato con carácter general, contiene algunas normas que nos interesan.

En primer lugar, hay que resaltar como el objetivo que persigue esta Directiva es establecer en el ámbito del empleo y la ocupación, un marco general de lucha contra la discriminación, entre otros motivos por la orientación sexual; potenciando el principio de igualdad de trato (art. 1 de la Direc-

440. Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 97, páginas 767 y 768.

441. GORELLI HERNANDEZ, J.: “Situación de embarazo ...”, op. cit., página 768.

tiva). Su ámbito de aplicación (art. 3 de la Directiva) es el de todas las personas incluidas en los sectores privado o público, y en relación a las condiciones de acceso al empleo, acceso a la orientación y formación profesional, incluyendo la formación profesional superior y el reciclaje profesional, las condiciones de empleo y trabajo, incluyendo el despido y la remuneración, así como la afiliación a las organizaciones de empresarios o trabajadores. La Directiva permite, no obstante, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos vedados de discriminación, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional o al contexto en el que ésta se desarrolle, sin que ésta sea discriminatoria; ahora bien, siempre y cuando el objetivo perseguido sea legítimo y el requisito proporcionado. De otro lado, la Directiva también establece, en concordancia con la regulación europea anterior, que tampoco es contrario al principio de igualdad de trato, cuando un Estado establezca en su ordenamiento una acción positiva (art. 7 de la Directiva).

En esta Directiva se distingue entre la discriminación directa e indirecta (en idéntico sentido al que ya nos hemos referido con anterioridad), incluyéndose como supuesto de discriminación el acoso. Cuando se habla de acoso inmediatamente se le aplica el calificativo de “sexual”. Sin embargo, en esta Directiva el concepto de acoso va mucho más lejos, pues tiene carácter general. Para el art. 2.3 de la Directiva, se entiende por acoso un comportamiento “no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Estamos ante un acoso moral, de límites mucho más amplios que el simplemente sexual, que estaría incluido dentro de este acoso genérico. Podemos así hablar de un acoso moral, o desde un punto de vista más laboral, de un acoso de carácter profesional.

En cuanto a los mecanismos específicos de protección que establece esta Directiva, nos vamos a encontrar reglas que ya son conocidas por nosotros. De entrada, el art. 10 de la Directiva regula el tema del reparto de la carga de la prueba en idéntica dirección a la que ya hemos analizado en la Directiva 97/80. De otro lado, el art. 11 establece que los Estados miembros deberán adoptar en sus ordenamientos las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra los despidos o cualquier sanción desfavorable realizado como represalia contra el trabajador que reclama el cumplimiento del principio de protección de la igualdad de trato.

3.4. La transposición de la Directiva 97/80 al ordenamiento español

En cuanto al tema de la transposición de esta Directiva, hay que señalar que el ordenamiento español no ha necesitado realizar una labor específicamente destinada a dicha transposición, pues en nuestro ordenamiento existe desde hace tiempo atrás un conjunto normativo que ya recogía las principales líneas establecidas en la citada Directiva.

Concretamente hay que señalar que el origen de la “inversión de la carga de la prueba” es jurisprudencial. Aparece por primera vez recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente en la Sentencia 38/1981. Esta resolvía un supuesto de despido de dos trabajadores candidatos y promotores de elecciones sindicales en la empresa⁴⁴². Uno de los pilares fundamentales de

442. Sobre esta Sentencia vid. PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: “Despidos discriminatorios y libertad sindical, Civitas, Madrid 1983; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Despido discriminatorio antisindical: prueba y alcance”, Documentación Laboral nº 2.

esta Sentencia era justamente el relativo al análisis de la carga de la prueba en estos casos de discriminación⁴⁴³. El TC constató como la aplicación de las reglas comunes del “onus probandi” supone importantes problemas para el trabajador, pues debería demostrar que la intención del empresario es la discriminación; es decir, debe demostrar la intención empresarial, lo cual es bastante complejo, pues normalmente el empresario no suele manifestar de modo expreso y público sus intenciones discriminatorias; muy al contrario, las motivaciones que originan una actuación discriminatoria suelen permanecer ocultas o simuladas, sin que se manifiesten al exterior. De ahí que el TC estimase necesario corregir dichas reglas de carga de la prueba, haciendo recaer sobre el empresario la prueba de la existencia de motivos razonables, ajenos a toda intención discriminatoria.

En realidad, el TC se enfrenta a esta cuestión considerando que esta “inversión” no supone una anomalía dentro del sistema probatorio, sino que es una respuesta natural a las dificultades probatorias propias de la discriminación, por lo que las reglas de la prueba deben adaptarse a estas circunstancias.

Uno de los principales problemas que planteó esta doctrina jurisprudencial fue precisamente el de la naturaleza de la medida establecida. ¿Se trataba de una auténtica inversión de la carga de la prueba, o de una prueba de presunciones? La cuestión es importante por los motivos que hemos señalado con anterioridad al analizar la regulación comunitaria. En un principio, la jurisprudencia del TC parecía aludir a un auténtico supuesto de inversión de la carga de la prueba⁴⁴⁴; es decir, eso supone que quien alega la discriminación se ve dispensado de probar el hecho, bastando con su alegación para que el Juez actúe y decida como si la discriminación hubiese sido probada. De esta manera el demandado se verá obligado a realizar toda la actividad probatoria. Esto nos conduciría a una situación irrazonable, pues siempre que demandase el trabajador, a este le bastaría demandar por discriminación para verse liberado de la carga de la prueba; de ahí que la doctrina laboral abandonase esta consideración⁴⁴⁵, y en base a la evolución de la propia jurisprudencia constitucional⁴⁴⁶ se inclinase por considerar que se trata de una inversión de la carga de la prueba.

Esta jurisprudencia constitucional se ha integrado en la normativa legal, concretamente se incorporó de manera expresa a la regulación laboral, concretamente a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, siendo incorporada posteriormente en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995. Concretamente la regulación sobre alteración de la carga de la prueba se contiene en el art. 96 referida a la discriminación por razón de sexo, y en el art. 179.2 sobre violación del derecho de libertad sindical. En principio nos interesa el primero de los preceptos, pero merece la pena resaltar que parece que nuestro ordenamiento no contiene una norma que regule de manera general la alteración de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación, refiriéndose tan sólo a los supuestos de discriminación por razón de sexo o libertad sindical. Sin embargo esta impresión no es correcta, pues el art. 181 extiende este mecanismo al resto de supuestos en los que se produzca una situación de violación.

443. Tema recogido en los fundamentos jurídicos nº 2, 3 y 4.

444. Así fue destacado por la doctrina laboral: PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: “Despidos discriminatorios ...”, op. cit., páginas 74 y 75; de igual modo RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Igualdad y discriminación”, Tecnos, Madrid 1986, página 299.

445. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en VV.AA., II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo, IELSS, Madrid, página 210.

446. Así las SS.TC 135/1990, 21/1992, 266/1993, 180/1994.

Regresando a la discriminación por razón de sexo, el art. 96 TR LPL establece que “En aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

A tenor de este precepto hemos de señalar los siguientes elementos configuradores:

En primer lugar, se requiere un indicio (de ahí que a la prueba de presunciones se le denomine también prueba indiciaria). Este indicio debe ser introducido en el proceso por el propio trabajador demandante, y además debe probarlo⁴⁴⁷. Es absolutamente necesario que este indicio se pruebe, pues de lo contrario no operará la alteración de la carga de la prueba que recaerá sobre el trabajador.

Una vez que se ha probado el indicio, del mismo se deduce un hecho, que como tal no está probado y que es de difícil o imposible prueba: el hecho presunto; es decir, que se ha producido una discriminación. Dicho de otra manera, una vez que se introducen los indicios de discriminación y que estos se prueban, a partir de aquí se presume que la discriminación es cierta. Ahora bien, para ello es necesario no sólo que se introduzcan esos indicios, además es necesario que se establezca un nexo causal entre ellos y el hecho presumido, un nexo que ha de establecerse en base a criterios objetivos y en base a las reglas de la lógica⁴⁴⁸.

A partir de aquí, va a corresponderle al empresario la carga de la prueba, teniendo que demostrar que su actuación no obedece a motivos discriminatorios. Es decir, el empresario no tiene que demostrar que su actuación no es discriminatoria (esto sería una prueba de un hecho negativo, lo cual en la práctica es casi imposible, es la “probatio diabólica”), sino que hay elementos objetivos ajenos a la discriminación que justifican su actuación.

En definitiva, como vemos no se trata de una auténtica inversión de la carga de la prueba, sino de una alteración de las reglas para facilitar la prueba a través de un auténtico medio de prueba, la presunción⁴⁴⁹.

3.5. La negociación colectiva andaluza en la materia

Tratándose de una Directiva que versa sobre una materia fundamentalmente procesal, es lógico que la misma no haya trascendido a la negociación colectiva. En todo caso sí es necesario advertir que el tema de la discriminación por razón de sexo tiene escasa trascendencia en el marco de la negociación colectiva nacional, y en concreto, en la negociación andaluza. Es cierto que una buena manera de lucha contra la discriminación es precisamente no consagrar normas discriminatorias en los propios convenios. Pero la lucha contra la discriminación por razón de sexo, discriminación que está muy asentada en nuestra sociedad, debe ir más lejos. En este sentido son muy escasos los convenios que regulan de alguna manera mecanismos antidiscriminatorios; Entre estos podemos encontrar normas

447. Así las SS.TS de 29 de octubre de 1997, Ar 7681, o 22 de febrero de 1994, Ar 6538.

448. GORELLI HERNANDEZ, J.: “Los supuestos de readmisión en el despido”, Tecnos, Madrid 1996, página 103.

449. MARTINEZ ABASCAL, V., PEREZ AMOROS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: “La modalidad procesal de despido y sus efectos en la legislación laboral: especial atención al despido disciplinario por razones de fondo”, en VV.AA., Estudios sobre la LPL de 1990, Marcial Pons, Madrid 1991.

de carácter general que prohíben cualquier tipo de discriminación y no sólo por razón de sexo, tal como ocurre con el CC provincial de Almería de Comercio Textil⁴⁵⁰; CC provincial de Granada de Exportadores de Patata Temprana y Extratemprana⁴⁵¹; CC provincial de Huelva de Industrias de Transporte por Carretera⁴⁵²; CC provincial de Sevilla de Limpieza de Edificios y Locales⁴⁵³. En otros casos se establecen a modo de prohibiciones más concretas por razón de sexo, sobre todo en materia salarial; así los Convenios Colectivos de Almería de Trabajo en el Campo⁴⁵⁴, de Empresas Concesionarias de Ora y/o Grúa y Depósito⁴⁵⁵; Convenios Colectivos provinciales de Cádiz de Comercio del Mueble⁴⁵⁶; de Empresas Siderometalúrgicas⁴⁵⁷.

En otros casos los convenios van más lejos, y no sólo se comprometen por la vía de prohibir la discriminación por razón de sexo; sino que también se plantean la necesidad de introducir acciones positivas, sobre todo en materia de incorporación de la mujer al trabajo en categoría profesionales en las que esté subrepresentada: CC provincial de Córdoba del Metal⁴⁵⁸.

En el marco de la protección del trabajo femenino frente a la discriminación es interesante comprobar como una de las cuestiones que se incorpora a la negociación colectiva andaluza de modo expreso es la lucha contra el acoso sexual; el cuál curiosamente nunca se define por estos convenios⁴⁵⁹. Ciertamente la cuestión no pasa en la mayor parte de los convenios que se refieren a esta cuestión (que tampoco son muchos) de considerar expresamente al acoso sexual como una falta muy grave, y por tanto causa de despido; así el CC provincial de Almería de Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores⁴⁶⁰; CC provincial de Almería de Trabajo en el Campo⁴⁶¹; CC provincial de Almería de Transporte de Viajeros por Carretera⁴⁶²; CC provincial de Industria de la Panadería⁴⁶³; CC provincial de Industria Siderometalúrgica⁴⁶⁴; CC provincial de Almería de Establecimientos Hospitalarios, Asistencia, Consulta y Laboratorio de Análisis Clínicos de Carácter Privado Mercantil⁴⁶⁵; CC provincial de Cádiz de Confitería, Pastelería y Despachos⁴⁶⁶; CC provincial de Granada del Campo⁴⁶⁷; CC provincial de Granada de Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas⁴⁶⁸; CC provincial de Indus-

450. BOP 1 de marzo de 2001, art. 60.

451. BOP de 24 de noviembre de 1994, art. 9.

452. BOP de 4 de octubre de 2000, art. 29.

453. BOP de 24 de septiembre de 1999, art. 10.

454. BOP de 28 de enero de 2000, art. 46.

455. BOP de 23 de abril de 1998, art. 17.

456. BOP de 28 de abril de 2000, art. 29.

457. BOP de 8 de julio de 1999, art. 13.

458. BOP de 25 de agosto de 2000, art. 37.

459. A modo de excepción puede verse el CC provincial de Granada de Agua para Riegos, BOP de 5 de agosto de 2000, art. 26; o el CC provincial de Granada de Comercialización, Manipulación, Selección y Envasado de Frutos, Productos Hortofrutícolas y Patata Temprana y Extratemprana, BOP de 18 de agosto de 2000, art. 37; CC provincial de Sevilla de Manipulados, Envasados, Comercialización al por mayor de los Agrios, demás Frutas y sus Derivados Industriales, BOP de 5 de octubre de 2000, art. 53.

460. BOP de 3 de abril de 2000, art. 43.

461. BOP de 28 de enero de 2000, art. 62.

462. BOP de 26 de enero de 2001, art. 70.

463. BOP de 20 de agosto de 1999, art. 38.

464. BOP de 29 de noviembre de 2000, art. 62.

465. BOP de 9 de septiembre de 1999, art. 42.

466. BOP de 11 de agosto de 2000, art. 47.

467. BOP de 25 de noviembre de 2000, art. 30.

468. BOP de 4 de agosto de 2000, art. 51.

tria de la Alimentación⁴⁶⁹; CC provincial de Huelva de Ayuda a Domicilio⁴⁷⁰; CC provincial de Jaén de Agencias Distribuidoras de Butano⁴⁷¹; CC provincial de Jaén de Industrias Panaderas⁴⁷²; CC provincial de Málaga de Residencias de la Tercera Edad⁴⁷³; CC provincial de Sevilla de Fabricación y Venta de Confeitería, Pastelería, Tortas, Mazapanes, Bollería y otros Productos para Desayuno⁴⁷⁴; CC provincial de Sevilla de Industrias de Panaderías y Expendedurías de Pan⁴⁷⁵; CC provincial de Sevilla de Limpieza de Edificios y Locales⁴⁷⁶.

Sin embargo, junto a estos convenios podemos encontrar otros en los que se va más lejos, pues además de considerar el acoso sexual como falta muy grave, la empresa y los representantes de los trabajadores se comprometen a crear un entorno laboral que respete la dignidad y libertad sexual de los trabajadores, actuando contra todo comportamiento de naturaleza sexual en el ámbito laboral; así los Convenios Colectivos provinciales de Almería de Hostelería y Turismo⁴⁷⁷; Dependencia Mercantil⁴⁷⁸; Comercio Textil⁴⁷⁹; CC provincial de Sevilla de Sevilla de Manipulación, Envasado, Comercialización al por mayor de los Agrios, demás Frutos y sus Derivados Industriales⁴⁸⁰.

4. DIRECTIVA 2001/23/CE, DE 12 DE MARZO DE 2001, SOBRE LA APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS RELATIVAS AL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE TRASPASO DE EMPRESAS, DE CENTROS DE ACTIVIDAD O DE PARTES DE CENTROS DE ACTIVIDAD

4.1. Introducción

Con la aprobación del Programa de Acción Social de 1974, la Comisión consigue poner en marcha un paquete de tres Directivas, entre las que se encontraba la 77/187. Como en otras ocasiones la labor jurisprudencial realizada por el TJCE ha sido de gran importancia, resolviendo en numerosas ocasiones, casi invariablemente poniendo en juego interpretaciones aplicativas de carácter extensivo, los problemas interpretativos generados por una normativa excesivamente general y de escasa brillantez técnicojurídica. Las cada vez mayores diferencias entre el texto normativo comunitario y las interpretaciones que del mismo realizaba el TJCE, llegó a generar una situación tan complicada, que tras veinte años de vigencia se hizo necesaria una revisión de la misma, para incorporar a la Directiva tales planteamientos jurisprudenciales, en beneficio del principio de seguridad jurídica. Surge así la Directiva 98/50, que supuso una modificación de la vieja Directiva 77/187; o dicho de otra forma, se trata de una nueva regulación que pone al día la materia de transferencia de empresas y que resuelve alguno de los problemas que se habían planteado en la aplicación de la misma, sin agotar la polémica doctrinal.

469. BOP de 30 de julio de 1998, art. 32.

470. BOP de 8 de mayo de 2001, art. 28.

471. BOP de 22 de enero de 2000, art. 38.

472. BOP de 2 de febrero de 2000, art. 39.

473. BOP de 28 de enero de 1997, art. 44.

474. BOP de 19 de octubre de 1998, art. 46.

475. BOP de 14 de julio de 2000, art. 14.

476. BOP de 24 de septiembre de 1999, art. 42.

477. BOP de 1 de febrero de 2001, art. 75.

478. BOP de 27 de febrero de 2001, art. 67.

479. BOP de 1 de marzo de 2001, art. 60.

480. BOP de 5 de octubre de 2000, art. 53.

Hay que advertir que la Directiva 98/50 no sustituía a la 77/187, sino que la modificaba; es decir, esta última Directiva se mantendría en vigor, si bien la mayor parte de la misma había sido redactada de nuevo por medio de la Directiva 98/50; esta reforma normativa que ha sido calificada de “moderadamente intensa”⁴⁸¹ por la doctrina laboral española, exigía un nuevo esfuerzo codificador en beneficio de la claridad y seguridad jurídica, esfuerzo que recientemente ha dado frutos positivos, y que se concreta en la Directiva 2001/23/CE, que resuelve los problemas derivados del manejo de diversos textos.

Es especialmente importante resaltar que la Directiva sobre el traspaso de empresas ha sido una de las normas comunitarias que ha producido una mayor actividad jurisprudencial comunitaria, justificada probablemente por las limitaciones del texto original⁴⁸²; no en vano, para favorecer la homogeneidad de los criterios interpretativos en el conjunto de los Estados miembros, la Comisión Europea se vió obligada a aprobar los “Criterios orientativos para la aplicación de la Directiva 77/187/CEE”. Estas circunstancias explican en buena medida la necesidad de una reelaboración y puesta al día de esta materia a través de una nueva Directiva que incluyese las principales respuestas jurisprudenciales a la regulación original y que modificase el texto original de la Directiva 77/187, con una reactualización del texto a partir de las nuevas circunstancias socioeconómicas⁴⁸³.

Basada en el entonces artículo 100 del TCE⁴⁸⁴, por ello destinada a propiciar la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común, la Directiva 77/187/CEE, y la actualmente vigente Directiva 2001/23/CE, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, reconocía cómo la evolución económica necesariamente implica una constante modificación de las estructuras empresariales y en qué medida estas transformaciones afectan seriamente a los trabajadores y a las empresas sometidas a procesos de transferencias de empresas o de partes de ellas. A juicio del legislador comunitario resulta obligado, en supuestos de novación de la persona del empresario, proteger a los trabajadores afectados mediante el establecimiento de normas que garanticen el mantenimiento de sus derechos. Si bien es cierto que los ordenamientos jurídicos del conjunto de los Estados miembros ofrecen diversos procedimientos para hacer efectiva dicha protección, la Comisión cree necesario reducir las diferencias existentes entre tales ordenamientos jurícolaborales en lo referente al alcance de dicha protección. Pero todo ello teniendo en cuenta que la conveniencia, y por tanto, la justificación que sustenta la acción normativa comunitaria, de realizar una aproximación de los diversos niveles de protección de los trabajadores, no se encuentra en el interés de los Estados miembros en proteger a los trabajadores sometidos a estas experiencias, pues a pesar de las declaraciones en sentido contrario, no es posible olvidar que, el propio texto de la norma comunitaria pone de manifiesto la preocupación de los Estados miembros por evitar la incidencia, que la persistencia de aquellas diferencias normativas estatales, puede ocasionar en el funcionamiento del mercado

481. VALDES DAL-RE, F.: “Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) (I)”, *Relaciones Laborales* nº 23 de 2000, página 2.

482. En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Transmisión de empresas y Derecho Europeo”, en VV.AA., “La transmisión de empresas en Europa”, Caccuci, Bari 1999, página 5.

483. VALDES DAL-RE, F.: “Diálogos ...”, *op. cit.*, 3.

484. Actual artículo 94 TCE que establece: “El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”.

común⁴⁸⁵. Como en otras ocasiones, la protección de los trabajadores queda funcionalizada a la consecución del buen funcionamiento del mercado común. La acción comunitaria se dirige a proteger de manera más uniforme al conjunto de los trabajadores comunitarios, pero sólo en tanto en cuanto la diversidad de protección, que tiene origen en los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros, puede perjudicar el desarrollo del mercado común.

Por su parte, la nueva Directiva 2001/23/CE toma como referencia la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, en concreto los artículos 7, 17 y 18 de la misma. El considerando 5 de la norma comunitaria realiza una interesante refundición de aquellos artículos para reiterar que la "realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Esta mejora deberá igualmente desarrollar, cuando sea necesario, ciertos aspectos de la reglamentación laboral, como los procedimientos de despidos colectivos o los referentes a las quiebras. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. La información, la consulta y la participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores".

Como su precedente la Directiva 2001/23/CE, pretende asegurar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos descritos. Para ello pone en marcha una renovada regulación compuesta de catorce artículos y dos anexos, estructurados en cuatro capítulos. El Capítulo I, artículos 1 y 2, delimita el ámbito de aplicación de sus preceptos y las definiciones que a los efectos de aplicación de la misma deberán ser tomadas en cuenta. La Capítulo II, artículos 3 a 6, fija la regulación que permitirá garantizar el mantenimiento de los derechos que tengan por causa la relación laboral en supuestos de cesión de empresas o de centros de trabajo. El Capítulo III, artículo 7, regula los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en los supuestos objeto de regulación. Finalmente el Capítulo IV, artículos 8 a 14, dispone la posibilidad de mejorar la regulación prevista en la norma comunitaria, por medio de disposiciones legales o reglamentarias o acuerdos colectivos de alcance nacional, la obligación de los Estados miembros de establecer mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos establecidos en la Directiva, la definitiva derogación de la Directiva 77/187/CE, y la obligación de la Comisión de presentar un análisis de los efectos de la norma comunitaria antes del 17 de julio de 2006.

4.2. Objeto y ámbito de aplicación

Hemos dicho ya que el objeto de la Directiva es impedir que los procesos de reestructuraciones de empresas en el ámbito comunitario, se realicen a costa de los trabajadores unidos a ésta por una relación contractual vigente en el momento en que se produzca la transmisión. Como medio para la realización de estos objetivos, se persigue garantizar que las condiciones en las que se desarrolla la prestación de trabajo de aquellos trabajadores que se vean sometidos a un cambio de empresario, puedan continuar vigentes, ahora frente al nuevo empresario. La alusión al mantenimiento de estos derechos deberá entenderse referida tanto respecto del plano colectivo como respecto del plano individual⁴⁸⁶.

485. Considerando 4º de la Directiva.

486. ROCCELLA M. y TREU T.: "Diritto del Lavoro della Comunità Europea", seconda edizione, CEDAM. 1995, pág. 311.

Probablemente el principal problema interpretativo que vamos a encontrar en materia de transmisión de empresas sea el de la descripción del ámbito material de aplicación de la Directiva, sobre todo respecto de la delimitación de qué ha de entenderse por transmisión de empresa, centro de trabajo o parte de ellos. De otro lado, también ha sido problemático la elaboración jurisprudencial del concepto de transmisión.

4.2.a) Delimitación del objeto de la transmisión

Respecto a la primera cuestión, relativa a la delimitación del objeto de la transmisión, podemos advertir cómo la norma comunitaria establece un ámbito de aplicación bastante amplio. La Directiva será aplicable a los supuestos de traspasos de empresas o de centros de actividad, ya sean transmitidos en parte o en su totalidad⁴⁸⁷. Conforme establece el artículo 1.1.b)⁴⁸⁸, a los efectos de la aplicación de la Directiva, será considerado traspaso, toda cesión de una entidad económica siempre que ésta mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Merece la pena resaltar que la determinación del objeto de la transmisión ha ocupado en numerosas ocasiones al TJCE⁴⁸⁹. Lo verdaderamente relevante para éste es que se haya traspasado una entidad económica que continúe manteniendo su identidad propia⁴⁹⁰; para la verificación de tales extremos será necesario acudir, caso por caso, a una valoración conjunta de los elementos materiales e inmateriales que componen la empresa, acudiendo el juez nacional a la apreciación de los elementos de hecho que caracterizan la transmisión, entre otros: el tipo de actividad transmitida, los métodos de explotación utilizados o el mantenimiento de la clientela. Por ello no podrá descartarse de antemano la aplicación de la Directiva en supuestos de suspensión temporal de la actividad productiva, e incluso cuando no exista un vínculo jurídico directo entre los sucesivos titulares de la empresa objeto de transmisión. Esto ha permitido la aplicación de los principios contenidos en la misma a supuestos de sucesión de contratistas que realizan servicios de limpieza o de seguridad, en los que los elementos materiales prácticamente no existen, ya que estas actividades se caracterizan por un uso intensivo de la mano de obra y una escasa presencia de elementos patrimoniales⁴⁹¹.

487. El actual artículo 1.a) establece: "La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión". Como es conocido el precepto fue modificado por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, para añadir el término "(partes) de empresa".

488. Apartado introducido por la Directiva 98/50/CE, viene a reconocer la necesidad de reforma del primitivo ámbito de aplicación tras la labor interpretativa realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, aunque de su redacción pudieran desprenderse todavía algunas discrepancias que alimentarían la polémica entre las Instituciones Comunitarias. En este sentido RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: Op. cit., pág. 9.

489. Para VALDÉS DAL-RE, F., el peso de la jurisprudencia, tanto cuantitativamente como cualitativamente, se trasladó de la causa de la transmisión (el tipo de negocio jurídico a través del cual se realiza la transmisión), al objeto de la misma. "Diálogo..." op. cit., pág. 4.

490. Como afirmaba la Sentencia del TJCE de 14 de marzo de 1986, asunto Spijer, en la que se afirmaba que "... para determinar si ha habido o no transmisión de empresas hay que establecer si la entidad económica objeto de la transmisión conserva o no su propia identidad".

491. En este punto conviene recordar que la doctrina jurisprudencial española, fuertemente vinculada a su tradición anterior, ofrece una cierta resistencia a aplicar estos principios jurisprudenciales comunitarios, y continúa exigiendo la presencia de ambos elementos -patrimonial e inmaterial-, para la aplicación de los derechos y obligaciones previstos en la Directiva. Para un extenso comentario de la doctrina jurisprudencial del TJCE, y sus variaciones, vid. FERRADANS CARAMÉS C.: "La regulación comunitaria de las condiciones de trabajo", en CRUZ VILLALÓN J. y PÉREZ DEL RÍO T. Coordinadores: "Una aproximación al derecho social comunitaria", CARL Tecnos, 2000, págs. 143 y ss; VALDÉS DAL-RE, F.: "Diálogo ...", op. cit., pág. 4 y ss.

La redacción del artículo 1.b) de la Directiva, al exigir la transmisión de un conjunto de medios organizados” parece más favorable a una interpretación más cercana a nuestra concepción más tradicional, vinculada a la noción de empresa-organización; para la que lo esencial es que lo transmitido tenga una autonomía organizativa, “una base productiva mínima, que precisa un mínimo de soporte patrimonial”⁴⁹². Sin embargo, esta interpretación reductiva, en la actualidad, dejaría al margen de la protección comunitaria un buen número de supuestos que probablemente con la evolución de la actividad económica y el avance tecnológico, de cara al futuro más inmediato pueda verse incrementado considerablemente, con la pérdida de valor comercial de los elementos patrimoniales de la empresa y el aumento de la valoración de elementos inmateriales, tendencia que parece imponerse.

4.2.b) Mecanismos de transmisión afectados

Una vez que hemos señalado los problemas derivados de la delimitación del objeto de la transmisión, hemos de referirnos en segundo lugar a la cuestión de cuáles son los mecanismos o procedimientos a través de los que puede realizarse la transmisión. El artículo 1º de la Directiva manifiesta que se aplicará a los traspasos producidos “como resultado de una cesión contractual o de una fusión”. Como ha señalado la doctrina, nos enfrentamos a una definición amplia, pero en ningún caso omni-comprehensiva⁴⁹³. La jurisprudencia del TJCE, en su clásica línea de realizar interpretaciones extensivas, ha admitido la posibilidad de aplicar la Directiva en distintos supuestos de cambio de empresario, aunque no se haya transferido la propiedad de la empresa, aunque el traspaso de ésta no se haya producido por la voluntad del propietario, o aunque la intermediación de un tercero haga innecesario la existencia de un vínculo contractual directo entre cedente y cesionario. Debemos por tanto plantearnos cuáles son los actos jurídicos de transmisión incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y cuáles quedan fuera del mismo. A tenor de la dicción literal del precepto antes mencionado podemos diferenciar dos supuestos de aplicación:

- a) En primer lugar, las situaciones de cesión contractual. De entrada, esto incluye desde luego aquellos mecanismos contractuales en los que se produzca la transmisión de la titularidad de la empresa, centro o parte de ellos. Es decir, el supuesto principal y más claro es el de compraventa, pero junto a él cualquier otro supuesto en el que se produzca la transmisión de la titularidad de la empresa, como por ejemplo la donación. Sin embargo, hay que resaltar que la presencia de la expresión “cesión contractual”, no va a suponer que la norma comunitaria, en su aplicación, exija que el traspaso de la empresa, centro o parte de los mismos, suponga una modificación de la propiedad objeto del traspaso. A los efectos de aplicación de la misma, basta con que se produzca la sucesión en la persona del empresario. A consecuencia de ello, quedarán bajo el ámbito de aplicación de la regulación comunitaria, negocios jurídicos tales como los arrendamientos de empresa, o de centros de trabajo, o de partes de ellos. Lógicamente, también se aplica esta regulación a los supuestos de reversión del arrendamiento al arrendador, en relaciones de usufructo, y en caso de permutas.
- b) De otro lado, la Directiva habla de los supuestos de “fusión”. Por tanto, la Directiva se aplicará a todos aquellos casos de fusiones entre empresas y de absorciones de una empresa por

492. OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: Op. cit., página 267, en contra MONE-REO PÉREZ, J.L.: “La sucesión de empresa (En torno al artículo 22)” Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 100, páginas 933 y ss.

493. RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.: “Op. cit.”, página 14.

otra; también, aunque nada diga la Directiva, hay que entender incluidas y protegidas por la normativa comunitaria las secesiones de empresas que dan lugar u originan dos o más empresas diferentes. Por el contrario, no se aplicará la Directiva a los supuestos de transformaciones de la naturaleza societaria de la empresa, pues en estos casos los trabajadores mantienen absolutamente vigente la relación laboral con su empresario, no existiendo traspaso alguno.

Por su parte, la Directiva excluye expresamente, salvo que los Estados miembros dispongan otra cosa, los supuestos de traspasos en los que el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo al objeto de liquidar los bienes del cedente, y todo ello bajo la supervisión de una autoridad pública competente⁴⁹⁴. Mostrando ciertos temores sobre los riesgos que entraña el establecimiento de las anteriores exclusiones, el apartado 4 del artículo 5 encomienda a los Estados miembros la adopción de las medidas oportunas que permitan evitar el abuso de estos procedimientos en perjuicio de los derechos de los trabajadores previstos en la Directiva.

Finalmente, el artículo 1.1.c) incluye dentro del ámbito de aplicación de la Directiva al conjunto de las empresas que ejerzan una actividad económica sin distinción, obviando la titularidad pública o privada de las mismas, o la presencia o ausencia de ánimo de lucro en ellas. Sin embargo, por mandato del propio precepto comunitario, se excluyen expresamente los procesos de reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas. Aspecto que ha sido también objeto de reciente interpretación jurisprudencial admitiendo la aplicación de la Directiva en supuestos de transmisión de una empresa previamente gestionada por un organismo público, directamente dependiente de la Administración pública de un Estado miembro, a una sociedad privada constituida por otro organismo público que posee todas sus acciones, cuando la actividad objeto de la transmisión sea encomendada a la sociedad privada en régimen de concesión administrativa. En el mismo sentido, resuelve afirmativamente la aplicabilidad de la misma en supuestos de transmisión de actividades, que habiendo sido desarrolladas por entidades privadas, pasan a ser desarrolladas por entidades públicas que continuarán realizando la actividad objeto de transmisión. Doctrina jurisprudencial cuyos importantes efectos no tardarán en poder apreciarse, particularmente por la generalización de los procesos de descentralización administrativa, con frecuente presencia de entidades de titularidad pública sometidas a normas de Derecho Privado.

Algunas actividades económicas quedan expresamente excluidas de la aplicación de la Directiva en atención a la especial naturaleza de las mismas⁴⁹⁵. Es el caso de las relaciones laborales que se producen a bordo de buques, para las que el artículo 1.3 de la Directiva prevé la inaplicación de la disciplina comunitaria de transmisión de empresas.

Por parte, el artículo 2 ofrece una serie de definiciones que permiten una mejor comprensión de los términos de referencia, en beneficio del principio de seguridad jurídica, conforme al mismo se entenderá por:

494. Vid. artículo 4 bis.1 de la Directiva.

495. Al respecto de esta novedosa línea jurisprudencial vid. los comentarios dedicados a la misma en: VV.AA. Justicia Laboral, núm. 6, 2001, Crónica III, pág.

Cedente: cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, pierde la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos.

Cesionario: cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, adquiere la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos.

La figura del empresario, cedente o cesionario, se relaciona directamente con la cualidad de empleador respecto de la actividad transmitida, sin atender, como hemos visto, a los títulos en virtud de los cuales se ostenta tal cualidad. Por su parte el artículo 1.2 de la Directiva establece, conforme al principio de territorialidad, que las normas previstas en la misma serán aplicables sólo cuando la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que haya de traspasarse, se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado.

Representantes de los trabajadores: los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o prácticas de los Estados miembros. Los representantes de los trabajadores del Estado español serán los que prevén los artículos 62 y 63 ET, y 10 LOLS, es decir los delegados de personal, los miembros del comité de empresa y los delegados sindicales.

Trabajador: cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate. Es decir, de forma similar a lo que sucede con la cualidad de representante de los trabajadores, la Directiva deja en manos de los Estados miembros la delimitación del concepto de trabajador. Por ello, el artículo 2.2 se detiene a descartar que los preceptos de la norma comunitaria puedan afectar las, en ocasiones divergentes, definiciones de relación laboral o contrato de trabajo realizadas por los ordenamientos jurídicos laborales de cada uno de los Estados miembros. No obstante, la Directiva no ha querido abstenerse de realizar algunas previsiones que impedirán a los Estados miembros excluir la aplicación de las obligaciones previstas en la misma respecto de determinados colectivos de trabajadores. La intención de la norma comunitaria es imposibilitar que la temporalidad de la relación laboral, o el número de horas de trabajo, sirvan como causa única para considerar excluidos a los trabajadores que realizan su prestación laboral bajo tales condiciones. Por tanto, las normas nacionales podrán excluir del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria aquellas prestaciones laborales en que concurren especiales circunstancias que aconsejen este tratamiento, pero en ningún caso podrán justificar esta conveniencia en la duración de la jornada de trabajo o del contrato de trabajo. En cualquier caso, la condición de trabajador debe mantenerse hasta el momento en que se produce el acto transmisor, es decir la Directiva sólo será aplicable a las relaciones de trabajo existentes en ese momento, no siendo oponible respecto de las relaciones de trabajo extinguidas con carácter previo.

4.3. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores

En aplicación de la Directiva, los Estados miembros deben garantizar que los derechos y obligaciones, que tienen causa en relaciones laborales afectadas por un cambio de empresario, no sean modificados con motivo de la transmisión de la empresa. Ello no impide que realizada la cesión, el nuevo empresario pueda disponer de sus tradicionales poderes que, mediante los procedimientos legales o convencionalmente previstos, permitan a éste organizar la relación laboral conforme a sus propios criterios. En este sentido, el artículo 4.1 de la Directiva prevé, no sin antes recordar que el traspaso de empresa, en sí mismo, no constituye causa de despido ni para el cedente ni para el cesionario,

que las disposiciones previstas en la misma no podrán impedir la puesta en práctica de los procedimientos de despido por razones económicas, técnicas o de organización. Aunque la Directiva no lo prevea expresamente, las disposiciones previstas en la misma tampoco impiden el ejercicio del resto de los poderes empresariales de organización de la actividad productiva.

En concordancia con los objetivos marcados, la Directiva pretende la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, y por ello, las disposiciones previstas en la misma no podrán afectar la facultad de éstos de regular la materia ofreciendo un mayor grado de protección de los derechos de los trabajadores. La norma comunitaria ofrece un nivel mínimo de protección que deberá ser respetado, aunque podrá ser elevado mediante disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o convencionales, más favorables para los trabajadores en cada Estado miembro⁴⁹⁶.

Como hemos dicho el objetivo de la Directiva es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, permitiendo que la relación laboral de éstos se mantenga en circunstancias similares tras el cambio de empresario. La norma comunitaria extiende esta garantía tanto en el plano individual como en el colectivo, pues ambos inciden de manera intensa sobre la relación laboral.

4.3.a) Mecanismos de protección individual: Mantenimiento de los Derechos individuales de los trabajadores

Por lo que respecta a los aspectos individuales, el artículo 3.1 establece la subrogación del cesionario o adquirente de la empresa en los derechos y obligaciones del cedente o transmitente de la empresa, con ello persigue la conservación de la propia relación laboral, base de la que dependen el resto de derechos del trabajador. Conforme al mismo, con la transmisión de la empresa el cedente recibirá también el conjunto de derechos y obligaciones que tengan causa en las relaciones laborales existentes en la fecha en que se produce la transmisión de la empresa, y todo ello independientemente de la voluntad de los trabajadores afectados por el cambio de empresario. La norma comunitaria deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de establecer una responsabilidad solidaria, de alcance temporal posterior a la perfección del negocio transmisorio, entre empresario cedente y cesionario ante las mencionadas obligaciones, con la intención de desincentivar posibles cesiones de empresas realizadas en fraude de ley, que persigan eludir el cumplimiento de tales obligaciones laborales.

A) La subrogación y las limitaciones de despido.

La subrogación como mecanismo de protección se complementa con la garantía dispuesta por el artículo 4.1 de la Directiva. Condición sine qua non para la aplicación de las garantías previstas en la normativa comunitaria será la subsistencia del contrato de trabajo en el momento en que se produzca la transmisión de la empresa. Cuando la relación de trabajo haya sido extinguida válidamente, en algún momento previo a la transmisión de la empresa, la posible responsabilidad por las obligaciones pendientes relacionadas con aquella relación de trabajo no alcanzará al empresario

496. El artículo 7 de la Directiva dispone:

“La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores”.

cesionario⁴⁹⁷. Sin embargo, y aunque resulte lícito extinguir el contrato de trabajo antes de que se produzca la sucesión en la titularidad de la empresa por cualquiera de las causas legalmente previstas, debe advertirse que esta posibilidad debe ser considerada de manera restrictiva, pues de lo contrario podría ponerse en peligro el bien jurídico que pretende proteger el art. 4.1, el de la estabilidad en el empleo⁴⁹⁸.

Dicho lo anterior, deberán reputarse fraudulentas las extinciones que bajo la apariencia de ser realizadas por una causa legal, y autónoma respecto de la transmisión, pretendan obstaculizar la efectividad de las garantías previstas en la Directiva, pues como indica el artículo 4.1 de la misma, “el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario”. En aquellos supuestos en que existan indicios de fraude, el problema se reduce a la comprobación de la existencia de razones, distintas a la propia transmisión de la empresa, que justifiquen la decisión del empresario. Para ello, deberemos atender a las especiales circunstancias de cada supuesto de hecho, en especial, la distancia temporal entre extinción y transmisión o la existencia de contemporáneas contrataciones de nuevos trabajadores. Demostrada la intención fraudulenta, deberemos considerar vigentes los contratos extinguidos por el empresario cedente, que serán asumidos por el nuevo titular. Es sin lugar a dudas el mecanismo más fuerte de protección de los trabajadores en caso de transmisión de la empresa⁴⁹⁹, pues supone que ni el transmitente de la empresa puede esgrimir el traspaso como motivo de extinción antes de que ésta se realice (“sanear” la plantilla para hacer la empresa más atractiva a un posible comprador)⁵⁰⁰; ni tras la transmisión, el adquirente puede utilizar como causa de extinción dicha transmisión. En realidad esto es una consecuencia de la subrogación del nuevo empresario, y supone que el cambio o sustitución de uno de los sujetos integrantes de cualquier contrato de trabajo, el empresario, no extingue éste, asegurándose así la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

De otro lado, aunque nada diga la Directiva, es evidente que el empresario podrá acudir a una extinción disciplinaria, cuando el o los trabajadores de la empresa incurran en un incumplimiento grave y culpable, conforme establecen las regulaciones nacionales para estos supuestos. Hemos dicho ya que el empresario cesionario se verá subrogado en los derechos y obligaciones que traigan causa de los contratos de trabajo vigentes, independientemente de que tales obligaciones tengan origen legal, convencional, o sean consecuencia de usos o costumbres de empresa. Debemos decir también que esta responsabilidad se extenderá a todo tipo de materias, también las relacionadas con la seguridad social o las relativas a las relaciones colectivas que tienen como protagonistas principales a la dirección de la empresa y a los representantes de los trabajadores. Por otra parte, deberá asumir estas obligaciones aunque pudiese demostrar que ignoraba su existencia, por ello la Directiva prevé la posibilidad de establecer medidas tendentes a asegurar que el empresario cedente ponga en conocimiento del empresario cesionario las obligaciones que le serán transferidas, en el bien entendido supuesto de que

497. GIL Y GIL J.L.: “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, T.L. núm. 56, pág. 300, en donde se citan otros autores y jurisprudencia en la misma línea.

498. En este sentido CARABELLI, U.: “Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d’azienda: la dimensione individuale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* n° 1 de 1995, página 46.

499. En este sentido MONEREO PEREZ, J.L.: “Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987, página 339.

500. En este sentido OJEDA AVILES, A., RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y GORELLI HERNANDEZ, J.: “Transferencia de empresas: un análisis comparado de la transposición al Derecho italiano, francés, belga, alemán, inglés y español, de la Directiva 77/187, en VV.AA., “La transmisión de empresas en Europa”, Caccuci Editore, Bari 1999, página 284.

la falta de información no podrá perjudicar los derechos de los trabajadores frente al cesionario o frente al cedente⁵⁰¹. Pero las obligaciones exigibles al nuevo empresario deberán haber sido perfeccionadas con carácter previo a la transmisión, no pudiendo ser alegados derechos en fase de adquisición o meras expectativas de derechos generadas frente al empresario cedente que carecerán de valor frente al empresario cesionario.

Por el contrario, algunas obligaciones pueden quedar excluidas en razón al contenido de las mismas, el artículo 3.4.a) establece una excepción relativa a los derechos de los trabajadores en materia de seguridad social complementaria. Conforme al mismo, salvo que las legislaciones de los Estados miembros establezcan otra cosa, las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 3 de la Directiva, no serán aplicables respecto de los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de seguridad social complementaria. En los supuestos en que los Estados miembros mantengan esta excepción, y por tanto, el cumplimiento de las obligaciones frente a los trabajadores, o antiguos trabajadores ya jubilados, que tengan su origen en derechos adquiridos o en vías de adquisición, derivados de regímenes profesionales o interprofesionales de protección social complementaria, cuya satisfacción corresponda al empresario cedente, no se transmitirá al empresario cesionario. No obstante lo anterior, el apartado b) del artículo 3.4 de la Directiva recuerda a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias tendentes a proteger los intereses de los trabajadores frente al empresario cedente. Es decir, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los derechos previstos en los regímenes de seguridad social complementaria, pero esta exclusión no exime a los Estados miembros de la obligación de establecer las medidas necesarias para garantizar los intereses de los beneficiarios de aquellos regímenes.

De la misma manera, salvo que los Estados miembros dispongan otra cosa, tampoco serán aplicables las prescripciones previstas en la Directiva, artículos 3 y 4, en supuestos de transmisiones de empresas, centros de actividad, partes de empresas o partes de centros de actividad, cuando "...el empresario cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo supervisión de una autoridad pública competente"⁵⁰². Esta importante novedad introducida por la Directiva 98/50, en la práctica reduce los niveles de protección antes descritos y contenidos en los artículos 3 y 4 de la Directiva, cuando el traspaso se produzca en un marco de crisis empresarial (quiebra o suspensión de pagos). Alternativamente, se prevé que si los Estados deciden aplicar los mecanismos de garantía analizados, podrán limitar los efectos de las garantías laborales a través de dos mecanismos:

- a) Que no se transfiera al cesionario las obligaciones del cedente derivadas de las relaciones laborales que puedan existir antes del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.

501. El artículo 3.2 de la Directiva prevé: "Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que en virtud del presente artículo se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones. En caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación". En nuestro país no se han adoptado medidas específicas para garantizar estas informaciones.

502. Artículo 5 apartado 1 de la Directiva.

- b) Que el cesionario o el cedente y los representantes de los trabajadores puedan pactar cambios en las condiciones contractuales, con el fin de mantener el empleo en la empresa o centro y garantizar su supervivencia.

Se trata de mecanismos dirigidos a facilitar que la empresa o centro no desaparezcan y se mantenga un cierto nivel de empleo⁵⁰³. En definitiva, son medidas que introducen una matización al objetivo fundamental de la Directiva, la estricta protección de los trabajadores, con la intención de facilitar el reflotamiento de la empresa o centro, lo cual, a la postre, redundará en beneficio de los propios trabajadores⁵⁰⁴.

La propia Directiva recoge también en su actual redacción (art. 4 bis apartado 3º en conexión con el apartado 2º), que un Estado miembro pueda regular la posibilidad de acuerdos entre las empresas en situación de grave crisis económica y los representantes de sus trabajadores, para evitar un despido colectivo en estas circunstancias de crisis, negociando soluciones alternativas, sobre todo en materia de modificaciones salariales. El objetivo es el de facilitar el empleo y la supervivencia de la empresa, a través de introducir cambios en las condiciones de los contratos de trabajo.

B) Los mecanismos de responsabilidad solidaria entre empresarios.

Junto a los mecanismos de protección antes descritos, subrogación y limitación de la extinción del contrato de trabajo, la Directiva propone una fórmula de reforzamiento de las garantías de mantenimiento de los derechos de los trabajadores que tuvieran origen en las relaciones de trabajo existentes antes de la fecha en la que se produce el traspaso. El párrafo segundo del artículo 3.1 de la Directiva induce a los Estados miembros a establecer mecanismos de responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y el cesionario. De manera especial, queremos señalar la problemática falta de obligatoriedad de estas previsiones, ya que la Directiva sólo prevé la posibilidad de establecer esta comunicación de responsabilidad⁵⁰⁵, permitiendo a los Estados miembros decidir sobre la conveniencia de permitir a los trabajadores reclamar indistintamente al empresario cedente o al empresario cesionario, o a ambos al mismo tiempo, la totalidad de las obligaciones precitadas; o por el contrario, establecer otros mecanismos de garantía alternativos. Ciertamente, al producirse el traspaso de empresa, el cedente o transmitente es responsable, en tanto empresario, hasta el momento de la transmisión. A partir de ese momento le corresponderá al adquirente o cesionario la responsabilidad, en tanto que se convierte en nuevo empleador. Sin embargo, la anterior norma prevé la posibilidad de que se establezcan normas nacionales por las que la responsabilidad del cedente se prolongue más allá del momento de la transmisión. ¿Cuál es el objetivo de esta norma? En realidad es bastante simple: se pretende evitar que la transmisión de la empresa se utilice como un mecanismo para liberar al empresario de sus obligaciones con los trabajadores (cuando se transmite a un insolvente). Hay que resaltar que se trata de una responsabilidad, a) solidaria, y b) referida a deudas originadas con anterioridad a la cesión. Esto último supone que puede tratarse tanto de deudas originadas con anterioridad a la cesión y que antes de dicha cesión eran ya exigibles, como de deudas que se han generado con anterioridad a la transmisión, pero que son exigibles tan sólo tras la cesión.

503. De esta opinión MONEREO PEREZ, J.L.: "La sucesión ...", op. cit., página 944.

504. En este sentido PRADAS MONTILLA, R.: "La Directiva 98/54/CE, del Consejo, de 29 de junio, sobre traspaso de empresas, de centro de actividad o de parte de éstos", Documentación Laboral nº 56, página 6.

505. OJEDA AVILES, A., RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., 287.

4.3.b) *Mecanismos de protección colectiva: Mantenimiento de los derechos colectivos de los trabajadores*

Hasta ahora hemos analizado determinados mecanismos de protección de carácter individual: los trabajadores van a estar protegidos pues el nuevo empresario se subroga en los derechos y deberes del anterior empresario; el hecho de la transmisión no es en sí misma una causa de extinción del contrato de trabajo; y existe una responsabilidad solidaria de los dos empresarios sucesivos. Pero junto a estos mecanismos, de carácter estrictamente individual, existente también otros mecanismos de protección de carácter colectivo. El primero de los mecanismos de carácter colectivo es la posible continuidad de los representantes de los trabajadores (art. 6 de la Directiva), y todo ello, independientemente de que tales representaciones de los trabajadores fuesen previstas por disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o en virtud de un acuerdo celebrado con los representantes de los trabajadores. Estas medidas de garantía deberán conservarse durante el período de tiempo necesario para la constitución de una nueva representación electiva o la designación una nueva representación de los trabajadores.

A) Los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o prácticas de los Estados miembros.

El artículo 6.1 de la Directiva prevé la continuidad del estatuto y las funciones de los representantes de los trabajadores en las empresas o centros de actividad sometidos a procesos de transmisión. La continuidad de la representación de los trabajadores dependerá del cumplimiento de dos requisitos de aplicación consecutiva. En primer plano, deberá verificarse que éstas o aquellos conservan su autonomía después de la transmisión; es decir, que aunque con la transmisión la unidad transmitida se integre en una nueva organización empresarial con todas sus consecuencias, pueda mantener ciertas dosis de autonomía organizativa y productiva. En segundo lugar, la unidad transmitida debe continuar reuniendo las condiciones necesarias para la elección o designación de estas representaciones. Y todo ello, independientemente de que tales representaciones de los trabajadores fuesen previstas por disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o en virtud de un acuerdo celebrado con los representantes de los trabajadores.

En cualquier caso, la Directiva limita la continuidad de los representantes de los trabajadores al momento en que se reúnan las condiciones necesarias para realizar una nueva designación de los representantes de los trabajadores o para una nueva elección de esta representación.

Durante este tiempo los representantes podrán continuar haciendo uso de las medidas de protección previstas en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados miembros tras el traspaso. Por su parte, cuando la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos no conserve su autonomía, los Estados miembros quedarán obligados a adoptar las medidas precisas para garantizar que los trabajadores objeto de la transmisión que estaban representados con anterioridad al traspaso, se hallen debidamente representados, de conformidad con la normativa o prácticas nacionales vigentes. Conforme al artículo 6.1 in fine estas medidas deberán conservarse durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores.

En los supuestos de empresas sometidas a procedimientos de insolvencia, u otros análogos, quedará a la voluntad de los Estados miembros la posibilidad de establecer medidas tendentes a garantizar que los trabajadores objeto del traspaso se encuentran adecuadamente representados.

Finalmente, el artículo 6.2 de la Directiva se preocupa de la protección de los representantes de los trabajadores que hayan visto extinguirse su mandato representativo con motivo de la transmisión de la empresa, es decir, aquellos a quienes no alcanza la garantía de continuidad prevista en el artículo 6.1. Los Estados miembros deberán extender las medidas previstas en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por las prácticas de los Estados miembros, en supuestos de finalización del mandato representativo, a estos representantes cuyo mandato ha expirado a causa del traspaso.

B) Las obligaciones de información y consulta.

De otro lado, existe un segundo mecanismo de carácter colectivo dirigido a apoyar el grado de protección de los trabajadores. Nos referimos al establecimiento de obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores en caso de transmisión de la empresa, centro de trabajo o parte de ellos. Es evidente que este mecanismo está íntimamente relacionado con la necesidad de mantener la representación de los trabajadores en las empresas transmitidas.

La responsabilidad de informar a los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso, pertenece por igual al empresario cedente y al empresario cesionario según establece el artículo 7 de la Directiva. En los supuestos en que, por motivos ajenos a la propia voluntad de los trabajadores, no existan representantes de los mismos en la empresa o centro de trabajo objeto de transmisión, deberá informarse directamente a los propios trabajadores. El contenido de la información deberá hacer referencia, al menos, a una serie de aspectos que la norma comunitaria relaciona sin excesiva concreción:

- fecha prevista del traspaso.
- los motivos del traspaso.
- consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores.
- medidas previstas respecto de los trabajadores.

Los sujetos sobre los que recae esta obligación son tanto el cedente como el cesionario, quienes deberán poner en conocimiento de los representantes de los trabajadores estas circunstancias con la antelación suficiente. Aunque la Directiva no especifica un plazo concreto, sí establece que el empresario cedente deberá informar antes de la realización del traspaso, mientras que el empresario cesionario deberá informar a los representantes de los trabajadores, antes de que éstos puedan verse afectados directamente en sus condiciones de empleo o de trabajo. Cada Estado podrá regular qué tipo de órgano de representación será el destinatario de la información, si bien, el art. 7.5 de la Directiva establece que podrá limitarse las obligaciones previstas en el art. 7 a aquellas empresas o centros que por número de trabajadores cumplan las condiciones necesarias para elegir un órgano colegiado de representación.

Junto con la obligación de informar, existe el deber, tanto del cedente como del cesionario de consultar a los representantes de los trabajadores, si es que prevén la necesidad de adoptar medidas que afecten a sus trabajadores. El objetivo de esta consulta es el de llegar a un acuerdo sobre tales medidas. Esto supone, que, en primer lugar, cedente o cesionario deberán facilitar a los órganos de representación la información necesaria para poder tomar una decisión. Una vez facilitada la información

podrá realizarse dicha consulta. Como hemos dicho antes, el objetivo de la consulta es el de llegar a un acuerdo; es decir, en realidad estamos hablando de un mecanismo de negociación colectiva. Lógicamente este mecanismo ha de realizarse con anterioridad a la toma de la decisión, el art. 7.3 de la Directiva tan sólo establece que tendrán lugar con la antelación suficiente antes de llevarse a efecto la decisión, sin especificar plazo alguno concreto. El proceso de información-consulta-negociación deberá producirse tanto si la decisión la toma el empresario como si tiene origen en la empresa que lo controla; es decir, se amplía la obligación incluso cuando se trata de decisiones que son tomadas por la empresa matriz que controla un grupo de empresas, cuando la decisión que ésta quiere poner en marcha afecta a los trabajadores de una de las empresas del grupo.

Los derechos y obligaciones previstos en el art. 7 serán en todo caso aplicables, independientemente de que la transmisión de la empresa haya sido decidida por el empresario cedente o por otra empresa que lo controle. Conforme establece el art. 7.4, el empresario cedente deberá asumir estas obligaciones en todo caso, la posibilidad de que pueda formar parte de un grupo de empresa que ejerza el control sobre su empresa y sobre las decisiones organizativas no podrá suponer una justificación suficiente para incumplir las obligaciones previstas en la norma comunitaria, que incluso no le exime del cumplimiento de las mismas cuando la empresa que lo controla no le facilite la información objeto de discusión.

Si nos fijamos atentamente, todos estos mecanismos de información y consulta funcionan no sólo por la existencia de una obligación empresarial, sino también por la existencia de determinados sujetos representantes de los trabajadores. El problema se va a plantear ante la ausencia de tales representantes en algunas empresas. Justamente por este motivo es por lo que la propia Directiva mantiene las obligaciones de información y consulta, aun cuando no exista representación, debiendo informarse directamente a los trabajadores.

Los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Directiva podrán ser limitados a los casos en que la transmisión provoque una modificación en el centro de actividad que pueda ocasionar perjuicios sustanciales para una parte importante de los trabajadores, pero sólo en aquellos Estados miembros en los que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas (no se hace mención a previsiones convencionales) prevean la posibilidad de que los representantes de los trabajadores recurran a un arbitraje para obtener una decisión sobre las medidas que deban adoptarse respecto de los trabajadores. En aquellos supuestos, la información y la consulta deberá al menos extenderse sobre las medidas previstas en relación con los trabajadores.

C) Mantenimiento del convenio colectivo.

Como ya se ha comentado, el artículo 3.3 obliga al empresario cesionario a mantener, después del traspaso, las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, en los mismos términos que lo debió hacer el empresario cesionario, en tanto en cuanto, permanezca vigente el convenio colectivo que les sirve de base, o sea éste sustituido por un nuevo convenio. Sin embargo, la Directiva permite limitar la duración de este período de mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen convencional. Conforme al último inciso del artículo 3.3 las legislaciones de los Estados miembros podrán limitar aquel período, aunque nunca por períodos inferiores a un año, es decir, en cualquier caso los trabajadores podrán continuar disfrutando de las mismas condiciones de trabajo durante al menos un año. Creemos que este límite temporal previsto por la norma comunitaria, no se justifica suficientemente, el diferente tratamiento de que serán objeto las condiciones de trabajo en perjuicio de

las de origen convencional, supone una limitación innecesaria del derecho de negociación colectiva y una intromisión injustificada en la autonomía colectiva⁵⁰⁶.

Por su parte, el TJCE ha puesto de manifiesto que la intención del precepto comunitario es asegurar el mantenimiento de las condiciones de trabajo para los trabajadores objeto de la transmisión, pero en ningún caso, extender la aplicación del convenio colectivo a los nuevos trabajadores contratados después de la transmisión⁵⁰⁷.

En una primera mirada, la cuestión parecería resuelta con la regulación normativa que acabamos de comentar, pues se trataría simplemente de continuar con la aplicación del convenio de la cedente, hasta que sea posible negociar un nuevo convenio entre la dirección de la empresa cesionaria y la nueva representación de los trabajadores, o cuando así lo hayan querido los Estados miembros, hasta el límite de un año a contar desde el momento en que se produce la transmisión. Sin embargo, la cuestión se muestra irresuelta frente a determinadas situaciones en las que la unidad productiva autónoma se incorporase a otra empresa que tenga su propio convenio colectivo. Surge así una cuestión: ¿Cuál de los dos convenios será aplicable?. Es evidente que la intención de esta norma es favorecer a los trabajadores transferidos a través del mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero cuando las condiciones de trabajo de la empresa cesionaria sean mejores, la taxativa aplicación de la norma comunitaria puede conducir a resultados perjudiciales para aquellos. Ante el silencio de la Directiva, dejaremos la discusión sobre estos aspectos para un momento posterior, cuando estudiemos la normativa española de transposición.

4.4. La transposición de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, al ordenamiento español

Por lo que respecta a las labores de transposición de la Directiva al ordenamiento español, desde nuestra perspectiva podemos decir que, en esta materia, el legislador español ha cumplido con sus obligaciones de manera francamente defectuosa. Entre otras razones debemos recordar que la normativa española en la materia es anterior a la incorporación de nuestro país a la Unión Europea; por otro lado, aunque la normativa comunitaria ha sufrido diversas modificaciones, el Estatuto de los Trabajadores no ha sido reformado en esta materia, hasta la muy reciente reforma operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. La reforma operada ha realizado una profunda modificación del artículo 44 ET incorporando un buen número de nuevos apartados, lo que viene a poner de manifiesto las insuficiencias que la normativa española había arrastrado durante años; aunque la oportunidad de modificación se ha justificado oficialmente por la reforma sufrida, también recientemente, por la Directiva, el precitado artículo debió haber sido reformado con anterioridad. La extrema actualidad de la materia objeto de análisis impide realizar profundas reflexiones que deberán quedar para momentos posteriores una vez que el uso de la nueva regulación ponga de manifiesto su virtualidad, sin embargo sí podemos proceder a presentarla pues como veremos parece que el legislador estatal se

506. El artículo 3.3 de la Directiva establece: "Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a una año."

507. En este sentido la Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1992, asunto Rask y Christensen.

ha limitado a transcribir el enunciado de la directiva sin posteriores adaptaciones o mejoras. La nueva redacción del artículo 44 ET establece:

- “1. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente.
2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.
3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.
6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:
 - a) Fecha prevista de la transmisión;
 - b) Motivos de la transmisión;
 - c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y
 - d) Mediadas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.
8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.
10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.”

Al margen de lo establecido en este precepto hay otras normas que se refieren al supuesto de transferencia de empresa, fundamentalmente el art. 51.11 ET, que regula el supuesto de venta judicial de empresas o parte de empresas, y se remite a lo dispuesto por el art. 44 ET en los supuestos en que “lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial”; regulación que no ha sido afectada por la reciente reforma. También hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. 64.1 número 5, que establece la competencia de los representantes unitarios de los trabajadores para informar en los supuestos de fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa.

Como puede comprobarse, la reforma ha venido a sustituir una regulación verdaderamente escasa en comparación con la regulación establecida por la Directiva comunitaria. Tal como afirmaba GONZALEZ BIEDMA⁵⁰⁸, probablemente la principal deficiencia que presentaba la regulación española era

508. “El régimen jurídico de la transmisión de empresas en el derecho español”, en VV.AA., “La transmisión de empresas en Europa”, Caccuci, Bari 1999, página 163.

no contemplar de una manera precisa y concreta la transmisión de empresas en situación de crisis, pues cada vez es más evidente que las transmisiones coinciden justamente con este tipo de situaciones. Más aún, hay que señalar que aquella regulación recogida en el Estatuto de los Trabajadores, tenía como antecedente inmediato el art. 18.2 y 3 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, pudiendo decirse que en realidad no había cambiado desde entonces. Esto suponía, tal como señalaba por la doctrina laboral, que la regulación española tenía prácticamente 25 años de antigüedad⁵⁰⁹; era de alguna manera inevitable y urgente, por tanto, que como había ocurrido con la Directiva, la normativa estatal fuese sometida a un proceso de actualización y puesta al día.

Por lo que respecta al análisis de la nueva regulación, pretendemos seguir un itinerario similar al utilizado para estudiar la Directiva comunitaria.

4.4.a) Objeto y mecanismos de transmisión afectados

Con respecto al objeto y a los mecanismos transmisivos afectados, la regulación estatal española parece recoger con acierto lo previsto en la norma comunitaria, pues el art. 44 ET delimita su ámbito de aplicación de manera coincidente, al establecer que el mismo será aplicable a los cambios de titularidad "de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma". Hay, por tanto un evidente paralelismo entre una y otra regulación, pudiendo afirmarse que en este apartado la transposición era anteriormente adecuada y por ello no ha debido ser modificada por la reciente reforma.

Tradicionalmente, la polémica doctrinal se había desarrollado en torno a similares problemas interpretativos a aquellos que condujeron a la Comisión europea a modificar el concepto de empresa transmitida, modificación que como hemos dicho con anterioridad, en la actualidad se aproxima normativamente a la idea de la "empresa-organización". Para responder a esta cuestión se venía haciendo uso de algunos elementos normativos que conducían en la dirección de la normativa comunitaria. En primer lugar, nos encontrábamos con el hecho de que el propio art. 44.1 ET al referirse a la transmisión de parte de la empresa o de un centro de trabajo, exige que se trate de una "unidad productiva autónoma"; es evidente que esto tan sólo se logra si se transmite algo que tenga la suficiente capacidad organizativa, pero no necesariamente exige para todos los supuestos la presencia de elementos materiales e inmateriales. En el mismo sentido, el art. 51.11 ET señala que el art. 44 ET será de aplicación al supuesto de venta judicial de la empresa o de parte de la misma, a condición de que "lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar con la actividad empresarial". Parece indiscutible que este precepto apunta directamente a la interpretación de que el objeto de la transmisión ha de ser una empresa-organización, pues sólo se aplicará el art. 44 ET a estos supuestos de venta judicial de la empresa, si lo transmitido tiene la suficiente autonomía como para mantener la actividad productiva, de modo que una vez transmitida cuente con los suficientes elementos materiales y organizativos como para poder continuar con su actividad productiva. Por ello, como recientemente ha dicho el TJCE⁵¹⁰, en respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas en torno a la aplicación del artículo 44 en supuestos de concesiones administrativas de servicios de asistencia a domicilio a personas necesitadas o a supuestos de contratos de

509. PRADAS MONTILLA, R.: "La Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, sobre traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de éstos", Documentación Laboral nº 56, páginas 5 y 6.

510. STJCE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-173/1996.

servicios de limpieza y mantenimiento⁵¹¹, en “la medida en que, en determinados sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”.

En definitiva, se estimaba que la regulación española era absolutamente respetuosa con la normativa comunitaria⁵¹² en esta materia, siempre que la interpretación de la misma deje abierta la puerta a considerar, en supuestos de utilización intensiva de la mano de obra, la posibilidad de aplicación del artículo 44 ET, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales. Por el contrario, la jurisprudencia española venía manteniendo una contumaz oposición, contraria a esta perspectiva ignorando la evolución producida a nivel comunitario. Así, tras algunas vacilaciones se negaba la posibilidad de aplicación del artículo 44 ET por la mera ausencia de transmisión de elementos materiales propios de la actividad, identificando una vez más el propio concepto de transmisión de una entidad económica con el de traspaso de medios materiales.

Esta polémica puede haber quedado solventada con la nueva redacción dada al párrafo 2 del artículo 44 ET, que limita la aplicación del mismo a las transmisiones de entidades económicas que mantengan su identidad, muy en línea de la redacción de la norma comunitaria, reconduciendo el concepto al anteriormente aludido de empresa organización. Debemos aguardar a las interpretaciones que nuestros tribunales realicen de esta norma que acabamos de estrenar.

En cuanto a los mecanismos de la transmisión, hay que resaltar como el art. 44 ET, de un lado menciona simplemente el supuesto de “cambio de titularidad”. Si comparamos esta expresión con la del art. 1.a) de la Directiva (“cesión contractual o de una fusión”), parecería que la regulación española es mucho más general que la normativa comunitaria. Se trata de una redacción muy amplia, que evita el uso de expresiones mucho más cerradas y limitadas. La normativa española establece que es de aplicación el conjunto de medidas recogidas en el art. 44 ET a todo supuesto en el que se produce un efectivo cambio de titularidad de la empresa.

Este carácter general se comprende perfectamente, pues con dicha expresión no sólo se incluyen aquellos mecanismos contractuales en los que hay una compraventa de la empresa, centro o parte de ellos; es decir, supuestos en los que se transmite la propiedad. Al no señalar expresamente cuales son los actos jurídicos a los que se aplica el art. 44 ET, eso significa que engloba a todo supuesto de cambio de titularidad. Además, con la expresión “cambio de titularidad”, estamos incluyendo también en el ámbito del art. 44 ET aquellos supuestos en los que hay un simple cambio de titular de la empresa, con derecho a la utilización de los bienes productivos, aunque no haya una transmisión de la titularidad de dichos bienes: por ejemplo, los casos de usufructos, arrendamientos, etc.

511. STJCE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos C-127/1996 y C-74/1997.

512. En este sentido, podemos remitirnos a la jurisprudencia señalada por GONZALEZ BIEDMA, E.: Op. cit., página 164.

De otro lado, recordemos como hay otros supuestos recogidos expresamente por la normativa española: antes hemos hecho mención a los supuestos de ventas judiciales (art. 55.11 ET). Hay que tener en cuenta que este supuesto no aparece expresamente mencionado dentro de la Directiva comunitaria; sin embargo, podemos afirmar que existe un cierto acuerdo doctrinal en los diferentes países de la Unión Europea en el sentido de entender que en estos casos es de aplicación la normativa de protección de los trabajadores⁵¹³.

Por otra parte, el art. 64.1.5º ET recoge como una de las funciones de la representación unitaria, la de emitir en informe en los casos de fusión o absorción de empresas. Se trata de uno de los mecanismos establecidos por la Directiva comunitaria, luego hay que entender que a través de una interpretación coherente de esta normativa conduce a estimar aplicable en estos casos los mecanismos de protección del art. 44 ET.

También hay que tener en cuenta que dicha expresión tan general supone incluir en el art. 44 ET todos aquellos supuestos en los que hay un cambio de titularidad sin consentimiento del titular. Me refiere a aquellos supuestos de expropiación, o de reversión de arrendamientos.

Respecto a la aplicación de las previsiones previstas en el art. 44 a las transmisiones mortis causa, la anterior redacción había permitido a la doctrina una respuesta afirmativa con base a razonamientos que operaban a sensu contrario⁵¹⁴. Con las nuevas modificaciones queda claro que la responsabilidad solidaria sólo será aplicable en caso de transmisión inter vivos, mientras que el resto de previsiones parecen ser aplicables en plano de igualdad a los cambios de titularidad independientemente de la pervivencia o del fallecimiento del empresario cedente.

Para terminar hay que señalar la existencia de un nuevo elemento indiciario: el art. 49.1 g) del Estatuto de los Trabajadores establece que el fallecimiento del titular de la empresa es causa de la extinción del contrato de trabajo, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44". Hay, por tanto, una correspondencia entre los arts. 44 y 49.1 g) ET⁵¹⁵.

Hay que destacar esta última posibilidad de transmisión, pues supone que la normativa española en este punto va más lejos que la regulación comunitaria, pues la literalidad de la Directiva 2001/23 no incluye este supuesto; más aún, una interpretación literal de la Directiva conduciría a afirmar que se excluye este supuesto: recordemos que la Directiva diseña el ámbito de aplicación de su regulación con base a la expresión "cesión contractual o fusión". Es evidente que una transmisión "mortis causa" (vía hereditaria) no puede considerarse de carácter contractual, y evidentemente nada tiene que ver con la posibilidad de una fusión.

Por contra, nuestro ordenamiento no dedica ninguna norma a regular un supuesto especialmente interesante, el de las transmisiones de empresas en el marco de un procedimiento judicial de liquidación de bienes o de quiebra, tal como sí han hecho otros ordenamientos europeos, más completos que el nuestro, tales como el francés, el belga o el italiano⁵¹⁶. Estas regulaciones siguen una línea muy con-

513. En este sentido OJEDA AVILES, A., RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 275.

514. En este sentido se ha manifestado MARIN CORREA, J.M.: "Transmisión de empresas y Derecho Comunitario", Cuadernos de Derecho Judicial, nº XXIV de 1992, página 381.

515. En este sentido MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCIA MURCIA, J.: "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 2000, página 660.

516. Sobre esta cuestión vid. OJEDA AVILES, A., RODRIGUEZ RAMOS, M.J. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Op. cit., página 275.

creta, la de impedir la aplicación de la normativa de protección de los trabajadores a estos supuestos en los que hay un procedimiento concursal dirigido a la liquidación de los bienes que constituyen la empresa. En estos casos se procede a liquidar la empresa, razón por lo que no parece razonable la aplicación de las medidas que vamos a examinar.

4.4.b) Mecanismos de protección individual

El art. 44 ET establece que “el cambio de titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior”.

A tenor de esta literalidad el ordenamiento español contiene los dos principales mecanismos de protección individual diseñadas por la Directiva: de un lado la subrogación empresarial, de otro la no consideración de la transmisión como causa de despido. En cuanto a la primera, recordemos que la subrogación supone que ante la transmisión, el nuevo empresario pasa a ocupar respecto de sus trabajadores, el mismo lugar que ocupaba el anterior empresario, siendo titular de los mismos derechos y teniendo idénticas obligaciones con los trabajadores. Es decir, ante la transmisión nada cambia, excepto la persona del empresario. Es importante subrayar que la subrogación se produce por mandato expreso de la ley; es decir, que no es necesario que el nuevo empresario acepte expresamente la subrogación, sino que esta se le impone. La subrogación supone para los trabajadores el mantenimiento de las condiciones establecidas en contrato de trabajo; si bien el empresario podrá acudir a los mecanismos legales de modificación de condiciones individuales, una vez que se haya realizado la transmisión.

De otro lado, el art. 44 ET introduce como principio básico de actuación en los casos de transmisión, el de la estabilidad en el empleo, de modo que el cambio de uno de los dos sujetos de la relación laboral (el empresario), no puede suponer la extinción de la relación laboral. Es decir, esto supone que no puede alegarse la transmisión como causa de despido, ni por el empresario cedente (antes de que la transmisión se produzca), ni por el cesionario (una vez que la transmisión se ha producido y él es el empresario). En todo caso, esto no supone que se prohíba con carácter general la extinción de los contratos de trabajo⁵¹⁷; así, con anterioridad a la transmisión, será posible que el empresario puede extinguir una o varias relaciones laborales si es que concurre justa causa. Hay que resaltar que a veces (o mejor, con frecuencia) los empresarios van a intentar utilizar causas de despido para “sanear” la empresa antes de una transmisión, por lo que puede ser complejo y difícil distinguir entre una extinción válida y una extinción causada por una futura transmisión de la empresa, en todo caso este es un mal común a la regulación comunitaria y a la nacional.

Por otra parte, el nuevo empresario no puede utilizar la transmisión como causa de extinción una vez que ésta se ha producido. Pero en cualquier caso, sí existe la posibilidad de que se hayan producido causas lícitas y legales de extinción (disciplinarias, objetivas o colectivas), pero en estos casos el empresario tendrá que acudir a estas vías para proceder a la extinción contractual. Esta situación no es sino una consecuencia de la subrogación del nuevo empresario en los poderes del anterior⁵¹⁸.

517. Así, GIL y GIL, J.L.: “La protección de los derechos de los trabajadores en el Directiva 77/187/CEE y el artículo 44 ET”, *Temas Laborales* nº 56, página 301.

518. GIL y GIL, J.L.: *Op. cit.*, página 305.

Junto a los principios de estabilidad en el empleo y de subrogación, hay que señalar que el ordenamiento español añade el tercer mecanismo de protección que aparece recogido en la Directiva comunitaria: el de la extensión de la responsabilidad entre los dos empresarios. El art. 44.1 ET señala respecto del cedente y el cesionario que responderán “ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”.

Ya señalamos con anterioridad que la Directiva 2001/23 establecía en su artículo 1º la posibilidad de que las normas nacionales de transposición prevean el establecimiento de mecanismos de responsabilidad solidaria entre empresario cedente y empresario cesionario, frente a obligaciones que tengan su origen en fechas previas al traspaso. La regulación española sigue de una manera bastante fiel lo dispuesto por la Directiva:

- De entrada se establece un mecanismo de responsabilidad entre el empresario cedente y el cesionario.
- Esa responsabilidad se refiere a las deudas originadas con anterioridad al traspaso. Es decir, se refiere a obligaciones en las que el deudor era el empresario que transmite la empresa. En realidad esta regulación no supone que la responsabilidad pase del transmitente al nuevo empresario que adquiere la titularidad de la empresa; justamente es todo lo contrario: ya hemos señalado que al transmitirse la empresa el nuevo empresario se subroga en la posición del anterior empresario; luego en realidad el responsable tras la transmisión es el nuevo empresario al subrogarse. Lo que pretende el precepto es extender la responsabilidad al antiguo empresario, a pesar de que éste haya transmitido ya la empresa. Como hemos señalado el objetivo que persigue la norma es el de impedir la consecución de transmisiones fraudulentas, en las que el nuevo empresario no pueda hacer frente a las deudas generadas por la gestión del anterior empresario por ser insolvente.

En todo caso, hay que advertir que este mecanismo de responsabilidad solidaria no sólo actúa frente a situaciones de fraude; al contrario, actúa con independencia de que éste se produzca o no⁵¹⁹.

- La responsabilidad es de carácter solidario, de modo que el trabajador o trabajadores afectados pueden dirigirse indistintamente contra el empresario cedente o contra el empresario cesionario.
- El legislador español ha establecido un límite máximo para reclamar dichas obligaciones: tres años. Dicho plazo supone una ampliación del plazo ordinario de las acciones laborales, que es de un año⁵²⁰. Estos tres años se computarán desde el momento de la transmisión.
- Por último, hay que tener en cuenta que esta responsabilidad solidaria sólo puede plantarse cuando la transmisión se haya producido “inter vivos”; pero no cuando se trata de una transmisión “mortis causa”, tal como se deduce de la literalidad del propio precepto.

519. GONZALEZ BIEDMA, E.: Op. cit., página 180.

520. En este sentido MOTOYA MELGAR, A.: “Derecho del Trabajo”, Madrid 1999, página 429.

Junto a este mecanismo de extensión de la responsabilidad, la normativa española introduce una notable e interesante novedad respecto de la regulación comunitaria, pues añade otro mecanismo de responsabilidad. Concretamente el art. 44.3 ET señala que el cedente y el cesionario responderán además, solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito. A tenor de lo dispuesto en esta norma, junto a la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión se añade una responsabilidad, también solidaria, respecto de obligaciones posteriores a la cesión. Al tratarse de obligaciones posteriores a la cesión, éstas deben recaer exclusivamente sobre el titular de la empresa que las genera, el adquirente de la empresa transmitida. El transmitente no tiene ninguna responsabilidad, pues se trata de obligaciones o deudas surgidas posteriormente al momento en que él ha transmitido la empresa; es decir, tales obligaciones surgen cuando él ya no es empresario. Sin embargo, la extensión de la responsabilidad se dirige de nuevo hacia el transmitente de la empresa o centro de trabajo. ¿Cuál es la razón de esta previsión normativa? Esta norma se explica en función de la condición establecida para su aplicación, pues no podemos olvidar que la responsabilidad aludida tan sólo se actualizaría cuando la transmisión de la empresa hubiese sido declarada delito. En todo caso, hay que entender que al margen de esta responsabilidad patrimonial, la norma penal prevé la exigencia de responsabilidades penales que corresponde a toda comisión de un delito ⁵²¹.

Finalmente coincidimos con la doctrina laboral al advertir la escasa virtualidad práctica del precepto estudiado⁵²².

4.4.c) Mecanismos de protección colectiva

Desde la perspectiva de los diferentes mecanismos de protección colectiva es necesario afirmar que las carencias de la normativa española, hasta el momento en que ha sido modificada, eran sustancialmente mayores, por ello la reforma se hacía más urgente y necesaria.

En principio, nada se establecía en el ordenamiento jurídico español respecto del mantenimiento de las condiciones de trabajo que tienen origen en el convenio colectivo de la empresa transmitida. Se planteaba así un importante problema: si a la empresa transmitida se aplicaba un convenio, y el adquirente integra la empresa o centro en una organización productiva que tiene su propio convenio colectivo, se produce una situación de concurrencia. ¿Cuál de los dos convenios colectivos se aplicaba a la empresa o al centro cedido? La cuestión adquiriría relevancia pues de la aplicación del convenio colectivo depende el mantenimiento de un buen número de las condiciones de trabajo que se aplicaban en la empresa o centro.

Podría llegarse a la conclusión de que las condiciones pactadas en el convenio colectivo de la empresa transferida se mantienen en vigor a pesar de la transmisión de la empresa: recordemos que el art. 44.1 ET señala que el cambio de titularidad de la empresa supone que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior empresario. Dicha norma establece el efecto subrogatorio con carácter general, de manera que la subrogación se produce tanto respecto de los derechos u obligaciones de origen contractual como aquellos que proceden del convenio

521. MONTROYA MELGAR, A.: Op. cit., página 429.

522. GIL y GIL, J.L.: "La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET", Temas Laborales nº 56, página 316.

colectivo⁵²³; de ahí que el convenio colectivo se mantenga en vigor al establecerse el efecto subrogatorio: el nuevo empresario ocupará la posición del anterior empresario no sólo en el ámbito de las relaciones individuales con cada uno de sus trabajadores; además ocupará su posición en el convenio colectivo⁵²⁴.

De otro lado, la doctrina laboral ha afirmado que la propia dinámica del convenio colectivo impone su vigencia una vez que se haya suscrito, con independencia de lo que le ocurra a una de las partes, en este caso al empresario que lo suscribió efectivamente. El cambio de empresario no es relevante a estos efectos, al igual que tampoco lo es si se extinguen contratos de trabajadores, o si estos son sustituidos por otros nuevos⁵²⁵.

Se trataría de una situación similar a la del principio "prior in tempore", que se impone como principal mecanismo de solución de los problemas de concurrencia por el art. 84.1 ET: en la empresa o centro transmitidos se aplicaba un convenio colectivo, al ser transmitida a otra empresa que cuenta con su propio convenio, éste es posterior en el tiempo (pues se pretende aplicar a partir de la transmisión, cuando la empresa transmitida contaba antes de la transmisión con su propio convenio); de ahí que deba conservarse el primero⁵²⁶.

En definitiva, cabe afirmar que aunque la regulación española precedente no contenía ninguna referencia expresa al tema de la continuidad del convenio colectivo de la empresa transmitida, cabe afirmar que si en la empresa transmitida se aplica un convenio colectivo, éste se continuará aplicando hasta la finalización de su vigencia; a partir de ahí habrá que decidir si se negocia un nuevo convenio, o si se aplica el convenio de la empresa adquirente. Esta es también la opción elegida expresamente por la regulación reformadora, el apartado 4 del art. 44 recepciona literalmente el mandamiento comunitario. Pero la norma española introduce un nuevo elemento, la posibilidad de acordar, entre empresario cesionario y los representantes de los trabajadores otra cosa diversa. La nueva norma deja abierta numerosas cuestiones, pues aunque prevé el tipo de instrumento convencional, acuerdo de empresa, y el momento en que se podrá celebrar válidamente este tipo de pacto, consumada la transmisión de la empresa, deja sin determinar suficientemente si los representantes de los trabajadores legitimados para alcanzar estos acuerdos serán los representantes de la empresa cedida u otros posibles y si el acuerdo debe ser siempre de integración en un convenio existente o si existen otras posibilidades.

Ahora bien, junto al anterior criterio de "prior in tempore", con sus posibles excepciones establecidas por vía convencional, la doctrina laboral ha destacado otro segundo elemento a tener en cuenta: la norma más favorable⁵²⁷. Si el convenio de la empresa adquirente es más favorable para los trabajadores, en principio no parece necesario mantener el convenio de procedencia, de esta manera se aplicaría únicamente el de la empresa cesionaria⁵²⁸. En todo caso, hay que señalar que ésta no ha sido hasta la fecha una postura unánime entre la doctrina y la jurisprudencia laboral⁵²⁹.

523. Así CAMPS RUIZ, L.M.: "Régimen laboral ...", op. cit., página 180.

524. MONEREO PEREZ, J.L.: "La sucesión ...", op. cit., página 937.

525. GONZALEZ BIEDMA, E.: Op. cit., página 178.

526. Así GIL y GIL, J.L.: Op. cit., página 310.

527. MONEREO PEREZ, J.L.: "La sucesión ...", op. cit., página 941.

528. GIL y GIL, J.L.: Op. cit., página 310.

529. CAMPS RUIZ, L.M.: "El alcance ...", op.cit., página 230.

Junto a la cuestión del mantenimiento del convenio de la empresa cedente, hay una segunda cuestión de carácter colectivo que también ha sido introducida por la norma reformadora en el ordenamiento estatal, nos referimos al tema de si el cambio de empresario tiene o no alguna repercusión sobre la continuidad de las representaciones de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo. Recordemos que la Directiva establecía que en tanto y en cuanto lo transmitido conserva su autonomía, la representación de los trabajadores no se extinguirá por el cambio de empresario. Parece que la lógica en estos casos aconseja favorecer la continuidad de la representación de los trabajadores, de manera que el hecho de la transmisión no suponga la alteración de su estatuto. Con la normativa anterior, esta conclusión se venía deduciendo del hecho de que para la aplicación del artículo 44 ET se exige el mantenimiento de la autonomía productiva de la empresa o del centro de trabajo; en estos casos, al mantenerse la base productiva no hay motivo para eliminar la representación de los trabajadores.

Pero en algunos supuestos, tal como hemos señalado con anterioridad, es posible que se produzca una transmisión parcial, es decir, de parte de una empresa, y no necesariamente de la totalidad de la misma. En estos casos es posible que lo transmitido no tenga la entidad suficiente como para mantener una representación laboral autónoma. Ante esta situación hemos de recordar lo previsto por el art. 67.1 ET in fine, a tenor del cual la modificación sustancial del número de trabajadores puede tener repercusión en el órgano de representación. Así, en caso de disminución del número de trabajadores en la empresa por haber transmitido parte de la misma, dicho precepto señala que los convenios podrán prever lo necesario para acomodar el número de representantes que integran el órgano de representación. Toda esta construcción doctrinal pierde actualidad con la aplicación del nuevo apartado 5 del art. 44 en el que, siguiendo en este punto literalmente al legislador comunitario (art. 5.1 Directiva), se impone la continuidad de la representación de los trabajadores en los supuestos en que la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva conserven su autonomía. Pero nada dice este apartado respecto de los supuestos en que tales circunstancias no puedan verificarse, supuestos en los que la Directiva mandata a los Estados miembros para garantizar que los trabajadores traspasados se hallen debidamente representados durante el período necesario para la constitución de una nueva formación de la representación de los trabajadores.

Para terminar con esta cuestión hemos de aludir a los derechos de información de los representantes de los trabajadores. La normativa anterior realizaba algunas referencias a esta cuestión: así, el art. 44 ET señalaba en su antiguo apartado 1º que “Cuando el cambio tenga lugar por actos íntervivos, el cedente, y en su defecto, el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida”. De otro lado, el art. 64.1, nº 5 ET establece como competencia del comité de empresa, la de “Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo”. Se trataba evidentemente de una regulación estatal necesitada de actualización y complemento, pues la Directiva establece en su art. 7 unos derechos considerablemente más amplios en materia de información. Dicho de otra manera, la normativa nacional mantenía “bajo mínimos”⁵³⁰ la intervención de la representación de los trabajadores. Una simple comparación de la regulación española y la comunitaria nos conducía a tales conclusiones:

- Para constatar el carácter más limitado de la intervención de los representantes de los trabajadores conforme a la normativa española bastaba simplemente aludir al hecho de que el cam-

530. Expresión utilizada por PRADAS MONTILLA, R.: “La Directiva 98/50/CE ...”, op. cit., página 6.

bio de empresario tan sólo suponía una obligación de notificar la transmisión, pero nada más. Es decir, no se trata de un auténtico derecho de información y consulta, sino de una simple notificación.

- Esta intervención de los representantes, incluso podía realizarse a posteriori, una vez realizada la transmisión, tal como se deduce del hecho de que pueda realizarla el nuevo empresario⁵³¹.
- De otro lado, el procedimiento previsto por el art. 64.1 ET, si bien es un auténtico derecho de información y consulta, se limita exclusivamente a los supuestos de fusión, absorción o modificación del status jurídico; es decir, tiene un ámbito tremendamente reducido.

Estas deficiencias han sido en buena parte subsanadas por la normativa reformadora, el nuevo art. 44 ET en sus apartados 5 a 9 prevé una serie de derechos de información y consulta que vienen a cubrir la insuficiente normativa estatal relativa a los derechos colectivos de los trabajadores en supuesto de sucesión de empresa. La recepción operada de manera general mantiene casi literalmente la redacción del texto comunitario, aunque en materia de consulta elude incluir la referencia relativa a las medidas previstas en relación con los trabajadores. Este nuevo desajuste entre la normativa comunitaria y estatal deberá ser integrado, en nuestra opinión, por la jurisprudencia estatal pues el mandato comunitario parece claro e incondicionado.

En cualquier caso, como hemos visto las importantes modificaciones realizadas en el artículo 44 ET aconsejan esperar un tiempo prudencial para comprobar la evolución de la doctrina jurisprudencial. Por su parte, la novedad normativa nos dispensa de realizar un estudio sobre la aplicación de la misma, ya que los convenios colectivos no han tenido tiempo para recibir e integrar la nueva regulación.

5. DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 1998, RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS QUE SE REFIEREN A LOS DESPIDOS COLECTIVOS

5.1. Introducción

La regulación comunitaria de la disciplina de los despidos colectivos se encuentra entre las primeras materializaciones en derecho positivo del Derecho social comunitario⁵³². En los años setenta la Directiva 75/129 establecía un “marco procedimental”⁵³³ mínimo al que, desde entonces, deben someterse los despidos colectivos que las empresas ubicadas en los Estados miembros deberán superar, siempre que pretendan acudir a este tipo de vías extintivas de la relación laboral⁵³⁴. La elección

531. De esta opinión PRADAS MONTILLA, R.: “La Directiva 98/50/CE ...”, op. cit., página 7.

532. La doctrina parece haberle otorgado “... un valor emblemático dentro del conjunto del Derecho Social Comunitario”. Vid. CRUZ VILLALÓN J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, T.L. núm. 44, 1997.

533. GARRIDO PÉREZ E.: “El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados”, en CRUZ VILLALÓN J. Coordinador: “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Tecnos, 1996, págs. 72 y ss.

534. Desde este punto de vista ROQUETA BUJ, R.: “Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a los despidos colectivos. Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio”, AL nº 47, páginas 767 y 768.

del tipo de norma comunitaria responde a la intención de los Estados miembros de poner en marcha una serie de medidas de aproximación de las normativas estatales relativas a la institución del despido colectivo, que responda al principio de norma mínima, estableciendo una relación de complementariedad respecto de las regulaciones estatales. El propio artículo 5.1 de la Directiva permite a los Estados miembros introducir o mantener regímenes normativos más favorables para los trabajadores. Esta voluntad de establecimiento de mínimos de derecho necesario para el conjunto de los ordenamientos estatales comunitarios, de alguna manera obligaba a realizar una equiparación por abajo⁵³⁵, que hiciera innecesaria, en la mayoría de los Estados miembros, una reforma normativa con motivo de la aprobación de la Directiva. A pesar de estos modestos planteamientos iniciales, el paso del tiempo a puesto de manifiesto la trascendencia de la normativa de los despidos colectivos aprobada en 1975. Las exigencias de flexibilización de los ordenamientos jurídicos laborales, especialmente de las instituciones que como el despido colectivo pueden tener una mayor influencia sobre los delicados equilibrios en los que se sustenta el mercado de trabajo, que durante los últimos veinte años han proliferado en el entorno de la U.E., han situado a la Directiva en un primer plano de actualidad, para el que seguramente no fue elaborada, ejerciendo el papel de modelo típico europeo, imprescindible referente para las reformas de las normativas sobre la materia que han tenido lugar en la mayoría de los Estados miembros durante los últimos años, en relación a las cuales a podido desempeñar la función de "red de seguridad por excelencia"⁵³⁶, y también, porqué no decirlo, de argumento de peso para justificar la reducción de garantías en los sistemas de relaciones laborales más proteccionistas⁵³⁷.

Sin embargo, esta regulación presenta importantes lagunas respecto de materias que tradicionalmente ha sido reguladas por el ordenamiento nacional. Me refiero a cuestiones tan sensibles o importantes como las que se refieren a las causas del despido colectivo (aspecto este que es tratado de una manera tremendamente escueta); o bien los derechos de los trabajadores afectados por el despido colectivo a ser indemnizados por el empresario (posibilidad que ni tan siquiera recibe tratamiento normativo). Desde este punto de vista podemos afirmar que tales ausencias de la regulación se deben fundamentalmente a la pretensión de evitar en lo posible los mecanismos de control de la decisión empresarial⁵³⁸. La regulación comunitaria, como en otras ocasiones, responde al confesado deseo de impedir que las diferencias de protección otorgada a los trabajadores de la comunidad por los diversos ordenamientos jurídicos estatales, en el supuesto que nos ocupa en materia de despidos colectivos, puedan contribuir a dificultar el establecimiento o el funcionamiento del mercado común. El esfuerzo de aproximación de las normativas estatales en esta materia, en torno a un modelo comunitario que pretende garantizar que en el conjunto de los Estados miembros las empresas deberán seguir similares procedimientos para llevar a la práctica extinciones colectivas, persigue desincentivar cualquier iniciativa tendente a hacer uso inadecuado de los diferentes regímenes normativos. Por ello la iniciativa comunitaria encuentra su justificación en el artículo 100 del Tratado, pues si bien la Directiva 75/129/CE

535. La doctrina ha criticado la regulación comunitaria por no establecer ningún derecho sustantivo de los trabajadores, limitándose a someter a un procedimiento determinado el ejercicio del poder del empresario en relación con la determinación del nivel de empleo, sin que se someta dicho poder a autorización administrativa previa o se contemple la obligación de establecer medidas sociales de acompañamiento, al respecto vid. ROCCELLA M. y TREU T.: op. cit., pág. 326.

536. CRUZ VILLALÓN J.: "La aplicación de la directiva sobre despidos colectivos", op. cit., pág. 30.

537. ROCCELLA M. y TREU T.: "Diritto del Lavoro della Comunità Europea", seconda edizione, CEDAM, Padova, 1995, pág. 327.

538. En este sentido la doctrina laboral española ha destacado que la dicción literal de la Directiva no contempla estrictamente a los despidos económicos o por exceso de personal, sino que puede comprender otras causas distintas a las que tradicionalmente se han considerado como de despido colectivo; así GOERLICH PESET, J.M.: "Informe técnico-jurídico sobre: el despido colectivo en la Europa Comunitaria", AL nº 11 de 1993, página 174.

regula una serie de garantías que sin duda beneficiarán al conjunto de los trabajadores comunitarios, y la propia Exposición de motivos de la misma manifiesta el interés de los Estados miembros en mejorar la protección de los trabajadores comunitarios que puedan encontrarse en estas circunstancias asegurando un desarrollo económico y social equilibrado⁵³⁹, no son éstos los objetivos inmediatos de la misma, pues tanto la alusión al artículo 100 del TCE (actual artículo 94 TCE), como los Considerandos 3º y 4º de la Directiva⁵⁴⁰, ponen de manifiesto con toda nitidez la preocupación del legislador comunitario por las negativas influencias que las persistentes diferencias normativas⁵⁴¹, que afectan tanto a las modalidades como a los procedimientos de despidos colectivos, puedan tener en el funcionamiento del mercado interior; es decir, los Estados miembros conscientes de la alta sensibilidad que los empresarios muestran respecto de las posibilidades de poner en práctica medidas de reorganización productiva, reaccionan con preocupación ante la posibilidad de que las empresas puedan tener interés en trasladar sus centros de actividad a aquellos países que posean legislaciones más flexibles en materia de despidos colectivos. Esta preocupación ha sido objeto de consideración por las Instituciones comunitarias en numerosas ocasiones. Concretamente la Directiva 75/129/CEE fue parcialmente modificada por la Directiva 92/56/CEE⁵⁴², y finalmente codificada por la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998.

5.2. **Ámbito de aplicación: Concepto de despido colectivo**

La Directiva 98/59/CE delimita el objeto de protección de la misma mediante la definición de lo que, a efectos de su aplicación, deberá entenderse por despido colectivo, definición que deberá ser respetada por el conjunto de los Estados miembros cuyos ordenamientos jurídicos internos, aunque mantengan sus definiciones específicas conforme al derecho interno, no podrán dejar de aplicar las garantías previstas en la Directiva, cuando concurran las circunstancias previstas en la misma. La determinación comunitaria de la figura del despido colectivo descansa sobre la comprobación de la presencia de dos elementos⁵⁴³: uno cuantitativo, el número de trabajadores afectados por la medida extintiva, y otro de carácter cualitativo y formulación negativa relacionado con la causa que justifica el despido colectivo, pues las razones que motivan la decisión empresarial no pueden estar relacionadas con la persona del trabajador despedido.

539. El Considerando 2º de la Directiva establece: "Considerando que interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad".

540. El Considerando 3º de la Directiva pone de manifiesto el relativo fracaso de las regulaciones previas la afirmar que "a pesar de una evolución convergente, subsisten diferencias entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros en lo que se refiere a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores". Por su parte, el Considerando 4º muestra la continuidad de las preocupaciones del legislador comunitario en relación con las condiciones de libre competencia al afirmar que "... estas diferencias pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior".

541. Diferencias que la temprana reacción del legislador comunitario no ha podido eliminar como quedó acreditado por el Informe de la Comisión al Consejo sobre el grado de aplicación de la Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, de 13 de septiembre de 1991, SEC (91) 1639 final.

542. Sobre las modificaciones introducidas tras la reforma de 1992, vid. FUENTES RODRÍGUEZ F.: "Las modificaciones introducidas en la disciplina comunitaria de despidos colectivos por la Directiva 92/56, de 24 de junio, y su incidencia en la reforma del mercado de trabajo", en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. coord.), "La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad Social", Universidad de Granada, Granada, 1996.

543. ROCCELLA M. y TREU T.: op. cit., pág. 323. Otros autores prefieren decir que la noción comunitaria de despido colectivo queda configurada en torno a cuatro elementos: elemento material, elemento subjetivo, elemento causal negativo y elemento cuantitativo; vid. CRUZ VILLALÓN J.: op. cit., pág. 35.

El artículo 1.2 de la Directiva procede a excluir de la aplicación de la Directiva todas aquellas relaciones laborales en las que la figura del empleador sea desempeñada por una administración pública o cualquier institución de Derecho público, independientemente de que la propia relación de trabajo se desarrolle bajo la regulación normativa laboral o conforme a las normas de derecho administrativo. Es decir, no afectaría ni al personal funcionario ni al personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Esto supone una limitación tremendamente amplia. La razón de esta exclusión pudiera estar en que la Directiva otorga a la Administración pública determinadas funciones en materia de despido colectivo, tales funciones no serían necesarias cuando es la propia Administración la que despide⁵⁴⁴. Sin embargo hay que señalar que desde el punto de vista de la normativa española esta posibilidad no ha sido aplicada, pues podría haberse entendido como discriminatoria respecto del colectivo de trabajadores de administraciones públicas.

Finalmente el apartado c) excluye a las tripulaciones de buques marítimos. En este supuesto la exclusión prevista puede ser considerada habitual en la normativa comunitarias, vgr. respecto de la regulación europea en materia de transferencia de empresas, en la Directiva 2001/23. Como en otras ocasiones, en el supuesto que nos ocupa no ha sido trasladada al ordenamiento jurídico español.

5.2.a) El elemento cualitativo: despido realizado por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador

La normativa comunitaria utiliza un criterio delimitador de carácter cualitativo que para mayor claridad expositiva podemos, a su vez, descomponer en dos aspectos: el primero relacionado con la identidad del sujeto que toma la decisión extintiva, el segundo con los motivos que asisten a éste. A tenor de lo dispuesto por el artículo 1.1, la Directiva sólo será aplicable a las extinciones realizadas por el empresario, es decir cuando se produzcan medidas de reestructuración empresarial que impliquen la extinción de contratos de trabajo en vigor, siendo necesario acreditar que la decisión extintiva responde a la voluntad unilateral del empresario. A consecuencia de lo anterior, quedarán excluidas todo tipo de extinciones contractuales producidas por la voluntad del trabajador o producto del acuerdo entre éste y el empresario. Por su parte, el artículo 1.2.a) excluye expresamente las finalizaciones de contratos de trabajo celebrados por una duración determinada o para una tarea determinada, pues se entiende que en estos supuestos la terminación del vínculo contractual se produce a consecuencia de una causa prevista en el propio contrato, de esta manera el cumplimiento del término previsto o la actualización de la condición resolutoria fijada deben ser consideradas extinciones contractuales consensuadas, salvo que éstas se produzcan antes del cumplimiento del plazo o de la finalización de la obra o servicio respectivamente. Como hemos dicho, para que la Directiva sea aplicable será preciso que el empresario efectúe una serie de despidos colectivos, por tanto tampoco serán tenidas en cuenta otro tipo de medidas de reestructuración empresarial⁵⁴⁵, suspensiones temporales o modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, que no impliquen la finalización de la relación laboral.

544. De esta opinión ROQUETA BUJ, R.: Op. cit., página 772.

545. En concreto la doctrina ha hecho referencia a otras medidas de reestructuración empresarial como: "suspensiones de contratos, reducciones de jornada de trabajo, transformación de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados a centros de trabajo diferenciados", CRUZ VILLALÓN J: op. cit., pág. 38.

Hemos dicho ya que el artículo 1.1.a) de la Directiva, a los efectos de aplicación de la misma, exige que los despidos colectivos sean efectuados por el empresario, por su voluntad unilateral. Pero además, el propio artículo estima preciso que los motivos, uno o varios, que desencadenen la decisión del empresario no sean "inherentes" a la persona del trabajador, es decir no estén relacionados con el trabajador, individualmente considerado, o con su forma de realizar la prestación laboral, la regulación comunitaria establece así un principio causal⁵⁴⁶. Y todo ello porque, según hemos dicho, la herramienta del despido colectivo debe estar al servicio de medidas de reestructuración empresarial, que sólo tienen sentido cuando son soportadas por razones económicas, técnicas, organizativas, productivas u otras de similar naturaleza. La delimitación negativa realizada por el legislador comunitario permite excluir todo tipo de despidos disciplinarios, comúnmente fundados en conductas conscientemente incumplidoras de las obligaciones contractuales del trabajador, y también los conocidos como despidos objetivos, aquellos otros derivados de un inadecuado cumplimiento, incluso involuntario, de las obligaciones contractuales. Por otra parte, subsisten dudas sobre la oportunidad de aplicación de la Directiva en supuestos de cese de la actividad por muerte, incapacidad o jubilación del empresario. Cuando la extinción de las relaciones se produce bajo estas circunstancias es posible defender la inclusión de las mismas bajo el ámbito de la Directiva, exigiendo por tanto que se lleven a cabo los procedimientos de consulta en ella previstos⁵⁴⁷. En contra podría argumentarse que en los supuestos precitados la decisión extintiva no se produce por la decisión unilateral del empresario, sino por la existencia de una serie de circunstancias ajenas a la esfera de la voluntad de éste. Sin embargo si estudiamos estos supuestos individualizadamente podremos comprobar como la anterior afirmación debe ser matizada. El cumplimiento de los requisitos que permiten la jubilación del empresario –edad, acreditación de los períodos de cotización necesarios, u otros- no determina por sí mismo la obligación del empresario de adoptar esta nueva situación, el empresario puede decidir continuar la actividad; pero por otra parte, la jubilación del empresario no determina necesariamente el cierre de la empresa pues ésta puede ser transmitida; podemos concluir con ello que la opinión del empresario será decisiva tanto para elegir el momento de su jubilación, como para disponer la transmisión de la empresa o el cierre de la misma. Algo similar puede afirmarse en los supuestos de incapacidad del empresario, si bien en este supuesto la voluntad de éste no determina el momento en que accede a la situación de incapacidad, sí intervendrá decisivamente para determinar el futuro de la empresa, pues ésta puede ser transmitida, continuada por los representantes del empresario o simplemente cerrada⁵⁴⁸. Finalmente creemos que el supuesto de terminación de la relación laboral por muerte del empresario es el que encuentra mayores dificultades de identificación con la delimitación de la figura del despido realizada por la Directiva. En estos supuestos el empresario no interviene ni en la determinación del momento en que se produce la circunstancia que actualiza la causa habilitante⁵⁴⁹, ni existe posibilidad alguna de continuar la actividad empresarial por otra persona en nombre del empresario. Por otra parte el posible recurso a la continuidad de la empresa por los herederos del empresario introduce nuevos elementos de difícil aprehensión, pues resulta discutible establecer que la negativa a continuar la actividad laboral por parte de los herederos del empresario sea asimilable a la figura comunitaria del despido colectivo.

546. Así, GOERLICH PESET, J.M.: "Informe técnico-jurídico sobre: el despido colectivo en la Europa comunitaria", AL nº 11 de 1993, página 173.

547. En este sentido GOERLICH PESET, J.M.: Op. cit., página 174; también ROQUETA BUJ, R.: Op. cit., páginas 769 y 770.

548. Somos conscientes que en este punto pueden darse algunas excepciones que debieran tenerse en cuenta, como aquellos supuestos en que la situación de incapacidad que sufre el empresario pueda afectar a la aptitud para tomar decisiones o a su capacidad jurídica.

549. Exceptuamos conscientemente situaciones extremas en las que la voluntad del empresario puede jugar un papel determinante –suicidio, eutanasia u otros-, por entender que de estos casos no podrán derivarse consecuencias de relevancia en el plano social.

Por último creemos necesario hacer referencia a los supuestos entre nosotros agrupados bajo el concepto de fuerza mayor. El conocido hecho de que la legislación española sobre las extinciones motivadas en esta causa no se adapte a la normativa comunitaria, no debiera ser determinante para excluir la conveniencia de concluir, que este supuesto supone un claro incumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva. Ciertamente es que las específicas características del fenómeno analizado aconsejan un tratamiento singular tendente a comprobar la veracidad y la gravedad de las circunstancias alegadas, sin embargo como se ha dicho⁵⁵⁰, tras cualquier decisión extintiva fundada en alguna causa de fuerza mayor, se encuentra una razón de tipo económico que justifica la imposibilidad, o simplemente la falta de rentabilidad, de continuar la actividad empresarial que hasta la fecha en que tales causas aparecen se venía desarrollando. Por ello no parece desatinado defender la idoneidad de mantener la inclusión de estos supuestos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y con ello, la conveniencia de establecer los procedimientos de consulta con los representantes de los trabajadores en ésta previstos.

5.2.b) El elemento cuantitativo: referencia a la dimensión de la empresa, al espacio temporal y al número de trabajadores afectados

El segundo elemento que configura el concepto comunitario de despido es el relativo al número de trabajadores afectados por esta medida. Podemos señalar que con carácter general, se considera despido colectivo aquella extinción que afecta a un número de trabajadores suficientemente relevante. El legislador comunitario es perfectamente consciente de la importancia de establecer una regulación lo suficientemente flexible que permita la aproximación, sin grandes fricciones, de las distintas regulaciones del conjunto de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros. Esta preocupación por alcanzar regulaciones flexibles admisibles por ordenamientos con tradiciones sensiblemente diversas, se manifiesta en el conjunto de la normativa comunitaria, pero quizás se exprese con mayor nitidez frente a regulaciones, como es el caso de los despidos colectivos, que persiguen precisamente establecer límites comunes, que deberán ser respetados en el conjunto de los Estados miembros cuando sea preciso acudir a medidas de reestructuración empresarial, y que pretenden restaurar equilibrios entre los intereses del empresario en crisis y los intereses de los trabajadores que pueden verse afectados por aquellas medidas. Por ello el legislador comunitario ha preferido reservar las obligaciones procedimentales impuestas por la Directiva a las medidas especialmente intensas, considerando no sólo la naturaleza de la medida, sino también el número de trabajadores afectados por ésta, en relación con el volumen total de empleo de la empresa. Para ello la Directiva establece diversos umbrales cuantitativos que mediante la combinación de tres factores –el número de trabajadores afectados por el despido, el volumen de empleo de la empresa y el espacio temporal en que se producen las medidas extintivas– pretenden realizar una correcta ponderación de intereses, discriminando en función del tamaño de las empresas, atendiendo con ello a una realidad conocida: las enormes diferencias organizativas que tienen su origen en el tamaño de la empresa. La aplicación de distintos regímenes jurídicos en función de las dimensiones de la empresa, en beneficio siempre de las pequeñas y medianas, es una opción razonablemente justificada que encuentran cumplido apoyo jurídico en el propio TCE⁵⁵¹. Sin embargo la evolución de la actividad económica pueden estar aconsejando la utilidad de revisar los criterios de medición, pues aunque creemos necesario mantener diferentes regímenes jurídicos que

550. CRUZ VILLALÓN J.: “la aplicación...”, op. cit., pág. 46.

551. El artículo 137.2 advierte que las Directivas en materia social “evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”.

favorezcan el desarrollo de aquellas empresas con menores posibilidades, quizás en la actualidad el factor más adecuado de discriminación no deba ser el número de trabajadores⁵⁵².

Manteniéndose al margen de estos novedosos planteamientos, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a las pequeñas empresas, concretamente a todas aquellas que empleen a un número inferior a 20 trabajadores⁵⁵³, para ellas cada Estado miembro podrá establecer el régimen jurídico que estime más oportuno. Para las empresas de mayores dimensiones los Estados miembros podrán escoger entre dos sistemas alternativos de cómputo, nueva muestra de la elasticidad de la que hace gala la regulación comunitaria. Conforme a la misma⁵⁵⁴, podrán establecerse dos tipos de umbrales cuantitativos al objeto de determinar la intensidad concreta de las medidas de reorganización empresarial, comprobación que abrirá paso a la aplicación de la norma comunitaria. El sistema de mayor complejidad es aquel que tiene en cuenta los tres factores enunciados anteriormente. Deberá tenerse en cuenta a efectos de cómputo un período de 30 días. La Directiva será entonces aplicable si durante este tiempo, en empresas que empleen habitualmente entre 21 y 99 trabajadores, se han despedido un total de 10 trabajadores; o en empresas que empleen habitualmente entre 100 y 299 trabajadores se ha despedido al menos al 10 % de la plantilla; o finalmente, en empresas que empleen a 300 o más trabajadores se despiden al menos a 30 trabajadores. Como hemos dicho, los Estados miembros podrán adoptar otro sistema alternativo de mayor simplicidad, pues en este segundo supuesto no se atenderá a las dimensiones de la empresa; siendo así aplicable la Directiva cuando en un período de 90 días sean despedidos un número de trabajadores igual o superior a 20, independientemente de las dimensiones de la empresa afectada.

Creemos interesante aquí detenernos en resaltar la oportunidad de establecer un plazo determinado a efectos de cómputo del número de trabajadores despedidos. Pues en caso contrario, si no se estableciese un plazo de referencia, en todas las empresas, una vez transcurrido un cierto período de tiempo las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, siempre serían colectivas, pues tarde o temprano se superaría en la empresa el tope mínimo establecido, por lo que superado dicho tope cada nueva extinción sería siempre colectiva. El hecho de establecerse el plazo supone la posibilidad de aplicar la regulación de despido colectivo tanto si las extinciones que se producen durante el período establecido son realizadas en un único acto, o bien en varios actos extintivos a lo largo del citado período.

552. Es conocido que en la actualidad empresas de pequeñas dimensiones pueden alcanzar superiores volúmenes de facturación o beneficios que otras empresas de mayores dimensiones, es posible que fuese conveniente realizar un más detenido estudio sobre la oportunidad de mantener regulaciones diversas en estos supuestos.

553. En este sentido GOERLICH PESET, J.M.: Op. cit., página 175.

554. El artículo 1.a) de la Directiva establece:

“se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un período de treinta días:

- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,
- al menos el 10 por 100 del número de los trabajadores en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,
- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores como mínimo;

ii) o bien, para un período de noventa días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados;”

Hay que tener en cuenta que el art. 1.1 in fine de la Directiva señala que para el cálculo del número de trabajadores afectados, se asimilará a los despidos “las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco”. Se trata de extinciones por iniciativa del empresario, pero que no son despidos colectivos (no se producen por la voluntad unilateral del empresario, vgr. bajas incentivadas o jubilaciones anticipadas)⁵⁵⁵ y que estén basadas en causas no inherentes a los trabajadores. Hay que tener en cuenta que tales extinciones no son y no forman parte de un despido colectivo, pero se tienen en cuenta (se computan) a efecto de alcanzar el número mínimo que da pie a la aplicación de la regulación de despido colectivo.

Por otro lado, el cálculo sobre el volumen de empleo de la empresa, que determinará la obligatoriedad de poner en marcha los mecanismos previstos en la Directiva, y ha de servir para establecer los diferentes umbrales conforme al primero de los criterios que hemos comentado, deberá realizarse tomando como referencia la plantilla habitual de la empresa. La parquedad de la regulación comunitaria en esta materia deja abierta la posibilidad de realizar diversas interpretaciones. En nuestra opinión, deberán ser contabilizados por igual todos los trabajadores de la empresa, independientemente de la modalidad contractual que les vincule a ésta, pues probablemente ésta ha sido la intención del legislador comunitario que, en esta ocasión, no ha previsto criterio restrictivo alguno en función del cual pudiera diferenciarse, a efectos de cómputo, entre los diferentes tipos contractuales⁵⁵⁶. Por su parte, la referencia a la plantilla habitual de la empresa permite defender la posibilidad de extender el momento del cómputo, de esta manera creemos posible fijar espacios temporales amplios, quizás el último año, para determinar la plantilla media de la empresa durante este período. Con ello podría evitarse que el empresario eligiese los momentos de menor actividad en la empresa para la puesta en práctica de medidas de reorganización empresarial, con el único objeto de esquivar la aplicación de la Directiva.

Por lo que respecta al ámbito espacial en que se producen los despidos colectivos objeto de tratamiento, la Directiva hace referencia con toda nitidez al término centro de trabajo. La jurisprudencia comunitaria nos ofrece una definición del concepto comunitario de centro de trabajo que coincide, en gran medida, con el concepto manejado por la normativa española, formulado en el artículo 1.5 ET⁵⁵⁷.

5.3. Procedimiento de despido colectivo: la consulta a los representantes de los trabajadores

Una vez establecido cuál es el concepto de despido colectivo en el art. 1º, a partir de ahí la práctica totalidad de la regulación comunitaria se dedica a establecer un conjunto de normas sobre el procedimiento de despido colectivo.

555. ROQUETA BUJ, R.: Op. cit., página 771.

556. Similar opinión ha sido expresada respecto de la interpretación del regulación estatal contenida en el artículo 51 ET, vid. NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos colectivos”, CARL, Civitas, 1996.

557. La STJCE de 7 de diciembre de 1995, asunto 499/93, Rockfon v. SID, recuerda que la existencia de un concepto comunitario de centro de trabajo limita la posibilidad de los Estados miembros de establecer un concepto propio respecto de la aplicación de las normas comunitarias. La Sentencia procede a realizar una interpretación del concepto en los siguientes términos: “aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de centro de trabajo no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos”.

En realidad, la Directiva distingue de un lado, entre los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y de otro el procedimiento en sí de despido colectivo. Desde nuestro punto de vista ha de afirmarse que no se trata de dos cuestiones diferentes, al contrario, es artificioso separar estos dos elementos que forman parte de un mismo iter procedimental. En este sentido nos parece que la normativa española es más adecuada y correcta, pues no considera al período de consulta como algo previo al procedimiento, sino como una parte esencial del mismo.

En cuanto al tema de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, el art. 2 de la Directiva establece una regulación general de esta cuestión. Este precepto gira en torno a tres cuestiones básicas.

- En primer lugar, se establece la obligación del empresario consistente en un deber de consulta de los representantes de los trabajadores previo a la toma de su decisión por parte del empresario, “en tiempo hábil”, y con “vistas a llegar a un acuerdo”. Sobre este primer elemento debemos destacar lo siguiente:
 - a) En cuanto a la naturaleza de este mecanismo, parece que se trata de un deber de consulta. En este sentido, la sección 2ª de la Directiva se titula “información y consulta”. Realmente cabe afirmar que esta parece haber sido la intención al redactarse la norma; ahora bien, hay que tener en cuenta que la redacción del precepto es tan amplia, que en realidad cabe incluso algo más o bastante más que un simple deber de consulta, de modo que los Estados miembros puedan regular en sus respectivas normativas nacionales no sólo un deber de consulta, sino un auténtico deber de negociar colectivamente una salida a la intención empresarial de despedir colectivamente. En este sentido hay que señalar necesariamente cómo el propio art. 2.1 de la Directiva señala que el objetivo de este procedimiento de consulta no es sino llegar a un acuerdo, objetivo propio de la negociación colectiva y no de un simple procedimiento de consultas.
 - b) En segundo lugar, la Directiva se refiere con carácter general a los representantes de los trabajadores, sin especificar qué tipo de representación. Se trata de una norma lógica, pues hay diferentes mecanismos de representación sindical en cada uno de los sistemas normativos laborales nacionales. Dicho de otro modo, debe ser la regulación nacional la que señale cuál será la representación a la que el empresario deba consultar. El principal problema se va a plantear en aquellos casos en los que no haya representación de los trabajadores. Parece que en este caso se evitaría esta primera fase del procedimiento de despido colectivo, si bien hay autores favorables a entender que en estos casos hay que consultar al conjunto de los trabajadores⁵⁵⁸.
 - c) Para terminar, hay que resaltar que la Directiva no establece un plazo específico para realizar la consulta a los representantes de los trabajadores, limitándose a señalar que se realizará “en tiempo hábil”; expresión con la que el ordenamiento comunitario deja sin prejuzgar la cuestión, que deberá ser regulada por los diferentes ordenamientos nacionales. En todo caso,

558. ROQUETA BUJ, R.: Op. cit., página 772.

parece que esta consulta ha de ser necesariamente previa a la actuación de la Autoridad laboral, sin que puedan solaparse ambos trámites⁵⁵⁹.

- El segundo de los elementos sobre los que gira este procedimiento de consulta es el de facilitar a los representantes de los trabajadores la información necesaria para que estos puedan emitir una opinión y hacer contrapropuestas constructivas a la pretensión del empleador. Hemos de afirmar que en realidad, facilitar información a los representantes consultados es un elemento absolutamente necesario, pues si se pretende realizar un efectivo trámite de consulta a los representantes de los trabajadores, estos deberán contar con la información mínima para poder emitir una opinión válida, de lo contrario no se lograría la finalidad perseguida por este procedimiento que es la de facilitar que los representantes participen del procedimiento. En definitiva, no en vano se trata de un procedimiento de información y consulta.

En cuanto a la información que debe facilitarse a los representantes, tras afirmar con carácter general la necesidad de que el empresario facilite “toda la información pertinente”, establece que deberá comunicarse por escrito lo siguiente:

- a) los motivos del proyecto de despido,
- b) el número y categoría de de los trabajadores que se vaya a despedir;
- c) el número y categoría de los trabajadores empleados habitualmente;
- d) el período a lo largo del cual se realizarán los despidos;
- e) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos;
- f) el método de cálculo de las indemnizaciones.

A tenor de esta regulación hay que señalar que de nuevo la normativa comunitaria es excesivamente parca y general, pues no establece realmente unos criterios suficientemente claros como para fijar cuál es la concreta información que debe facilitarse a los representantes, aludiendo exclusivamente a que debe facilitarse toda la información pertinente. Probablemente el principal problema no sea señalar que debemos entender por toda la información, sino es el de qué debemos entender por información “pertinente”, dejando un campo bastante abierto a la regulación de los diferentes estados miembros. Como especificación de tales informaciones se establece la necesidad de que se comuniquen las causas que justifican la extinción del contrato de trabajo, lo que permitirá a los representantes de los trabajadores la posibilidad de oponerse al expediente de regulación de empleo por ausencia de una causa real y verdadera. De otro lado hay que comunicar también el número y categoría de los trabajadores afectados por el despido colectivo, aspecto este que es uno de los que más se discute por la representación de los trabajadores a efecto de limitar los efectos de un despido colectivo. En el mismo sentido hay que referirse a la indemnización a abonar a los trabajadores. Cierta-

559. En este sentido se manifestó ARGÜELLES BLANCO, A.R.: “Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Laboral* nº4 de 1994, página 51.

mente lo más lógico es que los diferentes ordenamientos nacionales establezcan la regulación que concretamente fije las indemnizaciones por despido colectivo; pero la posibilidad de incrementar estas cuantías es algo tradicionalmente perseguido por los representantes de los trabajadores.

- Para terminar, el tercer elemento sobre el que se articula el deber de información y consulta empresarial, hace referencia al objetivo o finalidad perseguido por este procedimiento: establece el art. 2.2 de la Directiva, que las consultas versarán “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

A tenor de esta norma, la finalidad perseguida por el procedimiento de información y consulta puede variar: a) puede lograrse que el empresario reconsidere la situación y sea convencido de lo innecesario del despido colectivo, bien por inexistencia de causa o bien por que es posible acudir a medidas diferentes y no tan drásticas como la extinción del contrato de trabajo (suspensiones temporales de los contratos de trabajo, reducciones de la jornada, traslados, bajas incentivadas, etc); b) también es posible que los representantes de los trabajadores acepten la existencia de una causa de despido colectivo, pero entiendan que la propuesta empresarial es excesiva, por lo que intenten un acuerdo reduciendo el número de trabajadores afectados, o bien pueden pactar indemnizaciones más altas de las fijadas por el ordenamiento nacional; c) en tercer lugar, los representantes de los trabajadores pueden aceptar la propuesta empresarial, si bien pueden pactarse, tal como expresamente señala la Directiva, medidas dirigidas a atenuar las consecuencias del despido colectivo, a través de las “medidas sociales de acompañamiento”; es decir, mecanismos dirigidos a favorecer la situación de los trabajadores que van a ser despedidos. Estas medidas pueden ser diversas, expresamente la Directiva menciona mecanismos dirigidos a mejorar la empleabilidad de los trabajadores afectados por la extinción colectiva, aludiendo a ayudas para la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos; es decir, mecanismos que faciliten una más perfecta capacitación profesional de los trabajadores a efectos de mejorar su capacidad para volver a ser contratados por otras empresas. Pero puede tratarse de otras medidas diferentes: desde la mejora de las indemnizaciones económicas en favor de los trabajadores despedidos, hasta acuerdos de la empresa para recolocar a los trabajadores en la propia empresa en el futuro, adquiriendo los trabajadores un derecho preferente para volver a ser contratados si se cumplen determinadas condiciones. En definitiva, la finalidad perseguida puede ser doble, bien la de evitar el despido colectivo, o si este es inevitable, adoptar las medidas que atenúen sus consecuencias⁵⁶⁰.

- Para terminar con la regulación del derecho a información y consulta recogido en la Directiva comunitaria, hemos de tener en cuenta dos cuestiones: de un lado, que estos derechos siguen manteniéndose, con independencia de que la decisión de extinguir colectivamente los contratos sea tomada por el propio empresario, o por una empresa que ejerza el control sobre él. Se aplica así la regulación comunitaria incluso en el supuesto de grupos de empresas o concentraciones de empresas; más aún, en estos casos no se podrá tomar en cuenta la alegación empresarial de imposibilidad de aportar la documentación requerida por el hecho de que no haya sido facilitada por la empresa que toma la decisión de despedir. Esto supone que en estos casos de grupos de empresa, aunque formalmente haya dos empresarios diferentes, se considerará que sólo existe una única empresa.

560. GOERLICH PESET, J.M.: Op. cit., página 176.

De otro lado, hay que señalar que el empresario no sólo debe transmitir a los representantes de los trabajadores la información antes referida, sino que además debe facilitarle esta información a la autoridad laboral competente en cada país. Aparece así la Administración laboral en un procedimiento que en principio se ha establecido entre sujetos privados. Al respecto hay que resaltar como la regulación comunitaria presenta un cierto déficit de información, pues la obligación empresarial de informar a la Autoridad laboral parece que no es tan completa como en el caso de los representantes de los trabajadores: a la Autoridad laboral no hay que facilitarle “toda la información pertinente”, sino tan sólo la mayor parte de las informaciones sobre materias puntuales que se señalan en el apartado 3º del art. 2 de la Directiva. Sin embargo, tal como vamos a comprobar inmediatamente, en realidad la información que se suministra a la autoridad laboral va a ser cuanto menos igual a la que se facilita a los representantes de los trabajadores, tal como se deduce del art. 3 de la Directiva.

Una vez superada esa fase de información y consulta de los representantes de los trabajadores se llega a una segunda fase, que la Directiva titula “Procedimiento de despido colectivo” y que se regula en los artículos 3 y 4 de la Directiva comentada. Podemos estimar que esta segunda fase tiene carácter administrativo, pues la regulación recogida en los preceptos citados se dedican a regular los mecanismos de intervención administrativa en el despido colectivo. En cuanto a este procedimiento la primera parte del mismo se refiere a la necesidad de notificar a la Autoridad laboral el proyecto de despido colectivo. Ante todo hay que afirmar que esta es una obligación que no es precisamente nueva, pues ya aparece regulada en el artículo 2 de la Directiva, tal como ya hemos tenido la ocasión de comprobar. Además, el art. 3 de la Directiva complementa la obligación del empresario de facilitar información a la autoridad competente contenida en el artículo 2 de la Directiva, pues se establece expresamente que la notificación “deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo”. Además debe informarse a la Autoridad laboral del resultado de las consultas de los representantes de los trabajadores. Esta información de que se facilita a la Autoridad laboral no es unilateral, pues el art. 3.2 de la Directiva establece que los representantes de los trabajadores podrán dirigir sus “eventuales observaciones a la autoridad pública competente”. Ciertamente esto supone la posibilidad de que los intereses de los trabajadores sean tenidos en cuenta⁵⁶¹, pero en realidad esta posibilidad tiene especial interés desde el punto de vista de facilitar que la autoridad laboral pueda autorizar o no la extinción colectiva, pero como vamos a comprobar la Directiva no contempla la posibilidad de que la autoridad laboral tenga esta función.

Una vez que se ha realizado la notificación exigida por la Directiva, ésta simplifica al máximo el procedimiento de la extinción colectiva: tan sólo prevé que los el proyecto de despido colectivo habrá de producir efectos (es decir, que se procederá a despedir colectivamente) “no antes de treinta días después de la notificación” efectuada a la Autoridad laboral. Es decir, esto supone que una vez que se ha realizado el procedimiento de información y consulta, si se ha llegado al acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios de despedir colectivamente; o bien el empresario decide despedir colectivamente, tan sólo es suficiente con notificar a la autoridad laboral y facilitarle la información, y tras el transcurso de los treinta días podrá despedirse colectivamente.

No se establece, así, ningún papel especialmente relevante para la Autoridad laboral, que se convierte tan sólo en una mera receptora de las notificaciones e informaciones de los empresarios y en su

561. ROQUETA BUJ estima que se introduce así un principio de contradicción en este procedimiento. Op. cit., página 775.

caso de los representantes de los trabajadores. La Directiva tan sólo prevé expresamente el papel de la Autoridad laboral para poder modificar el plazo (reducirlo o prorrogarlo) inicialmente fijado (art. 4.1 in fine y art. 4.3 de la Directiva). La principal actuación de la Autoridad laboral prevista en la regulación comunitaria consiste en otorgarle la función de que en el plazo de treinta días antes mencionado pueda “buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos”.

Tal como comprobamos no se otorga a la Administración laboral la función de autorizar el despido colectivo⁵⁶². Se reduce así notablemente las posibilidades de control administrativo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a tenor del mencionado art. 5 de la Directiva, se reconoce la facultad de los Estados miembros para introducir disposiciones más favorables para los trabajadores, lo que deja la puerta abierta a las legislaciones laborales la posibilidad de regular funciones de decisión para la autoridad laboral.

Para terminar con el análisis de este procedimiento hay que señalar que tanto el art. 3 como el art. 4 de la Directiva permiten que se exceptione de los trámites allí regulados a los despidos colectivos producidos por cese de actividad en virtud de resolución judicial. Merece la pena destacar que esta regulación supone una importante modificación de la normativa que estableció la Directiva 75/129, que en un principio excluía del ámbito de la normativa comunitaria tales supuestos. Con esta regulación la regla cambia de modo importante, pues establece la aplicación a tales supuestos de la fase de información y consultas, dejando a los Estados miembros la opción de aplicar o no la fase puramente administrativa.

5.4. La transposición del ordenamiento comunitario en materia de despido colectivo

5.4.a) Introducción

El legislador español no ha tenido precisamente un gran interés en realizar una transposición fiel y precisa de la regulación comunitaria, y ello en base al deseo de establecer una regulación más protectora que la comunitaria. Esta posibilidad ha sido permitida por la antigua Directiva 75/129, cuyo art. 5 establecía que el contenido de la misma no afectaba a la facultad de los Estados miembros para introducir disposiciones más favorables para los trabajadores; es decir, que permitía la existencia de ordenamientos nacionales diferentes, siempre y cuando fuesen mejores y más beneficiosos para los trabajadores. Desde esta perspectiva se ha venido manteniendo la necesidad de la autorización administrativa para proceder al despido colectivo, elemento que era rechazado por la normativa comunitaria, tal como hemos tenido la ocasión de comprobar.

Sin embargo, no ha dejado de haber multitud de quejas empresariales en lo referente a dicha exigencia. Para los empresarios es coherente con la necesidad de flexibilizar el ordenamiento jurídico laboral limitar en la mayor medida posible la intervención de la Administración laboral en las relaciones laborales; lo que aplicado al despido colectivo significa eliminar la autorización administrativa, y sustituir este control “ex ante” por un control judicial “a posteriori” de la decisión empresarial. Además, esta posición es conforme con lo dispuesto por la normativa comunitaria. En este sentido podemos señalar como la principal línea de queja de los empresarios han estado dirigidas a evitar básicamente la autorización administrativa, al estimar que se trataba de una intromisión insufrible en la libre gestión de la empresa⁵⁶³.

562. GOERLICH PESET, J.M.: Op. cit., página 179.

563. En este sentido MOLERO MANGLANO, C.: “La amortización de puestos de trabajo en el reformado art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores a la luz de su primer tratamiento judicial”, Actualidad Laboral nº 27 de 1995, página 447. Tam-

La actual regulación del despido colectivo en nuestro país procede de la importante reforma laboral de 1994, que modificó lo dispuesto por el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que junto al art. 51, sede tradicional del despido colectivo, su regulación no puede comprenderse sin lo dispuesto en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la extinción por causas objetivas, pues se ha producido un importante trasvase del despido colectivo al despido objetivo, tal como tendremos ocasión de comprobar. Con ella se intentó por el legislador nacional dar satisfacción a distintos intereses enfrentados que giraban en torno al despido colectivo. La idea era la de proceder a la transposición de la Directiva 75/129, con las modificaciones introducidas por la 92/56, satisfaciendo de esta manera a las demandas de flexibilidad del sector empresarial⁵⁶⁴. Pero al mismo tiempo se intentaba mantener una importante dosis de protección de los trabajadores. Es por ello que el legislador procede a una transposición de distinta intensidad, pues ha mantenido elementos esenciales de la regulación anterior.

En líneas generales podemos señalar que la actual regulación de este tema ha servido para facilitar el despido colectivo al empresario. Ahora bien, la actuación del legislador nacional no ha sido precisamente la de atacar directamente al entramado de protección administrativa tradicional del ordenamiento español, sino que lo ha hecho de una manera indirecta: alterando el concepto de despido, reduciendo su ámbito, y trasvasando el ámbito sobrante al despido objetivo, mucho más fácil y simple desde una perspectiva procedimental. Hay que afirmar así, que esta reforma ha supuesto la reducción del espacio del despido colectivo⁵⁶⁵. En segundo lugar, el legislador ha procedido a alterar el sistema de causas del despido colectivo, de modo que en la actualidad han de entenderse de una manera bastante distinta a dichas mismas causas con anterioridad a la reforma de 1994. Así, con carácter general, podemos señalar que con anterioridad a la reforma las causas de despido colectivo estaban orientadas sobre todo a actuar en aquellas situaciones en las que la empresa se encuentra en situación de crisis⁵⁶⁶. Por contra, desde la perspectiva actual se posibilita la actuación del empresario simplemente para que la empresa funcione mejor sin necesidad de estar ante una crisis empresarial; es evidente que este elemento origina un importante grado de flexibilidad en la vigente regulación⁵⁶⁷.

bién sobre esta cuestión CASAS BAAMONDE, M.E.: "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", RL nº 19 de 1996, páginas 50 y 51

564. GARCIA-PERROTE, I.: "Procedimiento de regulación de empleo en el despido colectivo", en VV.AA., Reforma de la legislación laboral, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Marcial Pons, Madrid 1995, página 372. Sin embargo debe subrayarse que con carácter mayoritario los expedientes de regulación de empleo en nuestro país son simplemente homologados por la autoridad laboral, pues con carácter casi general se aprueban durante el período de consultas entre empresario y representantes de los trabajadores; así, en las estadísticas publicadas en el Anuario de Estadísticas Laborales de 1997 (último publicado por el Ministerio de Trabajo) se señala en el cuadro REG-1 sobre expedientes de regulación de empleo terminados, según autoridad laboral competente, forma de terminación, tipo y efecto del expediente, durante dicho año de 2.313 expedientes de extinción resueltos 1.997 lo fueron gracias al pacto entre empresa y representantes, y por lo tanto fueron simplemente homologados por la administración y sólo 316 fueron directamente resueltos por la administración. En número de trabajadores de un total de 32.127 afectados, 26.233 lo fueron por un expediente de extinción pactado y 5.894 por expediente resuelto por la administración sin pacto entre representantes de los trabajadores y empresarios.

565. Así FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales", Temas Laborales nº 55 de 2000, página 9.

566. GARCIA TENA, J.: "Regulación de empleo. Causas y procedimiento". MTSS, Madrid 1981.

567. Para una ajustada valoración del cambio que ha supuesto la nueva forma de entender el significado de las causas del despido colectivo, puede verse el trabajo de RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: "De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal". Consejo Económico y Social, Madrid 1994, páginas 137 y ss.

Ahora bien, frente a estos mecanismos directamente dirigidos a facilitar un enorme grado de flexibilidad, el legislador ha decidido mantener la necesidad de la autorización para despedir colectivamente. En definitiva, si bien podemos afirmar que con carácter general se mantiene el sistema de despido colectivo, sin embargo hay que señalar que se produce una fuga del ámbito del despido colectivo, lo que ha requerido la paralela modificación del despido objetivo, que ha asumido gran parte de dicho ámbito anteriormente perteneciente al despido colectivo. Hoy, por tanto, la actual regulación se inclina por el modelo comunitario de despido colectivo, si bien manteniendo dos aspectos tradicionales españoles: la autorización administrativa y de otro hay una exigencia de causalidad específica para que se produzca dicha extinción⁵⁶⁸.

5.4.b) El concepto de despido colectivo ex art. 51 ET

Si bien el ordenamiento español sigue al comunitario, hay toda una serie de diferencias importantes. Las peculiaridades se inician desde el concepto mismo de despido colectivo. A tenor de la Directiva se considera despido colectivo aquél que es efectuado por el empresario en base a motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando alcancen un número mínimo de trabajadores.

Tal como ya hemos tenido ocasión de constatar el número mínimo varía en función de dos cuestiones: en primer lugar, en función del período que se toma como referencia; de otro lado, a tenor del tamaño del centro de trabajo expresado en número de trabajadores⁵⁶⁹.

La regulación española difiere de la comunitaria, pues establece que se entiende por despido colectivo, la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, b) el 10% del número de trabajadores de la empresa que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Podemos resaltar, por tanto, al menos tres grandes diferencias:

1º En primer lugar, se establece una regulación bastante más perfilada desde el punto de vista de las causas de despido colectivo, pues la regulación comunitaria no perfila ni tipifica causas concretas; aunque con carácter general ya hemos señalado que su objetivo es el de facilitar una solución al empresario ante la situación de exceso de mano de obra⁵⁷⁰. El legislador español ha mantenido la estructura tradicional de la regulación del despido, que gira entorno al principio de causalidad, que se fortalece por la específica regulación de las causas que justifican el despido. Tradicionalmente el despido colectivo español se ha construido sobre

568. En este sentido RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: Op. cit., página 143. En el mismo sentido VALDES DAL-RE, F.: "Los despidos por causa económica", en VV.AA., "La reforma del mercado laboral", Lex Nova, Valladolid 1994, página 399 y ss.

569. Recordemos someramente que si el período de referencia es de 30 días, se darán las siguientes posibilidades: a) deberá alcanzar al menos a diez trabajadores en los centros que empleen más de 20 y menos de 100 trabajadores, b) si el centro tiene un número de trabajadores entre 100 y 300, será colectivo si afecta al menos al 10%, c) en centros que empleen a más de 300, para ser despido colectivo deberá alcanzar al menos a 30 trabajadores. Si el período de referencia es de 90 días será colectivo aquél que alcance al menos a 20 trabajadores en los centros de trabajo afectados.

570. CRUZ VILLALON, J.: "La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos", Temas Laborales nº 44 (1997), página 43.

dos causas concretas: la económica y la tecnológica. Estas han sido respetadas y mantenidas por la reforma de 1994, que ha procedido a distinguir o añadir dos nuevas causas de despido. Con posterioridad procederemos a comprobar como en realidad estas causas no son en sentido estricto “nuevas”, sino que ya con anterioridad a la reforma de 1994 la jurisprudencia estimaba que se trataba de supuestos específicos de las causas económicas o tecnológicas.

Desde una perspectiva general, podemos señalar que se trata de causas que recaen sobre la propia empresa, y no sobre los trabajadores, por lo que podemos afirmar que esta normativa se adecúa en general a lo previsto por parte de la Directiva comunitaria⁵⁷¹.

Ya señalamos con anterioridad que la finalidad de esta regulación tan general no es sino la de facilitar la imposición de controles previos a la facultad empresarial de despedir colectivamente.

- 2º De otro lado, la normativa nacional es bastante más simple que la comunitaria, pues unifica en una sola escala el número de trabajadores despedidos en un único período de referencia.
- 3º En tercer lugar, la regulación española es más beneficiosa para los trabajadores, pues al elegir el plazo de referencia largo de 90 días, al que se aplica la escala de número de trabajadores, se está ampliando el ámbito de actuación del despido colectivo. Se limita así la fuga del despido colectivo al despido objetivo, mucho más simple.
- 4º Para terminar, hay que señalar otra diferencia: la normativa comunitaria toma como referencia para el cálculo del número de trabajadores afectados, al centro de trabajo. Por contra, la regulación española se fija en la empresa como ámbito a tener en cuenta para configurar si estamos o no en un despido colectivo en función del número de trabajadores afectados. Es evidente que al tomar un ámbito de referencia mayor, posiblemente supondrá un incremento del número de trabajadores afectados, lo que supondrá mayores posibilidades de incurrir en despido colectivo y evitar la regulación del despido objetivo, todo lo cual redundará en beneficio de la mayor protección del trabajador.

Pasamos ahora al estudio del concepto de despido comunitario en Derecho español. A tenor de lo dispuesto por el art. 51.1 ET, va a ser despido colectivo, aquél que se motiva en base a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, siempre y cuando afecten a un número determinado de trabajadores, computados en el plazo de noventa días. Es decir, el concepto de despido colectivo se configura en base a tres elementos esenciales: causas, número de trabajadores afectados y plazo en que han de producirse las extinciones.

571. CRUZ VILLALON, ha señalado como de la dicción de la Directiva se deduce que queda fuera de su ámbito aquellas extinciones imputables a la voluntad del trabajador (típicos supuestos de despido disciplinario, originado por incumplimientos del trabajador), ni aquellos en los que la causa recae sobre la persona del trabajador aunque no sobre su voluntad (serían los tradicionales supuestos regulados como despidos objetivos: ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas o excesiva morbilidad del trabajador). Op. cit., página 44.

A) Elemento causal: las causas de extinción colectivas

Uno de los principios básicos de la regulación del despido en nuestro país es el de la causalidad. Es decir, el despido ha de producirse siempre en base a una justa causa, de modo que la ausencia de la causa de extinción supone un elemento que va en contra de la eficacia extintiva del acto. Además, el ordenamiento español no sólo ha utilizado una causalidad genérica, sino que incluso especifica de manera detallada cuales son las justas causas en cada uno de los diferentes tipos extintivos calificados como despido (disciplinario, objetivo o colectivo). El listado de causas en cada uno de los despidos es cerrado; es decir, que tan sólo puede utilizarse las causas legalmente establecidas por el legislador.

En base a este criterio, nos vamos a encontrar cómo el legislador laboral ha establecido en concreto cuáles son las causas de despido colectivo, concretamente, dicho precepto señala como causas de despido a las económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Lo primero que debemos señalar de esta enumeración de causas es que si comparamos el actual precepto con el existente antes de la reforma de 1994, resalta cómo la enumeración se ha incrementado: antes tan sólo se recogían las causas técnicas y económicas. La cuestión sería, pues evidente: la reforma legal de esta cuestión supuso en primer lugar una ampliación de las causas de despido colectivo; es decir, se flexibilizó la regulación laboral al ampliar la capacidad extintiva del empresario que puede acudir a nuevas causas de extinción colectiva.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta conclusión no es del todo correcta, pues la ampliación es más aparente que real: la jurisprudencia laboral ya venía aceptando las causas organizativas y productivas, considerándolas incluidas dentro de las causas técnicas y económicas respectivamente; es decir, las causas organizativas o de reorganización de la empresa se consideraban una modalidad o un tipo específico de las causas técnicas o tecnológicas. De otro lado, las productivas (adecuación de la plantilla a las alteraciones productivas de la empresa o el sector), son un supuesto de causa económica. Por lo tanto, no se trata de una ampliación o introducción de nuevas causas de despido, sino de una simple reordenación o clarificación del panorama causal del despido colectivo.

¿Qué hemos de entender por dichas causas? Como elemento de cohesión entre todas ellas hemos de señalar que, ciertamente, todas ellas son causas ajenas a la voluntad del trabajador, o en términos comunitarios, no inherentes a la persona del trabajador. Pero analicémoslas individualmente:

- En primer lugar, la causa económica: aquella basada en una anómala o negativa situación económica de la empresa⁵⁷² (pérdidas económicas cualquiera que sea su origen, dificultades de financiación o problemas de liquidez, etc⁵⁷³). En todo caso, la jurisprudencia ha puntuali-

572. Probablemente el principal problema interpretativo que genera en la actualidad la causa económica es si debemos entender como causa económica los supuestos en los que no se produce una situación de pérdidas económicas de la empresa, sino ante un simple caso de reducción de los márgenes empresariales. Sobre el tema puede verse a GOERLICH PESET, J.M.: "Los despidos colectivos", en VV.AA., Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II, EDESA, Madrid 1994, página 95 y 96.

573. Debe aclararse que la jurisprudencia actual, a diferencia de la existente con anterioridad a 1994, ha estimado que la causa económica motivadora de la crisis empresarial no debe revestir el carácter de irreversible; así la STS de 24 de abril de 1996, Ar 5297.

zado que cuando se plantea la situación económica negativa de la empresa como causa de extinción colectiva, dicha situación se refiere a la empresa considerada en su conjunto o globalidad, y no a secciones o centros de trabajo con autonomía⁵⁷⁴.

- Las causas técnicas: se trata de la introducción por parte del empresario de nuevas tecnologías en la empresa, a consecuencias de lo cual se produce un excedente de personal que debe ser eliminado⁵⁷⁵. Se trata, por tanto, de una causa de extinción vinculada con la obsolescencia de los medios de producción⁵⁷⁶.
- En tercer lugar, las causas organizativas: se refiere a aquella situación a tenor de la cual es necesario amortizar puestos de trabajo en base a la introducción por parte del empresario de nuevos métodos de organización de la actividad productiva, o bien a consecuencia de la reestructuración de los recursos humanos con que cuenta la empresa⁵⁷⁷.
- Para terminar, las causas productivas: hacen referencia a la necesidad empresarial de adaptación de la productividad de la empresa a las circunstancias del mercado en cada momento⁵⁷⁸, de modo que si las necesidades productivas de la empresa se reducen, el empresario pueda "liberarse" de la plantilla sobrante.

El principal interés de las causas de despido colectivo no se centra, a nuestro juicio, en el hecho de que se haya producido una ampliación de las causas de despido (más aparente que real tal como hemos señalado anteriormente), sino en la interpretación que de las mismas hace el legislador. Podemos decir que aquí sí se ha introducido un importante nivel de flexibilidad.

Tradicionalmente el despido económico y tecnológico ha estado vinculado a una situación de crisis de la empresa: se acudía al despido colectivo como un último mecanismo para "salvar" la empresa. El despido se utilizaba así como un mecanismo de auténtica emergencia o salvación⁵⁷⁹. Esta es una interpretación que ha sido atacada directamente por la reforma de 1994. Para comprobarlo es suficiente con analizar el propio art. 55.1 ET en el que se afirma respecto de las causas económicas que se entenderá que concurren, cuando la adopción del despido colectivo "contribuya (...) a superar una situación económica negativa de la empresa". El principal problema que interpretativo de esta causa se plantea desde el punto de vista de si una situación económica negativa supone necesariamente que haya pérdidas económicas en la empresa, o bien si existe causa cuando la empresa sufre una dismi-

574. Así lo ha manifestado la STS de 14 de mayo de 1998, Ar 4650; en el mismo sentido las Sentencias de los Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de septiembre de 1998, Ar 5836 y Castilla y León de 21 de julio de 1997, Ar 2472.

575. En este sentido se manifiesta GOERLICH PESET, J.M., que señala que en las causas de carácter técnico se gira "alrededor de la idea de sustitución del aparataje técnico de la organización productiva. Se parte de la premisa de «la obsolescencia de los medios de producción» que devienen «ineficaces a la causa del progreso científico y tecnológico», para encontrar en su sustitución por otros más modernos la causa tecnológica". Op. cit., página 99.

576. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: Op. cit., página 16.

577. El principal problema conceptual que plantean las extinciones por causa organizativa es si es admisible acudir al despido colectivo para facilitar decisiones empresariales tendentes a descentralizar la actividad productiva (vgr. proceder a la extinción de los contratos de trabajo y sustituir a los trabajadores por empresas contratadas o subcontratadas o por personal de una empresa de trabajo temporal).

578. En este sentido GOERLICH PESET, J.M.: "se asocian, como parece, a las dificultades que el entorno ocasiona a la capacidad productiva de la organización empresarial y que imponen la transformación o reducción de la producción (...)" ; op. cit., página 101.

579. Vid. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Reflexiones sobre los despidos ...", op. cit., página 14.

nución de la rentabilidad económica; es decir, hay una simple disminución de beneficios. La jurisprudencia se inclina por incluir ambos supuestos. La norma legal es hoy mucho más amplia y puede incluir tanto situaciones en las que hay pérdidas económicas de cualquier condición, sin necesidad de llegar a la situación extrema de la crisis. En cuanto a las otras, resalta como se utiliza un criterio puramente economicista y absolutamente abierto, como es el de garantizar la viabilidad de la empresa; más aún, ni tan siquiera se trata de viabilidad presente, sino incluso futura. En otras palabras, ya no es necesario acudir al despido colectivo cuando hay una crisis de la empresa, sino simplemente podemos utilizar el despido colectivo para que la empresa funcione o marche mejor.

Respecto de las causas técnicas, organizativas o productivas, se estiman aceptables cuando contribuyen "a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos"⁵⁸⁰.

B) El elemento cuantitativo: el número de trabajadores afectados.

Siguiendo el ordenamiento comunitario, la regulación española establece un límite numérico mínimo para poder aplicar la consideración de despido colectivo; es decir, si el número de trabajadores despedidos no alcanza ese tope mínimo, no estaremos ante una extinción colectiva, y consecuentemente no se podrá aplicar el régimen jurídico propio del despido colectivo (el procedimiento administrativo y la autorización).

Concretamente se establece una escala de trabajadores afectados en función de las dimensiones de la empresa. Para que sea considerado despido colectivo, éste deberá afectar al menos a:

- a) diez trabajadores, en las empresas que ocupen a menos de cien trabajadores.
- b) el 10% del número de trabajadores de las empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Tal como hemos señalado antes, si las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas no alcanzan dicho tope mínimo, eso supone que no estamos ante una extinción colectiva. La consecuencia directa de esta afirmación es que el legislador ha procedido a reducir el ámbito de aplicación de la regulación del despido colectivo. Despido colectivo no es aquel en que se procede a la extinción de los contratos de más de un trabajador por causas colectivas (económicas, técnicas, etc); sino sólo va a tener tal consideración si el número de afectados tiene cierta relevancia; es decir, si el número de despedidos es lo suficientemente importante. Cuando no es así, no hay despido colectivo y si se extingue el contrato de menos trabajadores, aunque sea por causas colectivas; no habrá que negociar con los representantes de los trabajadores, no se aplicará el expediente administrativo, y no será necesaria la autorización administrativa para despedir. ¿Qué consideración tienen esos des-

580. Según DESDENTADO BONETE, "la interpretación razonable de la garantía de la viabilidad futura de la empresa en el sentido de que toda empresa que funciona por debajo del nivel tecnológico u organizativo existente en cada momento se encuentra en una situación insatisfactoria en términos de productividad y competitividad, lo que implica un riesgo para su viabilidad". Op.cit., página 994.

pidos por causas colectivas que no alcanzan el tope mínimo? Son despidos objetivos, y se les aplica el art. 53 ET.

La principal diferencia respecto de la regulación comunitaria estriba fundamentalmente en el hecho de que la Directiva contiene dos escalas diferentes en función de la duración del período de referencia, mientras que el ordenamiento español se limita a una sola (concretamente se queda con la escala propia del período de referencia “corto”, pero aplicándole el plazo “largo”).

Por otra parte, hay que resaltar que el ordenamiento español ordena que el cómputo de los trabajadores afectados por la extinción se mida en el contexto de la empresa, y no, como ordena la regulación comunitaria, en el marco del centro de trabajo⁵⁸¹, lo cual es una norma que favorece a los trabajadores: al ampliar el ámbito que se toma en cuenta, será más fácil que se alcance el número mínimo para que se considere despido colectivo y se aplique su regulación⁵⁸².

Otra diferencia importante respecto del derecho comunitario es que, tal como hemos señalado anteriormente, el art. 1 de la Directiva, al regular el cómputo de trabajadores afectados por la extinción colectiva, establece que los cálculos se habrán de realizar respecto del total de trabajadores del centro de trabajo; ahora bien, recordemos tal como ya hemos señalado con anterioridad, que la normativa europea fija un número mínimo de afectados, que varía en función del número total de trabajadores fijos en el centro. No serán computados, a estos efectos, por tanto, los trabajadores con contrato temporal. Esto ha dado pie para que parte de la doctrina laboral defienda una interpretación en idéntica dirección, de modo que con base a este argumento cierto sector doctrinal español ha estimado que no serían computados los trabajadores con contrato temporal⁵⁸³. No obstante, no es esa la opinión predominante, pues la mayoría de la doctrina laboral se inclina por incluir en el cálculo a todos los trabajadores independientemente del tipo de contrato que ostentan⁵⁸⁴, pues la regulación española no distingue en absoluto entre los dos tipos de contrato de trabajo.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos se tendrán en cuenta no sólo aquellas extinciones debidas a causas técnicas, económicas, organizativas o productivas, sino que tal como establece expresamente el art. 51.1 ET, van a tenerse en cuenta cualquier extinción que se produzca dentro del período de referencia de 90 días, y que sean a iniciativa del empresario y en virtud de “otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49” del ET, siempre que superen el número de cinco trabajadores. Es evidente que la norma que acabamos de señalar procede de la regulación de la Directiva 1.1 in fine de la Directiva 98/59.

581. Sobre esta cuestión vid. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: “Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales”, op. cit., página 11.

582. Sobre esta cuestión puede señalarse a VALDES DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA., “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid 1994, página 395.

583. En este sentido se han manifestado PRADOS DE REYES, F.: “Despidos colectivos”, en VV.AA., “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid 1994, página 231. De igual modo MARTINEZ EMPERADOR, R.: “Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en VV.AA., “Reforma de la legislación laboral”, Marcial Pons, Madrid 1995, página 362.

584. VALDES DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, op. cit., página 406, DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por «causas empresariales» y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)”, Relaciones Laborales nº 17 y 18 de 1994, página 189; GOERLICH PESET, J.M.: “La extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores; reformado: el nuevo régimen del despido disciplinario por causas económicas”, Tribuna Social nº 43, página 83; y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los supuestos de readmisión en el despido”, Tecnos, Madrid 1996, página 131.

La principal cuestión que va a plantear esta regla es la de interpretar a qué se refieren esas extinciones no inherentes a la persona del trabajador. Debe analizarse la norma con detenimiento, pues establece que debe tratarse de extinciones a) “por iniciativa del empresario”, b) “no inherentes a la persona del trabajador”, y c) “distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49” ET.

En primer lugar deben ser por iniciativa del empresario y ello incluye tanto todos aquellos supuestos en los que la extinción se produce por voluntad unilateral del empresario (despidos) como aquellas en las que la extinción se produce por intervención de su voluntad aunque debidas a un acontecimiento ajeno a su persona, o bien supuestos en los que hay un acuerdo bilateral pero se requiere que haya denuncia por alguna de las dos partes.

Por otra parte, se trata de extinciones por causas “no inherentes a la persona del trabajador”. Desde nuestro punto de vista esto puede interpretarse en el sentido de entender que la causa de la extinción no puede residir en la voluntad del trabajador; es decir, es una causa no imputable a su persona. No se incluyen, por tanto, ni los despidos disciplinarios (originados en un incumplimiento imputable a la voluntad del trabajador), ni el despido objetivo individual (originado por causas imputables a la persona del trabajador aunque no a su voluntad).

Para terminar, el art. 51 excluye expresamente del cómputo de extinciones a efectos de la consideración o no de despido colectivo, las extinciones de contratos temporales (art. 49.1 c ET). En realidad se trata de una extinción no inherentes a la persona del trabajador, y que requieren de la denuncia de una de las partes, normalmente el empresario, por lo que con carácter general es una extinción a iniciativa del empresario; luego se trata de una exclusión constitutiva. Más aún, hay que tener en cuenta que el ordenamiento comunitario no incluye este tipo de extinciones como excluidas del cómputo, por lo que podría plantearse si esta regulación no es contraria a la normativa comunitaria.

Según lo elementos que acabamos de mencionar podríamos decir que los supuestos de extinciones que podrían computarse a los efectos de lo dispuesto por el art. 51.1 ET en su último apartado serían las siguientes: fundamentalmente los supuestos de extinciones por muerte, extinción de la personalidad jurídica, jubilación o incapacidad del empresario, así como los supuestos de fuerza mayor⁵⁸⁵. Desde nuestro punto de vista estas extinciones son a iniciativa del empresario y por causa no inherente a la persona del trabajador. Ahora bien, debemos señalar que en los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, lo que se produce es el cierre de la empresa, y como vamos a ver posteriormente el cierre de la empresa requiere del despido colectivo siempre que los trabajadores afectados sean más de cinco, por lo que en realidad no haría falta incluir estos supuesto que de por sí son casos naturales de despido; más aún, si hay un cierre de empresas no hay posibilidad de que con posterioridad al cierre se produzca un despido colectivo, pues no hay empresa. Lo mismo cabe decir del supuesto de extinción de la personalidad jurídica de la empresa, respecto del cual incluso el art. 49.1 g) in fine señala que debe tramitarse a través del art. 51 ET, como supuesto de despido colectivo. Parece, por tanto que en estos supuestos aunque sean extinciones a iniciativa del empresario y por causa no imputable a la persona del trabajador, no hay posibilidad efectiva de integrarse en un posterior despido colectivo. Quedaría, por tanto, el supuesto de despido por fuerza mayor, que de por sí se integra como uno de los supuestos especiales del despido colectivo (art. 51.12 ET), siempre y cuando la extinción por fuerza mayor suponga el cierre definitivo de la empresa.

585. CRUZ VILLALON, J.: Op. cit., página 46. Una interpretación contraria puede verse en ARGÜELLES BLANCO, A.R.: Op. cit., página 59.

Habría que añadir aquellas extinciones por voluntad bilateral en las que se requiere la denuncia posterior de una de las partes (causas válidamente consignadas en el contrato, que hacen referencia fundamentalmente a condiciones resolutorias, siempre y cuando éstas no estén relacionadas con la persona del trabajador) ⁵⁸⁶. Desde nuestro punto de vista también habría que incluir los supuestos de despidos (disciplinarios u objetivos), cuando son calificados como improcedentes. En estos casos estamos ante extinciones a iniciativa del empresario, pero que al ser improcedentes por falta de causa, no pueden considerarse como inherentes a la persona del trabajador. Otro supuesto incluido, por razones similares a la anterior, sería la de aquellas extinciones que la doctrina laboral ha venido a denominar “despidos atípicos”⁵⁸⁷; es decir aquellas extinciones que no se configuran como despido, sino que se producen a iniciativa del empresario en base a una de las causas extintivas diferentes del despido recogidas por el art. 49 ET (mutuo acuerdo, causas válidamente consignadas en el contrato, agotamiento de la duración del contrato temporal, extinción durante el período de prueba, etc), pero en las que la causa utilizada por el empresario no es lícita (vgr. condición resolutoria abusiva, contrato temporal que ya ha superado con creces el plazo máximo de duración, etc).

Para terminar, hay que tener en cuenta que el art. 51 ET también considera como supuesto de despido colectivo los ceses totales de la actividad empresarial, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: a) que se deba a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; y b) que la extinción afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco (en caso contrario estaríamos ante varios despidos objetivos). Se trata de una excepción a la regla de la escala que antes hemos analizado, que se justifica en el hecho de la extinción y desaparición de la empresa.

C) El elemento temporal: el plazo de referencia

Para terminar con el análisis del concepto de despido colectivo es necesario contar con el tercer elemento, el temporal. Como es evidente se trata de nuevo de otra adaptación de la regulación española a la normativa de carácter comunitario. En verdad hay que afirmar que este es un elemento imprescindible, pues si no se utilizase un marco temporal de referencia, tarde o temprano, en todas las empresas, la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, tendrían carácter colectivo: en cuanto se superase el número máximo de sujetos despedidos por estas causas, por la simple acumulación de las extinciones a lo largo del tiempo. En todo caso ha de destacarse que a diferencia de la normativa comunitaria, la regulación española ha optado por utilizar un único plazo de referencia, concretamente el de los noventa días.

Tal como ya señalamos anteriormente al estudiar la regulación comunitaria, esto supone que el legislador establece un plazo de 90 días, a computar desde el primer despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Si en dicho plazo el empresario vuelve a utilizar la misma causa de extinción, habrá que analizar si las nuevas extinciones producidas superan o no el número máximo de trabajadores despedidos. Si no se sobrepasa el límite estaremos ante despidos objetivos. Si ocurre lo contrario, estaremos ante despidos colectivos.

586. En este sentido VALDES DAL-RE, F.: “Los despidos por causas económicas”, op. cit., página 410. También GARCIA FERNANDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral* nº 30 de 1994.

587. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los supuestos de readmisión en el despido”, Tecnos, Madrid 1996, página 133.

Hay que tener en cuenta que el legislador español establece un mecanismo de seguridad, propio o específico de nuestra regulación. Es evidente que al empresario le va a interesar sobre todo acudir a la vía del despido objetivo y no al despido colectivo: las causas son las mismas, pero no tendrá que negociar con los representantes de los trabajadores (que normalmente pretenden incrementar la indemnización); más aún, se evita la autorización administrativa. De ahí, que el empresario pueda plantearse que, ante una necesidad de reducción de la plantilla que supera los umbrales para ser considerado despido colectivo, que le es más cómodo evitar esta regulación por la simple vía de distribuir la totalidad de las extinciones en diferentes períodos de 90 días, sin que en ninguno de ellos se alcance el límite (vgr. en una empresa de menos de 100 trabajadores, el empresario debe extinguir 15 contratos, despidiendo a 8 en el primer período de 90 días, y al resto en el siguiente período de 90 días), lo que constituiría un despido colectivo “por goteo”⁵⁸⁸.

Como mecanismo de protección para evitar que esto ocurra el art. 51.1 in fine ET establece la figura del despido fraudulento: si el empresario despide en períodos sucesivos de 90 días a un número de trabajadores (en cada período de 90 días) inferior al tope legal, pero sumados todos los despedidos en los períodos sucesivos se supera dicho tope legal, estaremos ante despidos fraudulentos, pues se habrá acudido a despidos objetivos encubriendo una realidad de despido colectivo. En definitiva, se trata de evitar que por la vía de ir despidiendo cada 90 días a un número de trabajadores inferior a los límites de despido colectivo (pero que sumados todos lo superen) para evitar que se aplique la regulación del art. 51 ET. La principal consecuencia de esta consideración de despido fraudulento es que pasará a considerarse nulo; de modo que el trabajador afectado tendrá que ser readmitido por el empresario.

Hay que señalar que esta posibilidad de fraude no afectaría a todas las extinciones, sino que tal como puntualiza el art. 55.1 ET, sólo serán declaradas extinciones fraudulentas “dichas nuevas extinciones”. Es decir, que tal consideración de despido fraudulento, que supone la calificación de nulidad tan sólo va a extenderse respecto de aquellas extinciones que se produzcan por encima de los límites cuantitativos del despido colectivo⁵⁸⁹.

Sin embargo hay que advertir que es posible eludir esta norma con suma facilidad, pues la calificación de fraude se aplica siempre y cuando los despedidos lo sean en base a una misma causa extintiva (bien económica, bien tecnológica, bien organizativa, o bien productiva). Dicho de otro modo, es perfectamente posible eludir la calificación de despidos fraudulentos si a los despedidos en el primer período de noventa días se les esgrime (v.gr.) la causa económica, y en las extinciones del siguiente período se utiliza una causa diferente (v.gr. productiva).

5.4.c) Exclusiones del concepto de despido colectivo e inclusiones expresas

Una importante diferencia entre la normativa española y la comunitaria, es que aquélla no excluye expresamente del ámbito de aplicación de la regulación del despido colectivo a los supuestos de contratos temporales, a los trabajadores públicos y a los tripulantes de buques marítimos; lo que supone la extensión del art. 51 a todos estos supuestos.

588. Expresión utilizada por DESDENTADO BONETE, A.: “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor”, REDT nº 100, página 985.

589. En este sentido MARTINEZ EMPERADOR, R.: Op. cit., página 363; también FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: “Reflexiones sobre los despidos ...”, op. cit., página 26.

Ciertamente hay que estar de acuerdo con esta conclusión, pero hay que hacer una pequeña advertencia: podemos utilizar el despido colectivo para extinguir contratos de trabajadores que forman parte de una tripulación de un buque o que tienen una relación laboral con una administración pública, estos supuestos no nos plantean problemas, pero hay que observar con más detenimiento el otro supuesto, el de los contratos temporales. Recordemos que si bien se aplica el art. 51 a las extinciones de contratos temporales por causas económicas, técnicas, etc., a efecto de la superación del límite mínimo que permite la aplicación de la regulación del art. 51 ET, no puede computarse la extinción de este tipo de contrato como supuesto de extinción “por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador”.

De otro lado, en cuanto a la exclusiones que expresamente realiza el art. 51 ET, hay que señalar cómo el ordenamiento aplica el régimen jurídico de despido colectivo o extiende la consideración de despido colectivo a unos supuestos que no son extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; es decir, que no son despido colectivos ordinarios. Nos limitamos simplemente a enumerar estos supuestos.

- De un lado, el art. 49.1 g) ET establece que “En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguir los trámites del art. 51 de esta Ley”. El significado de este precepto es que no se aplique a los casos de desaparición de la persona jurídica (por desaparición del objeto, por decisión gubernativa o por simple voluntad de los socios) el mismo tratamiento extintivo que en el caso de muerte del empresario, sino la consideración de despido colectivo por cierre de empresa.

El principal efecto que esta norma tiene sobre los trabajadores es que dentro del régimen jurídico del despido colectivo, la indemnización es mayor que en el caso de una extinción por fallecimiento del empresario (20 días de salario por año de permanencia en la empresa, frente a un mes de salario).

- Un segundo supuesto incluido en el marco del despido colectivo es el relativo a los supuestos de quiebra, cuando los síndicos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad empresarial en virtud de decisión judicial. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el art. 51.10 ET establece que el expediente de regulación de empleo se tramitará “a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo”; lo cual supone la simplificación del expediente de regulación de empleo en estos casos. La razón es bastante simple, pues si en un procedimiento de quiebra los síndicos estiman la necesidad de eliminar la empresa, es evidente que hay una causa de extinción; de ahí que la tramitación del expediente en estos casos no tenga trascendencia.
- Un tercer supuesto especial lo encontramos en el art. 51.11 ET señala que en el supuesto de venta judicial de la empresa, de parte de la misma, se aplicará la regulación sobre subrogación empresarial contenida en el art. 44 ET, sólo cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. Sin embargo, si tras la compra el empresario adquirente decide no continuar con la actividad, deberá necesariamente tramitar un despido colectivo, en el que deberá fundamentar su decisión. En realidad en este tema estamos ante una aplicación del principio general de que la transmisión de empresa no supone por sí la extinción de las relaciones laborales, el cual se contiene en el art. 44 ET.

- Por último hemos de referirnos al supuesto del despido por fuerza mayor. El art. 49.1 h) ET señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse “por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada”. Esta posibilidad extintiva se desarrolla a través del art. 51.12 ET.

La extinción por fuerza mayor contiene importantes diferencias respecto al despido colectivo ordinario:

- a) En primer lugar, respecto de la causa que justifica la extinción. Aquí no hay una extinción por causas económica, técnica, organizativa o productiva, sino por fuerza mayor; es decir, por acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes, de carácter imprevisible e inevitables, que afectan a la empresa de tal modo que genera la necesidad de reducir personal. Dentro de estos acontecimientos se incluyen tanto tragedias naturales (inundaciones, terremotos o incendios). Además se ha considerado fuerza mayor el “factum principis”; es decir aquellos supuestos en los que una decisión administrativa (imprevisible e inevitable), suponga la imposibilidad empresarial para mantener las relaciones laborales y suponga el cierre total o parcial de la empresa⁵⁹⁰.
- b) Otra importante diferencia hace referencia a que en el caso de despido por fuerza mayor no se exige un número mínimo de trabajadores despedidos para que se considere despido colectivo⁵⁹¹. No se aplica, por tanto, la escala que con anterioridad hemos señalado al analizar el concepto de despido colectivo.
- c) Por último, en los trámites procedimentales del expediente de regulación de empleo, que son más simples en el caso de despido por fuerza mayor. Aunque todavía no hemos analizado el procedimiento administrativo, podemos señalar simplemente cuáles son las principales diferencias entre este supuesto y el despido colectivo ordinario: En primer lugar, en los supuestos de extinción colectiva por fuerza mayor, aunque se notifique a los representantes de los trabajadores, la autoridad laboral deberá constatar siempre la existencia de dicha causa de extinción. Otra diferencia hace referencia al hecho de que el procedimiento en caso de despido por fuerza mayor es mucho más rápido que el despido colectivo ordinario, ya que se dictará resolución en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud. En tercer lugar, hay que señalar que en el despido por fuerza mayor se establece uno de los supuestos de responsabilidad del FOGASA, de modo que la autoridad laboral, a la vista de la situación de la empresa, podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que pueda corresponder a los trabajadores sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial⁵⁹², sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario. Para terminar, hay que señalar que en virtud de la regulación establecida en el art. 51.12 ET, no se aplicará al despido por fuerza mayor el procedimiento administrativo de despido colectivo.

590. MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ SAÑUDO, F. y GARCIA MURCIA, J.: Op. cit., página 770. Un desarrollo mucho más amplio del contenido de la fuerza mayor como causa de extinción puede verse en FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: “La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo”. Civitas, Madrid 1993.

591. GOERLICH PESET, J.M.: Op. cit., página 183.

592. El Fondo de Garantía Salarial es un organismo autónomo, dependiente del Ministerio de Trabajo, cuya finalidad es la de abonar a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago en caso de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario, así como determinadas indemnizaciones económicas reconocidas a los trabajadores por sentencia judicial o resolución administrativa en caso de despido.

A tenor de lo que acabamos de señalar cabe concluir que en los casos de despido por fuerza mayor estamos ante un supuesto de despido por causas no inherentes a la persona del trabajador; es decir estaríamos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 75/129; sin embargo, pese a ello la regulación española no se adapta a las exigencias propias de esta normativa, lo cual es especialmente importante desde dos puntos de vista: la no aplicación del procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores que se regula por el art. 2 de la Directiva, y que la resolución se produce mucho antes del plazo de treinta días establecido por el art. 4 de la citada Directiva⁵⁹³.

5.4.d) *El procedimiento de despido colectivo*

La regulación española en materia de despido colectivo se caracteriza por establecer un procedimiento de despido colectivo que presenta dos diferencias importantes respecto de la normativa comunitaria: en primer lugar, se trata de un procedimiento mucho más complejo y difícil que el establecido con carácter general por la Directiva 98/59. En realidad esto no supone sino una consecuencia lógica de la finalidad perseguida por la Directiva, que tan sólo pretende establecer unas líneas generales sobre esta cuestión, de modo que los diferentes estados miembros puedan desarrollar su propia normativa dentro del marco comunitario, con la complejidad que que los ordenamientos nacionales decidan. De otro lado, se trata de un procedimiento en el que hay un alto grado de intervención administrativa, de modo que siempre será necesario la autorización administrativa para despedir a los trabajadores a través de una extinción colectiva. Este procedimiento es regulado fundamentalmente a través del art. 51.2 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, y el RD 43/1996, que lo desarrolla.

No es objeto de este trabajo analizar de una manera detallada los diferentes pasos que han de darse en la tramitación del expediente de regulación de empleo, sino analizar la adecuación de la normativa española a lo dispuesto por la regulación comunitaria; de ahí que nos centremos exclusivamente en aquellos aspectos básicos del citado expediente de regulación, y que hacen relación a las siguientes cuestiones: a) derechos de información y consulta con los representantes de los trabajadores, y b) papel de la Administración laboral en el expediente de regulación de empleo.

En cuanto al primero de los aspectos, los derechos de información de los representantes de los trabajadores, recordemos como el ordenamiento comunitario establece un deber del empresario de consultar a los representantes "sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias" (art. 2.2 de la Directiva 98/59). De otro lado se establece la obligación (art. 2.3 de la Directiva 98/59) de facilitarles toda la información sobre la intención del empresario de despedir colectivamente, así como comunicar los motivos para despedir, el número y categoría de los trabajadores afectados, el número y categoría de los trabajadores empleados habitualmente, el período en que se van a efectuar los despidos, los criterios de selección de los trabajadores afectados y el método de cálculo de las indemnizaciones. Tales informaciones han de serles facilitadas a los trabajadores a efectos de que estos puedan realizar las propuestas constructivas que consideren oportunas en el proceso de consultas

Teniendo en cuenta la regulación española hay que estimar que se ha producido una correcta trasposición de Directiva 98/59. De un lado, el art. 51.2 ET establece que el empresario debe comu-

593. Sobre esta cuestión vid. CRUZ VILLALON, J.: Op. cit., páginas 46 y 47.

nicar a los representantes de los trabajadores la solicitud de despido colectivo, debiendo acompañar a dicha comunicación “la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen”. La regulación reglamentaria a la que se alude es el RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, cuyo art. 6º recoge una regulación afin a la comunitaria, en cuanto a cuál es la información que el empresario debe facilitar a los representantes de los trabajadores.

En cuanto al deber de consulta, podemos señalar que el ordenamiento español va más allá del simple deber de consulta, y establece un auténtico proceso de negociación con los representantes de los trabajadores en el apartado 4 del art. 51, cuyo objetivo es coincidente con el diseñado por la Directiva comunitaria, pues ese procedimiento de consulta y negociación “deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos”.

En definitiva, debemos estimar que en esta materia se ha realizado una correcta trasposición de la Directiva comunitaria.

En cuanto al segundo de los elementos esenciales del expediente de regulación de empleo, la intervención administrativa, hay que señalar que la Directiva comunitaria otorga a la administración laboral fundamentalmente un papel de mediador entre empresario y representantes de los trabajadores, a fin de que busque soluciones a los problemas que puedan plantear los despidos colectivos (art. 4.2 Directiva 98/59), pudiendo ampliar el plazo original de 30 días para consultas entre empresarios y representantes de los trabajadores (art. 4.3 Directiva 98/59). Dicho papel lo asume la autoridad laboral tras el cumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones de comunicar a la autoridad laboral las mismas informaciones que debe remitir a los representantes de los trabajadores (art. 2.3 Directiva 98/59) y de notificar el proyecto de despido colectivo, así como todos los informes útiles referentes al proyecto de despido y a las consultas evacuadas con los representantes de los trabajadores (art. 3 Directiva 98/59).

A tenor de la regulación española estas funciones están perfectamente asumidas por la autoridad laboral nacional; más aún, según la regulación española la autoridad laboral cuenta con otra función que es la de autorizar la extinción colectiva⁵⁹⁴. A tenor del procedimiento establecido en el art. 51 ET, el empresario debe solicitar a la autoridad laboral correspondiente la autorización para la extinción colectiva (art. 51.2 ET). Recordemos a este respecto que el empresario debe iniciar un período de consultas con los representantes de los trabajadores, durante el cual ha de negociar con los mismos el expediente de regulación de empleo. En cuanto a finalización de dicho proceso de negociación caben dos posibilidades. En primer lugar, es posible que el procedimiento de negociación termine en acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario (art. 51.5 ET). En estos casos se comunicará a la autoridad laboral, para que en el plazo de quince días naturales⁵⁹⁵ dicte la correspondiente resolución autorizando la extinción colectiva en los términos fijados por el acuerdo. En este caso la autorización es realmente una homologación del acuerdo al que han llegado las partes, de modo que

594. Un magnífico desarrollo de la discusión en torno a si dicha intervención está o no justificada, vid. DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., páginas 986 a 989.

595. Caso de superarse dicho plazo sin que se dicte resolución expresa, a tenor del art. 51.15 ET, se entenderá otorgada la autorización por silencio positivo.

la autoridad laboral no entra a conocer si existe justa causa para extinguir las relaciones laborales. La autoridad laboral tan sólo podrá paralizar el procedimiento cuando estime que existe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, supuesto en el que lo remitirá a la jurisdicción social a través del trámite del procedimiento de oficio ex art. 246 y ss de la Ley de Procedimiento Laboral.

La segunda posibilidad es que tras el período de consultas no se llegue a un acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresario. En este caso, a la finalización del período de consultas el empresario debe dirigirse a la autoridad laboral, que dictará una resolución estimando o desestimando la solicitud del empresario para proceder a la extinción colectiva. En este caso, la autoridad laboral debe entrar a conocer las causas alegadas por el empresario, analizando si existe causa o no suficiente para proceder a una extinción colectiva. Es evidente que en este caso la intervención administrativa es enormemente relevante, y va mucho más lejos de lo previsto por la regulación comunitaria. En la práctica esto supone una intervención “cuasijurisdiccional” de la autoridad laboral, que asume la función de decidir la existencia o no de causa, y por tanto de autorizar o no el despido colectivo. De ahí que el art. 51.6 ET establezca la necesidad de que la resolución sea motivada. La resolución administrativa debe producirse en el plazo de quince días naturales. Caso de no resolverse en dicho plazo, se entenderá autorizada la extinción colectiva en los términos de la solicitud (silencio positivo). Podemos, por tanto, afirmar que a tenor de la regulación nacional, se ha producido una trasposición de la normativa europea, pero se ha conservado un elemento tradicional de la normativa española: el papel de la intervención de la autoridad laboral en la resolución de los expedientes de despido colectivo. Desde este punto de vista, la cuestión es si esta regulación no es contraria a la comunitaria, que no prevé este papel de la autoridad laboral. Para responder a esta cuestión hemos de acudir a la respuesta que tradicionalmente se ha venido dando para defender que la norma española es conforme a la comunitaria: el art. 5 de la Directiva comunitaria permite que los Estados miembros introduzcan normas más favorables para los trabajadores. Se estima que la intervención administrativa es un mecanismo de protección de los trabajadores, pues además de la tutela jurisdiccional posterior al despido, gozan de un mecanismo de tutela administrativa previa al despido, pues el empresario necesita obtener la autorización administrativa antes de despedir. Si el empresario despide sin autorización, esos despidos son considerados nulos ex art. 124 LPL.

En conclusión, si bien la reforma de 1994 se intentó reducir el papel de la administración en el despido colectivo, si bien esa finalidad se ha perseguido sobre todo a través de la reducción del ámbito del despido colectivo⁵⁹⁶, que como hemos visto ha sido en buena medida asumido por el despido objetivo; pero para aquellos despidos que todavía tienen la consideración de colectivos, se ha mantenido la autorización administrativa. Cabe afirmar, por tanto, que la regulación española se ha quedado en una vía intermedia entre la supresión radical de la autorización administrativa y el mantenimiento a rajatabla del mismo⁵⁹⁷.

5.4.e) *La tutela de los trabajadores afectados por despido colectivo*

El ordenamiento español establece un mecanismo de compensación para aquellos trabajadores que sufran el despido colectivo. La razón es bien simple: se basa en el hecho de que este tipo de extin-

596. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: Op. cit., página 10.

597. En este sentido DESDENTADO BONETE, A.: “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: y por fuerza mayor”, REDT nº 100, página 981.

ciones no se basa en una causa imputable al trabajador ni a su voluntad; muy al contrario, las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas son causas imputables a la empresa, son motivos empresariales. Al basarse la extinción en necesidades empresariales, debe indemnizarse a aquellos trabajadores que se vean afectados por la extinción.

La indemnización prevista por la regulación legal es la de veinte días de salario por año de servicio en la empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año, con un máximo de doce mensualidades⁵⁹⁸.

Debe resaltarse que el cálculo de la indemnización se realiza sobre dos elementos básicos. En primer lugar, el salario del trabajador. Al respecto debemos recordar como en Derecho del Trabajo el salario se configura conceptualmente por nuestro ordenamiento, de modo que a la hora de calcular la indemnización han de excluirse todas aquellas cuantías económicas que no tengan consideración de salariales. Por otra parte, como en el resto de indemnizaciones por extinción del despido, el salario que hemos de tener en cuenta es el de cada trabajador en el momento de la extinción⁵⁹⁹.

El segundo elemento para calcular la indemnización, es el de los años de servicio; es decir el tiempo que el despedido ha venido trabajando para la empresa obligada a pagar la indemnización.

Debe aclararse que si bien la indemnización a la que nos referimos se configura como un mínimo legal indisponible⁶⁰⁰, por contra si existe la posibilidad de que se obtengan incrementos de esta indemnización a través de la negociación entre empresarios y trabajadores durante el período de consulta. Sería uno de los mecanismos dirigidos a paliar los efectos del despido colectivo sobre los trabajadores que sufren esta medida. Este posible incremento incluso se recoge por parte del art. 14.1 del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Junto con la indemnización a la que tienen derecho todos los trabajadores afectados por el despido colectivo, ha de señalarse como la regulación española recoge otro elemento de tutela aplicable a los supuestos de despido colectivo; y en esta ocasión se trata de un mecanismo que procede directamente de la normativa comunitaria. Nos referimos en este caso a la necesidad de un plan social. Concretamente el art. 51.4 ET establece que en aquellos despidos colectivos que afecten a empresas (obsérvese cómo se habla de empresas y no simplemente de centros de trabajo) de cincuenta o más trabajadores, será necesario que el empresario deba acompañar a la documentación propia del expediente de despido colectivo, un plan social, en el que se incorporen las medidas dirigidas para atenuar las consecuencias del despido colectivo que recaen sobre los trabajadores afectados.

Ciertamente debe resaltarse como la regulación española es mucho más imprecisa en este punto que la normativa comunitaria: no establece ninguna obligación para el empresario de establecer medidas de readaptación o reconversión profesional de los trabajadores, tal como si ocurre con la Direc-

598. La indemnización se abona a consecuencia de la extinción de las relaciones laborales, independientemente que los trabajadores encuentren otro puesto de trabajo sin solución de continuidad, incluso si dicho puesto se encuentra dentro del grupo de empresas al que pertenece la empresa que es objeto de expediente de regulación de empleo; así la STSJ de Valencia de 22 de septiembre de 1998, Ar 3620.

599. STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 1989, Ar 1489.

600. STSJ de Andalucía de 18 de julio de 1997, Ar 5266.

tiva 98/59. Por otra parte, y este es un dato especialmente censurable: a tenor de la regulación española, tan sólo es necesario el plan social cuando las empresas tienen al menos cincuenta o más trabajadores, limitación que no aparece en la regulación comunitaria. Esto supone dejar fuera de este mecanismo de protección a la inmensa mayoría de las empresas de nuestro país, que como sabemos son de pequeñas dimensiones. Doctrinalmente se ha justificado por parte de la doctrina laboral esta limitación al plan social, alegando que el legislador ha intentado disminuir la carga procedimental en las empresas de reducida dimensión. Sin embargo, desde nuestro punto de vista el volumen de empleo no justifica tal limitación en la aplicación de la regulación protectora⁶⁰¹.

El art. 51.4 ET se desarrolla por el art. 6.1 c) del RD 43/1996, norma que concreta en que consiste dicho plan social, que deberá contemplar “las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulte afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.

Parece que este precepto mezcla de manera bastante confusa un conjunto de elementos muy diversos, por lo que podemos criticar ampliamente la falta sistemática del mismo⁶⁰². A tenor de esta regulación podemos señalar que el plan social presenta dos contenidos diferentes. De una parte, las medidas destinadas a evitar o reducir los efectos del despido colectivo; es decir, el plan social debe procurar que el despido colectivo afecte al menor número posible de trabajadores⁶⁰³. De otro lado, se incluirán también las medidas dirigidas para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados; es decir, se trata de medidas destinadas a aquellos trabajadores que ven extinguidos sus contratos de trabajo. Estas consistirán bien en medidas de readaptación o reconversión; es decir, mecanismos de formación para facilitar su acceso a otro puesto de trabajo en la empresa o grupo de empresas. También podrá consistir en mecanismos que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada. En realidad, en este caso la regulación reglamentaria establece medidas tendentes a evitar la extinción de los contratos de trabajo, por lo que destaca la falta de sistemática del precepto.

601. En este sentido se han manifestado MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: “El despido colectivo en el Derecho Español”, Aranzadi, Pamplona 1997, página 241.

602. Así se han manifestado MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: Op. cit., páginas 244 y 245.

603. MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: Op. cit., página 243.

CAPÍTULO TERCERO
LA CONSTITUCIÓN
DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO

1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas como respuesta a la evolución de la actividad económica en un contexto siempre cambiante y bajo la influencia del fenómeno económico y social que conocemos como globalización de la economía, hemos podido asistir a la generalización de estructuras empresariales en torno a la figura del grupo de empresas. Junto a ello, los últimos años han sido testigos de un acelerado proceso de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones, constitución de joint-ventures y uniones temporales de empresas. Esta rápida evolución está suponiendo un notable desarrollo de la internacionalización de las relaciones económicas y la aparición de un gran número de empresas y grupos de empresa cuya actividad tiene lugar en distintos países. Asistimos a un importante crecimiento del número de empresas que desarrollan su actividad económica en distintos países con el objetivo de incrementar su presencia en el mercado; por otra parte, la idea de que el mayor volumen de la empresa puede ser un factor de competitividad ha hecho fortuna, los procesos de fusión se han generalizado en todo el globo. Esta situación ha incrementado los problemas de ausencia de interlocución real de las representaciones de los trabajadores⁶⁰⁴. Para estos representantes el distanciamiento de los centros de decisión supone un notable obstáculo para el adecuado ejercicio de sus derechos de información consulta y negociación. En numerosas ocasiones, las decisiones más trascendentes, que sin duda tendrán importantes repercusiones sobre las relaciones de trabajo, se toman por órganos directivos distintos, y en ocasiones situados a miles de kilómetros de distancia, a la propia representación de la dirección que ejerce de titular de las habituales relaciones convencionales a nivel de empresa.

Tales transformaciones han tenido una especial relevancia en los países de la UE, donde se han visto favorecidas por las normas que regulan el mercado único⁶⁰⁵. El legislador comunitario ha sido

604. El Considerando 10 de la Directiva 94/45/CE pone de manifiesto que esta situación “puede dar lugar a un trato desigual de los trabajadores afectados por las decisiones dentro de una misma empresa o de un mismo grupo de empresas”, así suele suceder entre los trabajadores que realizan su prestación laboral en el país en el que la empresa tiene su dirección central y el resto de los trabajadores de la empresa de dimensión comunitaria. Sin lugar a dudas la proximidad geográfica permite una mayor influencia de los representantes de los trabajadores en las decisiones de la dirección de la empresa.

605. Para el legislador comunitario “el funcionamiento del mercado interior lleva aparejado un proceso de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones y asociaciones y, en consecuencia, una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas”. Vid. Considerando 9 de la Directiva 94/45/CE.

consciente de la falta de adecuación de los procedimientos tradicionales de información y consulta previstos en las legislaciones o prácticas nacionales para abordar con garantías los retos de la empresa transnacional, precisamente porque estos mecanismos tradicionales de participación de los trabajadores han sido diseñados para ser eficaces en un ámbito exclusivamente nacional, mostrándose insuficientes para ejercer su labor frente a situaciones que afectan al conjunto de los trabajadores en el ámbito de la UE⁶⁰⁶.

Con todo ello, y a pesar de que la mejora de los derechos de información y consulta ha constituido una preocupación para la Comunidad Europea desde hace más de dos décadas⁶⁰⁷, la Directiva sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, ha debido esperar largo tiempo para ver la luz. El Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobaba la Directiva 94/45/CE el día 22 de septiembre de 1994 (en adelante Directiva CEU), en el camino habían quedado diversas iniciativas comunitarias dirigidas a facilitar la participación de los trabajadores en la empresa europea, la primera de las cuales se remonta a 1972. En aquellas fechas se presentó la primera formulación del proyecto de 5ª Directiva relativa a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos. Las reformas introducidas por el Tratado de Maastricht, y en concreto las posibilidades que ofrece el Protocolo número 14 del mismo, contribuyeron decisivamente a desempolvar los proyectos que hasta entonces habían sido abandonados a su suerte, especialmente por la oposición de los representantes del Reino Unido.

La Directiva CEU constituye la primera manifestación en el Derecho Social Comunitario del Acuerdo sobre Política Social (en adelante APS), anexo al mencionado Protocolo 14 del Tratado de Maastricht, posteriormente incorporado al texto del Tratado tras la cumbre de Amsterdam⁶⁰⁸. En concreto la norma comunitaria, según se dice en su Exposición de Motivos, fue aprobada de conformidad a lo establecido en el artículo 2 apartado 2 del APS (actualmente artículo 137 del Tratado⁶⁰⁹) y bajo el procedimiento previsto en el antiguo artículo 189 C del Tratado (actual procedimiento establecido en el artículo 252 del Tratado). La Directiva CEU fue modificada por la Directiva 97/74/CE de 15 de diciembre por la que se ampliaba al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el ámbito de aplicación de la primera⁶¹⁰.

606. La propia Exposición de Motivos considera "que los procedimientos de información y consulta a los trabajadores previstos en las legislaciones o prácticas de los Estados miembros no se adaptan con frecuencia a la estructura transnacional de la entidad que adopta la decisión que afecta a dichos trabajadores". Vid. Considerando 10 Directiva CEU.

607. La participación de los trabajadores en la empresa ha sido calificada por la doctrina como "...materia especialmente significativa en el orden comunitario, que lucha desde hace más de dos décadas por ocupar un lugar destacado en la dificultosa construcción del modelo comunitario de relaciones laborales". CASAS BAAMONDE M.E.: "Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos", Relaciones Laborales, Tomo I/93, pág. 59.

608. La doctrina ya anunciaba antes de la aprobación de la Directiva 45/94/CE la posibilidad de que la participación de los trabajadores pudiera convertirse en un signo de identidad del sistema de relaciones laborales comunitario, en este sentido vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: "Subsidiariedad y flexibilidad...", op. cit., pág. 59.

609. El artículo 137 del Tratado encomienda a la Comunidad la realización de una labor de apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros, entre otros, en el ámbito de la información y la consulta, para la consecución de los objetivos previstos en el artículo 136 del Tratado. Estos objetivos son "el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones".

610. Como es sabido, durante las discusiones que llevaron a la conclusión del Tratado de Maastricht, el Reino Unido se opuso reiteradamente a la inclusión en el Tratado del texto del APS, que suponía una ampliación de las competencias comunitarias en materia social, posición que provocó que las disposiciones contenidas en el mismo debieran situarse en un Protocolo Anexo al mismo, afectando solamente a once Estados miembros.

Con la aprobación de esta directiva, el legislador comunitario pretende establecer una serie de disposiciones mínimas que contribuyan a promover el desarrollo del diálogo social en cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 1 del APS. Así mismo la propia Exposición de Motivos de la Directiva explicita el confesado deseo de los Estados Miembros⁶¹¹ de poner en práctica los principios establecidos en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁶¹² (en adelante CDSF), en nuestro caso los artículos 17 y 18 de la misma, que prevén el establecimiento de mecanismos adecuados de información, consulta y participación de los trabajadores, estos mecanismos deberán tener en cuenta las prácticas vigentes en los distintos sistemas nacionales⁶¹³. La Carta Comunitaria está pensando especialmente en las empresas y grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas en varios países comunitarios, empresas que en la terminología de la Directiva serán denominadas empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, y que serán aquellas que, conforme a la norma comunitaria, cumplan además una serie de requisitos de carácter cuantitativo. Como veremos más adelante, la Directiva CEU no será de aplicación a todas las empresas transnacionales. Para definir el ámbito objetivo de aplicación de la misma no bastará este carácter, se exige además un doble requisito relacionado con la dimensión de la empresa, que se concretan, de un lado con respecto al número de trabajadores de la empresa globalmente considerada, y de otro, respecto del número de trabajadores contratados en diversos Estados miembros. Con ello, para que la Directiva sea de aplicación, será preciso que la empresa tenga una determinada dimensión, tanto si es considerada de manera global, como en su distribución en los distintos Estados miembros. La normativa comunitaria, con objeto de proteger a las pequeñas y medianas empresas, y quizá ejerciendo su celo protector de manera excesiva, sólo será aplicable a las empresas y grupos de empresa con, al menos, 1000 trabajadores en el conjunto de la Comunidad y establecidos en, al menos, dos Estados miembros, dando ocupación, como mínimo, a 150 trabajadores en cada uno de ellos.

Como es sabido, la norma comunitaria será también aplicable a los grupos de empresas de dimensión comunitaria, es decir, a los grupos de empresa, que como grupo, cumplan los anteriores requisitos. El legislador comunitario ha querido definir, "exclusivamente a los efectos de la presente Directiva", la noción de empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresa. Con ello no se realiza

611. Deseo concordante con lo establecido en el artículo 136 del Tratado que establece la obligación de la Comunidad de tener presente en el desarrollo de su política social los derechos sociales fundamentales recogidos en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales.

612. Aunque el texto de la Exposición de Motivos de la Directiva 94/45/CE hace referencia a la "Carta Social de 1989" parece claro que pretende remitirnos a la Carta Social de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los estados miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, y no a la Carta Social Europea adoptada en Turín en 1961 por los países que forman parte del Consejo de Europa.

613. "17. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. Ello es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea " .

"18. Esa información, esa consulta y esa participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular en los casos siguientes:

- cuando se introduzcan en las empresas cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo;
 - cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores;
- con motivo de procedimientos de despido colectivo;
- cuando haya trabajadores, en particular trabajadores transfronterizos, afectados por políticas de empleo llevadas a cabo por las empresas en las que trabajan."

una regulación completa del concepto de grupo de empresa, la intención de la norma comunitaria es meramente instrumental a los efectos de aplicación de la Directiva CEU, utilizando distintos criterios que pretenden delimitar los supuestos de existencia de grupos de empresa de dimensión comunitaria, e identificar entre las empresas del grupo, aquélla que supuestamente ejerce el control sobre las restantes.

Por otra parte el texto normativo comunitario se ha cuidado de aclarar que sus efectos se producirán independientemente de la nacionalidad de la empresa. Por ello, aunque la empresa o el grupo de empresa tenga su sede en un país no perteneciente a la Unión Europea, o pueda tener centros de trabajo en estados no pertenecientes a la misma, la Directiva será aplicable, si bien sólo a los centros de trabajo que la empresa tenga en estados de la Unión Europea o pertenecientes al Espacio Económico Europeo. Por ello se exigirá que en el supuesto de que la dirección central de la empresa no esté ubicada en alguno de estos estados, se designe a los efectos de cumplimiento de la Directiva una dirección europea de la empresa, que asumirá las obligaciones previstas por ésta. De esta manera se crea un espacio comunitario en el que las empresas o grupos de empresas que cumplan los requisitos previstos por la norma, se verán obligados a informar y consultar a los trabajadores a nivel transnacional, información que deberá llegar a todos los centros de trabajo situados en el territorio de la unión europea o del espacio económico europeo, sin que se tenga en cuenta la nacionalidad de la empresa, ni si ésta opera también en países que no son miembros de la UE o del EEE.

La Directiva CEU ha querido ser respetuosa con el principio de subsidiariedad, tanto en su dimensión vertical como horizontal⁶¹⁴. Respecto de la plasmación del principio en su vertiente horizontal, debemos citar dos manifestaciones diversas. El primer lugar, la norma comunitaria podrá ser insertada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros mediante disposiciones legales, pero también se permite un transposición mediante acuerdo de los interlocutores sociales, según dispone la Disposición final de la Directiva. En segundo lugar, de acuerdo con el principio de autonomía de las partes, la norma comunitaria respetará el contenido de los acuerdos de constitución de un comité de empresa europeo, o de aquéllos que establecen un procedimiento alternativo de información y consulta. Es decir serán los representantes de los trabajadores y de la dirección de la empresa quienes decidirán, de común acuerdo, la naturaleza, composición, atribuciones, modalidades de funcionamiento, procedimientos y recursos financieros del procedimiento u órgano de información y consulta creado en cumplimiento de la norma comunitaria. Tales prerrogativas son también reconocidas a los acuerdos preexistentes a la finalización del plazo establecido para la aprobación de las leyes nacionales de transposición, es decir el 22 de septiembre de 1996. Las prescripciones establecidas en el Anexo de la Directiva sólo se aplicarán cuando no sea posible alcanzar un acuerdo. Con ello, estas normas subsidiarias configuran un determinado tipo de comité de empresa europeo, parecen condenados a tener una utilidad marginal, menor a la que podía preverse en un principio; buena prueba de ello pueden ser el alto número de acuerdos de constitución de comités de empresa europeos que han sido firmados con anterioridad a la finalización del plazo establecido. Esta proliferación de acuerdos puede hacer pensar que el principio de autonomía colectiva ha calado profundamente en las

614. "Una de las materias en que el doble principio de subsidiariedad muestra con relativa nitidez sus efectos divisorios de las competencias concurrentes de la Comunidad y de los Estados miembros en el genérico ámbito de lo social, así como los nuevos modos de relación y diálogo que dicho principio establece entre el ordenamiento comunitario y los estatales, es la relativa a la participación de los trabajadores en la empresa.". CASAS BAAMONDE M.L.: "Subsidiariedad y flexibilidad ...", op. cit. pág. 59.

representaciones sindicales y empresariales de empresas de dimensión comunitaria, que han preferido dotarse de unos procedimientos de información y consulta singulares, adaptados a sus propias necesidades. Finalmente resaltar cómo la Directiva ha sido escrupulosamente respetuosa con el principio de autonomía colectiva, hasta el punto de aceptar la posibilidad, si los representantes de los trabajadores así lo acuerdan, de que los interesados decidan no constituir ningún comité de empresa europeo y ninguna clase de procedimiento de información y consulta, en el supuesto de que no lo consideren necesario.

Como manifestación del principio de subsidiariedad en su vertiente vertical podemos citar el amplio margen que la Directiva ha dejado en manos de los Estados miembros, quienes podrán regular mediante sus normas de transposición importantes aspectos relacionados con la elección de los representantes de los trabajadores, la protección y garantías de éstos frente al empresario, o la adopción de las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva.

Finalmente, y aunque ya hemos mencionado que serán las partes quienes decidirán mediante un acuerdo, el modo y la manera en que en el ámbito de cada empresa se procederá a informar y consultar a los trabajadores, no podemos dejar de considerar la existencia de un modelo de comité de empresa europeo que será puesto en funcionamiento en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo. Si bien la Directiva CEU no prefigura un determinado procedimiento de información y consulta, la mencionada previsión normativa de aplicación subsidiaria ejerce una influencia clara sobre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa; dicho de otro modo, los acuerdos que podrán alcanzarse entre éstos se verán fuertemente influenciados por las prescripciones previstas en el anexo de la Directiva. De esta manera el modelo previsto por el legislador comunitario, puede estar actuando, sin que fuese ésta su intención, como norma de mínimos. En buena lógica debiéramos pensar que los representantes de los trabajadores pueden oponer seria resistencia ante acuerdos con previsiones menos garantistas que las previstas por el Anexo de la Directiva.

Realizadas las consideraciones previas, imprescindibles para comprender el alcance de la Directiva CEU, pasamos a analizar los efectos que la misma ha producido en nuestro derecho laboral estatal, y en concreto, la labor de transposición realizada mediante la Ley 10/97 de derechos de información de los trabajadores en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

2. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 94/45: LA LEY 10/97 DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN EMPRESAS Y GRUPOS DE EMPRESA DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

La complejidad técnica tantas veces manifestada⁶¹⁵ de la Directiva CEU aconsejaba un especial tratamiento del proceso de transposición. Fieles a estos planteamientos la Comisión de las Comunidades Europeas, a petición del Consejo de Ministros, creó un Grupo de Trabajo compuesto por expertos

615. La doctrina ha señalado en numerosas ocasiones la novedad que supone la Directiva 94/45, que se aleja de los objetivos armonizadores que tradicionalmente han caracterizado la actividad normativa laboral comunitaria desarrollada mediante este tipo de normas. La declarada renuncia a estos objetivos, y la intención de contribuir mediante la acción normativa comunitaria al desarrollo de un sistema supranacional de relaciones de participación acorde con las nuevas realidades productivas, obliga a recurrir a distintas instancias normativas y a protagonizar un proceso de transposición necesariamente armónico para garantizar el cumplimiento de los objetivos previstos. Al respecto vid. CORREA CARRASCO M.: "Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del comité de empresa europeo". *Temas Laborales* Núm. 53/00, págs. 3-27.

de las administraciones nacionales y por agregados laborales de las representaciones permanentes, con el objetivo de estudiar las modalidades de transposición de la Directiva a los derechos nacionales, buscando los medios para evitar las posibles contradicciones entre los distintos sistemas nacionales mediante el intercambio de información y coordinación de las tareas de transposición. Este grupo de trabajo realizó una importante labor integradora e interpretativa y finalizó sus trabajos en el mes de julio de 1995⁶¹⁶. Se pretendía facilitar a los Estados miembros el proceso de transposición y alcanzar un alto grado de homogeneidad en el conjunto de las normas de transposición en torno a determinados conceptos que podríamos considerar fundamentales. Objetivos que por lo que respecta a la norma española podemos considerar cumplidos con carácter general. Aunque no es objeto del presente trabajo, pensamos que podría ser muy interesante realizar un estudio exploratorio de las distintas normas de transposición de los estados miembros que pudiera mostrar la fidelidad con que han sido elaboradas estas normas respecto de los criterios, de alguna forma acordados, establecidos por el grupo de trabajo comunitario.

Sea como fuere, parece claro que la estructura de la Directiva CEU condiciona tremendamente la propia estructura de cualquier norma de transposición, por cuanto induce decididamente a los Estados miembros, en aplicación de la misma, a adoptar disposiciones normativas de distinta naturaleza; dicho de otra manera, la norma de transposición nacional contendrá a su vez preceptos normativos de tres tipos diferenciados, pues deberá recoger en todo caso normas aplicables a las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria con dirección central en territorio del propio estado⁶¹⁷, disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas situados en el territorio del propio estado pertenecientes a las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria y finalmente disposiciones aplicables a ambos casos.

Conforme a estas previsiones y en beneficio del principio de seguridad jurídica, el legislador español ha dividido la Ley 10/97 en cuatro títulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales, lo que permite una mejor comprensión del fenómeno y favorece la claridad expositiva. El Título preliminar define el objeto de la normativa comunitaria, su ámbito de aplicación y fija una serie de conceptos de especial relevancia para la correcta interpretación de la norma. El Título primero establece las disposiciones aplicables a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con dirección central en territorio español. El Título segundo, el más breve, contiene las disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, independientemente de donde esté ubicada su dirección central. El Título tercero establece normas de tutela de los derechos de información y consulta de los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria.

616. Sus conclusiones fueron aprobadas el 10 de Julio de 1995.

617. Recordamos que en este caso deberemos incluir también las empresas o grupos de empresa nacionales y aquellos de terceros países que hayan decidido designar a la dirección española como dirección central de la empresa en el territorio comunitario, o en defecto de designación, cuando la empresa o grupo de empresa disponga en nuestro país de los centros de trabajo con mayor peso en el conjunto del territorio comunitario, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3.6 LIC en concordancia con el artículo 4.2 Directiva CEU: " Dirección central, la dirección de la empresa de dimensión comunitaria o, en el caso de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, la de la empresa que ejerza el control.

Cuando la dirección central de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria no esté situada en un Estado miembro, se considerará como dirección central a efectos de la presente Ley al representante de la misma en el Estado miembro que, en su caso, se designe por ella.

En defecto de designación de representante, se considerará como tal a la dirección del centro de trabajo de la empresa o a la dirección central de la empresa del grupo que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro."

2.1. Objeto y ámbito de aplicación

En el Título preliminar se contienen una serie de definiciones fundamentales que consideramos constituyen el eje central de los éxitos conseguidos por el grupo de trabajo, al asegurar una homogeneidad de conceptos de relevante trascendencia jurídica, sin los cuáles los objetivos perseguidos con la acción normativa comunitaria se hubiesen sin duda frustrado. Estas definiciones conceptuales se corresponden con las disposiciones establecidas por Directiva CEU en la Sección 1^ª bajo la rúbrica Disposiciones generales, preceptos de cuya formulación puede intuirse una clara vocación imperativa. Si como se ha manifestado la Directiva CEU se caracterizaba por establecer fundamentalmente relaciones de supletoriedad⁶¹⁸ y complementariedad⁶¹⁹ respecto de las normas nacionales de transposición, con el objetivo de garantizar el respeto de los modelos tradicionales nacionales en cumplimiento del principio de subsidiariedad vertical⁶²⁰, no es menos cierto que era inevitable realizar una delimitación general de los perfiles que deben definir el modelo comunitario de información y consulta, delimitación que justificaba la actuación normativa comunitaria, y que por tanto no podría realizarse sin reducir las posibilidades de intervención de la norma estatal.

Dicho lo anterior, y tratándose de un aspecto tan relevante como la propia definición de los objetivos de la regulación normativa objeto de estudio, no acaba de ser entendido cómo el legislador español no ha podido resistirse a la tentación de modificar la letra de la Directiva. Sin embargo del texto del artículo 1 de la LIC no creemos que pueda adivinarse la intención de alterar la norma comunitaria. Como sabemos el objetivo declarado de ésta es “mejorar” los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de carácter transnacional⁶²¹; por el contrario, la norma nacional pretende “regular” estos derechos. Si como hemos supuesto el legislador nacional no pretendía alterar el mandato comunitario, ¿A qué se debe esta decisión?. Pudiera ser que desde el punto de vista del legislador español sea inviable mejorar unos derechos de información y consulta que simplemente no existen. Esta afirmación estaría plenamente justificada si tomamos en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría en otros Estados miembros, las empresas y los grupos de empresa de dimensión comunitaria con dirección central en nuestro país, no han sido proclives a firmar acuerdos voluntarios antes de la publicación de la Directiva⁶²². Sin embargo no debemos perder de vista que, en virtud de la

618. Mediante las técnicas de supletoriedad la norma comunitaria sólo se aplicará en defecto de norma interna.

619. La complementariedad se produce cuando la norma comunitaria encomienda a la norma estatal la regulación de determinados aspectos.

620. Al respecto vid. CORREA CARRASCO M. “Concurrencia y articulación...” op. cit., pág. 13.

621. La Directiva CEU en su artículo 1^º establece:

“La presente Directiva tiene por objeto la mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

Por su parte el artículo 1 de la Ley 10/1997 prescribe:

“La presente Ley tiene por objeto regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”

622. Con esta denominación hacemos referencia a toda una serie de experiencias convencionales, que con carácter previo a la aprobación de la Directiva, habían ido surgiendo en las empresas multinacionales de ámbito europeo, especialmente en las de origen alemán y francés, que preveían el establecimiento de mecanismos de información y consulta a nivel transnacional. Estos acuerdos de alguna manera han influido en el proceso de elaboración de las distintas propuestas de Directiva y en el resultado final del texto normativo comunitario. Sobre los mismos vid. GUARRIELLO F.: “Accordi di gruppo e struttura di rappresentanza europea”, GDLRL, núm. 53, 1992, pág. 24 y ss.; GOLD M. y HALL M.: “Evaluation de la pratique en matière d’information et consultation au niveau européen dans les entreprises multinationales”. Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. CEE. 1992. En nuestra doctrina: CRUZ VILLALÓN J.: “La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”. Relaciones Laborales, Tomo II/94, págs. 121 y ss.; DURÁN LÓPEZ F. y SÁEZ LARA C.: “El papel de la participación en la nuevas relaciones laborales”. Civitas. Madrid. 1997; GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ GORDILLO R.: “Grupo de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores”. Actitud Laboral, núm. 7/1999, págs. 147 y ss.

transnacionalidad de estos acuerdos y en aquellos supuestos en que las empresas incluidas en su ámbito de aplicación posean centros de trabajo en nuestro territorio, las prescripciones previstas en determinados acuerdos voluntarios han venido aplicándose también en los centros de trabajo españoles vinculados a los mismos. La norma estatal por tanto regulará, con carácter general para todas las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, unos derechos de información y consulta, que en algunas empresas y grupos de empresa habían sido puestos ya en práctica por vía convencional. Desde este nuevo punto de vista, no creemos que existan razones materiales suficientes que avalen la idoneidad de la aludida modificación del texto de la Directiva, pues la aportación normativa comunitaria realizada contribuye efectivamente a la mejora de los derechos de información existentes en estas empresas. Quizás tras la redacción de la LIC se esconde el reconocimiento implícito de la existencia de una importante, y cada vez menos justificada, carencia en nuestro sistema jurídico laboral, que la publicación de esta norma contribuye a evidenciar con mayor claridad⁶²³. Nos referimos a la falta de regulación de la representación de los trabajadores a nivel de grupo de empresa. Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, la representación de los trabajadores debe constituirse por mandato legal en los centros de trabajo, aunque en las empresas que así sea acordado podrá constituirse un Comité Intercentros a nivel de empresa⁶²⁴. Sin embargo no existe apoyo legal para constituir una representación legal que ejerza sus funciones para todos los trabajadores del grupo de empresas. Con ello, y a pesar de que la práctica convencional y la jurisprudencia de nuestros tribunales apuntan una tendencia cada vez más asentada, en favor de la atribución de similares derechos a estas representaciones, y valor normativo a los acuerdos por ellas suscritos; tras la aprobación de la LIC nos enfrentamos a una paradoja cuya pervivencia consideramos inaceptable, el ordenamiento jurídico español reconoce las representaciones de los trabajadores a nivel de grupo de empresas de dimensión comunitaria, al tiempo que ignora las representaciones de los trabajadores a nivel de grupo de empresas nacionales.

Sea como fuere, e independientemente de la polémica relativa a la semejanza de los objetivos previstos en la norma comunitaria y en la norma estatal, sí parece claro que los medios elegidos para alcanzar dichos fines, en ambos supuestos, son idénticos. A tales fines en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresa europeo deberá establecerse un mecanismo de información y consulta a los trabajadores. De alguna manera contradiciendo la afirmación realizada, debemos advertir que la flexibilidad con la que se ha concebido la regulación de los derechos de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria, permite diversas posibilidades de cumplimiento de aquélla, entre las que se incluye la eventualidad de un acuerdo de los trabajadores en contra de la creación del propio órgano.

El párrafo segundo del artículo 1 de la LIC obliga a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria a constituir un comité de empresa europeo o establecer un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. Para los supuestos de grupos de empresas múltiples, aquéllos que incluyen una o más empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, se prevé una norma especial. El comité de empresa o el procedimiento de información y consulta se constituirá al máximo nivel, salvo que se acuerdo lo contrario. Es decir será posible por acuerdo del grupo espe-

623. Numerosas han sido las ocasiones en que se ha puesto de manifiesto esta carencia, entre otros: CRUZ VILLALÓN J.: "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, Trotta, Madrid, 1992. Al respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores en acuerdos colectivos a nivel de grupo de empresas nacionales, vid. GORELLI HERNÁNDEZ J. y GÓMEZ GORDILLO R., op. cit., págs. 166 y ss.

624. Los artículos 62 y ss. ET y los artículos 8 y ss. LOLS prevén representaciones de los trabajadores a nivel de empresa o centro de trabajo.

cial de negociación constituir un comité o un procedimiento de información y consulta por cada empresa o grupo de empresa que forman parte de grupo de empresas múltiple⁶²⁵. Dicho lo anterior pudiera entenderse superfluo reiterar, tal como hace el artículo 2.2 de la LIC, que las competencias de estos órganos o procedimientos se extenderán al conjunto de los centros de trabajo de estas empresas o grupos en territorio comunitario, cuestión que entendemos está implícita en lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1. En cualquier caso, y puesto que la Directiva establece una regulación similar, debemos entender que lo dicho será siempre que haya sido creado un solo comité o procedimiento para la empresa o el grupo, ya que en los supuestos en que se hayan constituido varios conforme hemos visto más arriba, las competencias de los comités se limitarán a los centros de trabajo incluidos en su ámbito. Probablemente la previsión legal está pensando en la posibilidad de que en algunos supuestos existiera el interés de dejar sin cobertura a algún centro de trabajo específico por sus especiales características. Esta posibilidad queda al margen de las previsiones legales, ya que ningún acuerdo de constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta alternativo, podrá excluir de sus competencias a centro de trabajo alguno, siempre que forme parte la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria al que hace referencia el mencionado acuerdo.

2.2. Definiciones legales

Estados miembros. El artículo 3.1 LIC se ocupa de realizar la transposición de las definiciones realizadas por la Directiva CEU. En primer lugar se detiene a puntualizar el concepto de Estados miembros, aunque el texto normativo de la propia Directiva⁶²⁶ no realiza esta aclaración. Debemos recordar que si bien en un principio ambas normas excluían de su ámbito de aplicación a las empresas y grupos de empresa situadas en el Reino Unido de Gran Bretaña, con ello la Directiva se aplicaría sólo a once estados, tras la aceptación británica del Acuerdo sobre Política y Social y su posterior incorporación al Tratado de la Unión, la Directiva CEU y la LIC fueron modificadas con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación⁶²⁷. De otro lado tanto la posterior ampliación de la Unión Europea como la

625. El artículo 1.2 de la Directiva establece:

“A tal fin, en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria se constituirá un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta a los trabajadores, siempre que se haya formulado una petición en tal sentido de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 1 del artículo 5, a fin de informar y consultar a dichos trabajadores en las condiciones, según las modalidades y con los efectos previstos en la presente Directiva.” El hecho de que la constitución del comité o el establecimiento de un procedimiento de información y consulta se condicione a la petición de los trabajadores o sus representantes en la Directiva, y quede incondicionada por el párrafo segundo del artículo 1 de la LIC queda resuelto con la imposición de semejante condición realizada por el artículo 5.1 de la propia norma, sin embargo resta por resolver qué sucedería en los supuestos en que tal solicitud no sea presentada.

Por su parte el artículo 1.3 de la Directiva establece:

“No obstante lo dispuesto en el apartado 2, cuando un grupo de empresas de dimensión comunitaria en el sentido de la letra c) del apartado 1 del artículo 2 incluya una o más empresas o grupos de empresas que sean empresas de dimensión comunitaria en el sentido de la letra a) o c) del apartado 1 del artículo 2, el comité de empresa europeo se constituirá a nivel de grupo, salvo disposición en sentido contrario de los acuerdos a que se refiere el artículo 6”.

626. La versión originaria de la Directiva CEU realizaba esta identificación en el Considerando 1 de la Exposición de motivos.

627. La Directiva sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, fue modificada por la Directiva 97/74/CE, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE de 16 de enero de 1998), por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva CEU. De la misma manera y con el mismo objetivo, la LIC fue modificada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre.

inclusión de los países firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁶²⁸, conforma un ámbito de aplicación territorial que se extiende sobre un total de dieciocho estados, que a los efectos de la LIC serán considerados como Estados miembros⁶²⁹.

Empresa de dimensión comunitaria. En segundo lugar se define un concepto que a la postre consideramos fundamental para la aplicación de la Directiva. En nuestra opinión resultaba imprescindible situar con claridad y homogeneidad el concepto de empresa de dimensión comunitaria y de grupo de empresas de dimensión comunitaria, tomando como base la definición realizada por el artículo 2.1 de la Directiva, sin que las labores de transposición contribuyeran a distorsionar los contornos de esta figura. En concordancia con este objetivo la LIC define las “empresas de dimensión comunitaria” mediante dos criterios cuantitativos. El primero de carácter global, referido a la dimensión de la empresa en su conjunto, que mide el número de trabajadores que prestan servicio en la misma, sin tomar en consideración el centro de trabajo o el país en los que se realiza esta prestación. Conforme a este criterio, la Directiva CEU será aplicable a las empresas que empleen a mil trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros⁶³⁰. El segundo requisito alterna el componente cuantitativo con otro de carácter geográfico. La letra b del artículo 3.2 LIC exige que la empresa posea centros de trabajo en al menos dos Estados miembros, y que cada uno de estos centros de trabajo ocupen a un mínimo de ciento cincuenta trabajadores. Se trata de un criterio de naturaleza distributiva.

La aplicación consecutiva de los requisitos que acabamos de ver perfila un determinado tipo de empresa. Con la intención de no perjudicar a las pequeñas y medianas empresas⁶³¹, se excluyen todas aquellas que ocupen a menos de mil trabajadores en el conjunto de los Estados miembros. Aunque la bondad de los objetivos no se discute, creemos que el límite establecido puede considerarse adecuado en aquellos estados que poseen una estructura empresarial compuesta por empresas de gran tamaño, pero quizás se muestre excesivo para países con estructura empresarial similar a la española caracterizado por una gran concentración de pequeñas y medianas empresas. Por otra parte, se exige que la empresa sea transnacional en el sentido que establece la LIC, es decir, la empresa deberá estar ubicada en al menos dos Estados miembros. Esta exigencia deriva, como hemos visto con anterioridad, de la propia naturaleza, y del espíritu que inspiraron la aprobación de la normativa comunitaria. Sin embargo no basta con que la empresa tenga centros de trabajo en varios Estados miembros, se exige además que estos centros de trabajo sean de una cierta dimensión, excluyendo con ello a aquellas empresas que posean pequeñas delegaciones comerciales en distintos estados, aunque en nuestra opinión, también aquí el umbral elegido parece demasiado elevado.

628. Recuérdese que la Directiva CEU será también aplicable a los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo desde el 22 de junio de 1995.

629. Tras la reforma operada por la Ley 44/1999, el artículo 3.1 LIC incluye en el concepto “Estados miembros” a “los Estados miembros de la Unión Europea y el resto de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo” (Liechtenstein, Noruega, Islandia).

630. Pese a que quizás hubiese sido más conveniente que la Directiva hubiese también fijado con mayor precisión la forma de cálculo de la plantilla mínima, sin embargo el artículo 2.2 establece: “A efectos de la presente Directiva, la plantilla mínima de los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculada con arreglo a las legislaciones y/o las prácticas nacionales”.

631. Recuérdese que el artículo 137.2 del Tratado advierte que las directivas deberán evitar “... establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas”.

La Directiva remite el establecimiento de los procedimientos de cálculo del número de trabajadores, que en todo caso deberá incluir también a los trabajadores a tiempo parcial, a las legislaciones o prácticas nacionales. En cumplimiento de este mandato la LIC en su artículo 3.2 establece para las empresas de dimensión comunitaria, una norma de cálculo conforme a la cual, la plantilla a considerar será la media de trabajadores, fijos y eventuales, empleados durante los últimos dos años. Esta fórmula se completa con lo establecido en el artículo 25 LIC⁶³², en virtud del mismo se establecen dos nuevas reglas:

- a) Se computarán como trabajadores fijos aquellos trabajadores vinculados por un contrato de trabajo eventual cuya duración sea superior a dos años⁶³³.
- b) Los trabajadores vinculados por contrato de trabajo de duración determinada por períodos de hasta dos años se computarán en proporción al número de días trabajados en el período de dos años inmediatamente anterior a la fecha de inicio del proceso de negociación. De esta manera cada cuatrocientos días trabajados o fracción será considerado como un trabajador fijo más en plantilla.

A esta última regla se añade una cautela que actúa como límite. Cuando el cociente que resulte de dividir por cuatrocientos el número de días⁶³⁴ trabajados sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores⁶³⁵.

Grupo de empresas de dimensión comunitaria. Similares requisitos cuantitativos y geográficos prevé el artículo 3.4 LIC para los grupos empresa de dimensión comunitaria. Pero también la LIC delimita, a los efectos de su aplicación, el concepto de grupo de empresa. Para el artículo 3.3 LIC un grupo de empresa quedará integrado por “una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”. A su vez el artículo 4 LIC se ocupa de definir los conceptos referidos más arriba, es decir, el de “empresa que ejerce el control” y el de “empresa controlada”.

Reconocer la identidad de la empresa que ejerce el control es, a los efectos de aplicación de la Directiva CEU, de singular importancia por diversas razones. Es fundamental para reconocer la existencia de un grupo de empresa de dimensión comunitaria, pero también para identificar el destinatario de la mayoría de las obligaciones establecidas por la Directiva, para determinar el nivel en que debe constituirse el comité de empresa europeo, y finalmente, sirve para determinar la ley nacional

632. Como ya hemos advertido con anterioridad, el Título II de la LIC establece una serie de disposiciones aplicables sólo a los centros de trabajo y empresas ubicados en España, que forman parte de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. El artículo 25 LIC, que regula la forma de cálculo del número de trabajadores, está incluido en el mencionado título.

633. Regla similar a la establecida por el artículo 72.2.a) ET para el supuesto de cálculo del número de trabajadores a los efectos de realización de elecciones a representantes unitarios. Recuérdese que en este supuesto se toman como trabajadores fijos los vinculados por contratos de duración determinada superior a un año y los fijos discontinuos. Aunque la LIC no hace referencia a estos últimos interpretamos que también deberán considerarse como “trabajadores fijos de plantilla” en igualdad de condiciones.

634. El artículo 25.2 LIC realiza la oportuna aclaración respecto al concepto de día trabajado, entre los que deberemos contabilizar tanto los días trabajados efectivamente como los de descanso semanal, festivos y vacaciones. En sentido similar vid. artículo 9.4 del Reglamento de Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa.

635. Regla similar a la establecida por el artículo 9.4 in fine del Reglamento de Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa. En nuestra opinión las diferencias existentes en los textos de ambas regulaciones no deben inducirnos a realizar interpretaciones diversas.

aplicable. Sin embargo el legislador comunitario no realiza una delimitación cerrada que permita fijar con exactitud cuándo una empresa ejerce el control sobre otra.

El artículo 3.1 de la Directiva entiende que una empresa ejerce el control sobre otra cuando “pueda ejercer una influencia dominante sobre otra, por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos”. Los términos generalistas y ejemplificativos utilizados se completan con las siguientes presunciones que pretenden contribuir a esclarecer la existencia del control al que hemos hecho referencia con anterioridad. Según establece el artículo 4.2 LIC se presumirá, “que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente:

- a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, o
- b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa, o
- c) pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa.”

La regulación que acabamos de examinar permite a los Estados miembros realizar las labores de transposición a los derechos internos con gran discrecionalidad, dejando en manos de las legislaciones nacionales la posibilidad de introducir reglas específicas en estas materias. Esta posibilidad cobra una especial trascendencia ya que en virtud del artículo 3.6 de la Directiva la “legislación aplicable a fin de determinar si una empresa es una empresa que ejerce el control será la legislación del Estado miembro que regule a dicha empresa”. Este principio general pretende evitar la aparición de conflictos de leyes entre las distintas normas de transposición, pero en nuestra opinión, no resulta suficiente para cubrir los problemas que pudieran derivar de la existencia de diversas reglas en cada uno de los Estados miembros.

Nuestro legislador nacional ha hecho un uso muy limitado de la facultad de establecer reglas específicas. La LIC ha transcrito las presunciones *iuris tantum* previstas en la Directiva sin añadir nuevas posibilidades. De otra parte ha seguido las indicaciones realizadas por el grupo de expertos, en el sentido de completar la relación de jerarquía⁶³⁶ que pretendía resolver los conflictos que puedan producirse, cuando en aplicación de las antedichas presunciones, distintas empresas puedan ser consideradas como empresas que ejercen el control sobre la misma empresa controlada; y finalmente, reitera las dos exclusiones referidas a determinadas sociedades, y a los supuestos de los mandatarios que ejercen funciones en sociedades declaradas en quiebra o suspensión de pagos. A pesar de los esfuerzos realizados, el orden jerárquico establecido no podrá resolver todos los problemas que podrán presentarse en virtud de la indeterminación y flexibilidad que impera en la definición de control prevista⁶³⁷

636. El artículo 4.2 in fine LIC establece una clara relación jerárquica que permite identificar la empresa que ejerce el control, cuando conforme a los requisitos establecidos por el artículo 4.2 varias empresas puedan ser consideradas como empresas que ejercen una influencia dominante. En este punto la LIC introduce una relación jerárquica más completa respecto a la prevista en la Directiva, que en nuestra opinión contribuye a resolver los problemas de aplicación de la norma comunitaria que podrían presentarse cuando la concurrencia se produjese entre una empresa que cumpliera el requisito a) y otra que cumpliera el requisito b), ya que el artículo 3.7 de la Directiva sólo establecía una preferencia del requisito c) sobre los anteriores. En este aspecto la LIC recoge las recomendaciones realizadas por el grupo de expertos creado para la transposición de la Directiva.

637. En el mismo sentido vid. MOLINA NAVARRETE C. “La regulación del comité europeo de empresa: puntos críticos”. Revista de Estudios Financieros, nº 188, pág. 66.

o, en otro sentido, por el establecimiento de nuevos criterios por las leyes de transposición que obligarán a comparar las distintas normas nacionales para poder establecer la existencia de control de una empresa sobre otra.

Los representantes de los trabajadores. La determinación de la forma de elección o designación de los representantes de los trabajadores se remite también a las legislaciones o prácticas nacionales. Por tanto es responsabilidad de cada Estado miembro determinar los sistemas de elección o designación, así como los requisitos que deberán cumplir quienes pretendan ostentar la condición de representantes de los trabajadores. Estas normas serán aplicables para designar o elegir en su territorio a los representantes de los trabajadores en el grupo especial de negociación y, en su caso, en el comité de empresa europeo. Es decir en un mismo grupo especial de negociación concurrirán representantes elegidos o designados conforme a diferentes criterios⁶³⁸. Aunque como estamos diciendo la Directiva remite a las legislaciones de los Estados miembros esta materia, éstas deberán respetar algunas reglas generales:

- En las empresas o centros de trabajo donde no exista representación de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad, y siempre que estas causas no estén relacionadas con legislaciones o prácticas nacionales que fijen umbrales mínimos para la elección de representaciones, la norma de transposición deberá garantizar el derecho de estos trabajadores a elegir o designar sus representantes en el grupo especial de negociación⁶³⁹.
- Las legislaciones nacionales podrán prever, cuando lo estimen oportuno, que la representación de los trabajadores responda en una proporción equilibrada a las diferentes categorías de trabajadores representadas⁶⁴⁰.

En cumplimiento del mandato realizado por la Directiva, la LIC reconoce la cualidad de representante de los trabajadores a aquellos que ostenten tal condición conforme a las legislaciones o prácticas nacionales. Es decir, cuando la dirección central de la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria esté situada en nuestro país, los representantes de los trabajadores de los Estados miembros donde la empresa o el grupo de empresa tenga centros de trabajo, serán aquellos que su propia legislación nacional prevea. En correspondencia con lo anterior, cuando la dirección central de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria no esté situada en nuestro país, los representantes de los trabajadores que prestan sus servicios para aquella empresa en centros de trabajo situados en territorio español, serán aquellos que están previstos en el artículo 26 LIC, que en concreto podrán ser tanto representantes sindicales conforme a la LOLS, como delegados de personal o miembros del comité de empresa. Dejamos para su apartado correspondiente el análisis de las modalidades de elección o designación de los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

638. Como hemos dicho los Estados miembros gozarán de una gran libertad para regular los procedimientos de elección o designación de los representantes de los trabajadores y los requisitos que éstos deberán cumplir. Por tanto las normas nacionales de transposición podrán reconocer la cualidad de representantes de los trabajadores a los miembros de representaciones de distinta naturaleza y ámbito: representantes sindicales, a los representantes del personal en el centro de trabajo, en la empresa o en el grupo de empresas, representantes elegidos o designados "ad hoc", o cualquier otra forma de representación.

639. Vid. artículo 5.2.a) de la Directiva.

640. Vid. Considerando 16 de la Directiva.

Dirección central. La determinación de la Dirección central se convierte en un hecho de naturaleza trascendental por cuanto ésta, a los efectos de la aplicación de la Directiva, será responsable del cumplimiento de las obligaciones⁶⁴¹ fundamentales establecidas por la norma comunitaria. EL artículo 3.6 LIC, en concordancia con lo establecido por la Directiva⁶⁴², prevé dos supuestos. En primer lugar, cuando la dirección central de la empresa o el grupo de empresas estén situados en el territorio de un Estado miembro, la dirección central de la empresa, o en su caso la dirección central de la empresa que ejerce el control del grupo de empresas, serán consideradas como “dirección central”, a los efectos previstos en la ley, y por tanto, pasarán a desempeñar el papel reservado a éstas en la LIC. En segundo lugar, en los supuestos en que la dirección central de una empresa o de un grupo de empresas estén situados en el territorio de un tercer país, es decir un estado que no perteneciese a la UE o al Espacio Económico Europeo, la empresa o el grupo de empresa deberá designar un representante de la dirección central en un Estado miembro, que a los efectos de la LIC ejercerá las funciones asignadas por ésta a la “dirección central”. Esta segunda opción plantea algunas dificultades por lo que respecta a las posibilidades de exigir el cumplimiento de la obligación de designar el representante de la dirección central en un Estado miembro, ya que en estos supuestos el responsable del incumplimiento se localizaría en un tercer estado, en el que evidentemente, las normas de derecho comunitario pierden su fuerza de obligar. Por ello, el artículo 3.6 in fine ha previsto una alternativa que se aplicará de manera automática en caso de incumplimiento. Cuando no se produzca la designación comentada, se considerará como tal, la dirección central del centro de trabajo perteneciente a la empresa, o en su caso la dirección central de la empresa del grupo de empresas de dimensión comunitaria, que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro⁶⁴³.

Consulta. A pesar de que como es conocido el objeto de la Directiva es la mejora de los derechos de información y consulta a nivel transnacional, la norma comunitaria ha querido ofrecer una definición del concepto consulta, absteniéndose de ofrecernos una definición del término información. El artículo 3.7 LIC define la consulta como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo social entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado”. En nuestra opinión la definición legal no contribuye a reducir las posibilidades de aparición de conflictos interpretativos en torno al concepto consulta, pues las referencias realizadas a términos tan escurridizos como diálogo social o nivel de dirección más apropiado, introducen un cierto grado de inseguridad jurídica⁶⁴⁴. Si bien debemos reconocer que en este sentido la LIC se limita a reiterar lo establecido en la Directiva⁶⁴⁵. En cualquier caso como ya se ha advertido⁶⁴⁶, la definición normativa constituye simplemente una descripción, poco detallada, de un procedimiento de actuación. Con ello no se resuelve de una manera definitiva la determinación normativa de las obligaciones de cada una de las partes implicadas en el procedimiento de consulta. A falta de previsión legal, la determinación de estos extremos deberá realizarse vía convencional, o quedará determinada por la práctica desarrollada por los comités de empresa europeos o en los procedimientos alternativos de información y consulta.

641. Las establecidas en los artículos 4.1, las del artículo 5.1 y las disposiciones subsidiarias del Anexo de la Directiva.

642. Vid. artículos 2.1.e) y 4.3 de la Directiva.

643. Similar previsión se contenía en el artículo 4.3 de la Directiva.

644. Al respecto del concepto diálogo social vid. GORELLI HERNÁNDEZ J.: “El diálogo social en la Unión Europea: Incidencia en el sistema de fuentes del derecho”. *Temas Laborales*, núm. 55/2000, págs. 45-72.

645. Vid. artículo 2.1.f) de la Directiva.

646. Vid. conclusiones del grupo de expertos.

Comité de empresa europeo. Para definir el concepto de comité de empresa europeo la norma comunitaria hace referencia a dos tipos de órganos colegiados, precisamente a aquellos que se constituyan conforme se establece en el artículo 1.2 de la Directiva, o en las disposiciones subsidiarias contenidas en el Anexo. Como no podría ser de otra manera, dado los términos imperativos que en esta materia utiliza la Directiva, la LIC ha establecido similares regulaciones respecto del comité de empresa europeo. Para el artículo 3.8 LIC serán comités de empresa europeos aquellos que sean constituidos en virtud de los artículos 12 y 16, es decir, aquellos órganos constituidos mediante un acuerdo de la comisión negociadora que cumplan los requisitos mínimos establecidos por el artículo 12, o aquellos constituidos conforme a las normas subsidiarias contenidas en el capítulo II de la LIC cuando concurren las circunstancias que habilitan para la aplicación del mismo previstas en el artículo 15 de la LIC⁶⁴⁷. Dejamos los comentarios sobre las normas que regulan estos órganos para un momento posterior cuando pasemos a estudiar las normas aplicables a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con dirección central en España.

Comisión negociadora. Finalmente el artículo 3.9 LIC define la Comisión negociadora, de manera similar a como ya había hecho para definir el comité de empresa europeo, remitiéndose a lo previsto en el artículo 8 LIC, por tanto la Comisión negociadora será el grupo de representantes de los trabajadores constituido conforme al mencionado artículo, con el objeto de negociar con la dirección central la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. Se altera con ello la tradicional inclinación del ordenamiento jurídico laboral español, que había venido considerando las comisiones negociadoras como órganos colegiados en cuyo seno participan, tanto los representantes del empresario como los representantes de los trabajadores. En este supuesto, una vez más siguiendo lo establecido en la Directiva, la comisión negociadora estará compuesta únicamente por los representantes de los trabajadores, opción que puede conducir a algún error de interpretación. Como ya hemos hecho con anterioridad volvemos a remitir el estudio de la comisión negociadora a un momento posterior.

2.3. Disposiciones aplicables a las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria con dirección central en España

En este punto debemos realizar una puntualización que creemos necesaria antes de continuar el estudio de la normativa sobre derechos de información y consulta. Con anterioridad hemos reiterado la distinta naturaleza de las normas que conforman la Directiva y la propia LIC. Estas normas pueden dividirse en dos grandes grupos en función del ámbito de aplicación de las mismas: normas de carácter nacional y normas de carácter transnacional. Por otra parte, hemos hecho referencia también a otra clasificación que atiende al grado de imperatividad con el que han sido dictadas las normas contenidas en la Directiva, es decir, a la manera de relacionarse Directiva y norma de transposición nacional. En nuestra opinión existe una cierta tendencia a mezclar ambos planos normativos, asociando dos criterios, transnacionalidad e imperatividad, que atienden a aspectos de distinta naturaleza. Ambas características podrán concurrir en algunas normas, lo que en ningún caso quiere decir que exista una

647. Estas circunstancias habilitantes son:

Cuando se acuerde por la comisión negociadora y la dirección central.

Cuando la dirección central rechace la apertura de negociaciones, pasados seis meses de la solicitud de iniciación de las mismas.

Cuando no sea posible alcanzar un acuerdo pasados tres años de la solicitud de iniciación de la negociación.

relación directa entre ambas. Prueba de ello será la existencia de normas imperativas de ámbito nacional⁶⁴⁸ y normas transnacionales dotadas de un alto grado de discrecionalidad⁶⁴⁹.

Dicho lo anterior iniciamos el estudio de las normas contenidas en el Título primero de la ley, y por tanto, de aplicación exclusiva a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con dirección central en España y a los trabajadores que presten sus servicios en los centros de trabajo de estas empresas, y a las empresas de los citados grupos, independientemente del Estado miembro en el cual se encuentren ubicados⁶⁵⁰. Los trabajadores que realicen su prestación de servicios en nuestro país para empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central se encuentre en otro Estado miembro, no se verán afectados por éstas. Con respecto a las materias que vamos a estudiar les será de aplicación lo previsto en la norma nacional del Estado miembro en el cual se ubique la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria para la que trabaja. La mayoría de las disposiciones previstas por la LIC tienen este carácter transnacional y suponen un buen número de obligaciones de cuyo cumplimiento serán responsables las direcciones centrales de las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria⁶⁵¹.

Las obligaciones de la Dirección central. La Sección II de la Directiva se inicia con la atribución al empresario de la responsabilidad de constitución del Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores. El sujeto responsable queda individualizado en la Dirección central de la empresa que, según hemos visto, se determinará conforme a lo previsto en el artículo 2.e) y 4.2 de la Directiva. El legislador español, siguiendo en este punto a la norma comunitaria, responsabiliza a la dirección central de establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores⁶⁵². Como podremos ver más adelante, la obligación de la dirección central se limita a impulsar el inicio del proceso de negociación, poner a disposición de los miembros de la comisión negociadora los medios necesarios y crear las condiciones que permitan el inicio y desarrollo de las negociaciones que deberán concluir en un acuerdo. Se trata por tanto de una obligación que, en principio, se concretará en dos aspectos de indudable naturaleza instrumental.

De un lado la asunción de los gastos que el proceso negociador pueda ocasionar, obligación que prevé específicamente el artículo 11.4 LIC, y que deberá incluir al menos, los derivados de la elección

648. A modo de ejemplo, el artículo 8.1 de la Directiva contiene un mandato imperativo que los Estados miembros deberán incluir en sus legislaciones de transposición y cuyo alcance será meramente nacional: "Los Estados miembros preverán que los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo, así como los expertos que, en su caso, les asistan, no estarán autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial". Así lo ha transcrito fielmente el artículo 22 LIC.

649. A modo de ejemplo, el artículo 1.5 de la Directiva contiene una norma de alcance transnacional y su contenido es claramente dispositivo para los Estados miembros: "Los Estados miembros podrán disponer que la presente Directiva no se aplique al personal que preste servicios a bordo de los buques de la marina mercante". Para el caso español, la LIC no ha hecho uso de esta posibilidad de exclusión, de manera que el personal que preste servicio a bordo de buques de la marina mercante para empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria con dirección central en nuestro país se verá afectado por la LIC, independientemente del Estado miembro de la comunidad en el que presten servicios.

650. Vid. artículo 5 LIC.

651. Para el grupo de expertos estas normas constituyen "la esencia de las medidas de aplicación de la Directiva y el núcleo duro de las obligaciones impuestas a las empresas y a los grupos de dimensión comunitaria". Informe – Resumen sobre los trabajos del Grupo Información y Consulta creado para la transposición a los derechos nacionales de la Directiva 94/45/CE, pág. 3. Ejemplar mecanografiado.

652. Vid. artículo 6 LIC.

o designación de los miembros de la comisión negociadora, los ocasionados por la celebración de las reuniones de la comisión negociadora⁶⁵³ –interpretación, manutención, alojamiento, viajes- y los ocasionados por la designación de un experto que asista a la comisión en sus funciones. Consideramos que este listado tiene carácter abierto, ya que la dirección central deberá, en todo caso, proporcionar los recursos financieros y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento de la comisión negociadora⁶⁵⁴.

De otro lado, pueden identificarse una serie de obligaciones, también instrumentales, relacionadas con labores de impulso o cooperación del proceso de negociación y de creación estrictamente legal⁶⁵⁵. En principio, y salvo que la dirección central decida iniciar de motu proprio el proceso negociador⁶⁵⁶, estas obligaciones no serán exigibles hasta el momento en que los representantes de los trabajadores hayan solicitado el inicio del proceso de negociación. Una vez presentada esta solicitud y comprobado que reúne los requisitos exigidos, la dirección central deberá, en primer lugar, dirigirse a sus direcciones en los Estados miembros al objeto de que pongan en marcha el proceso de elección o designación de los miembros de la comisión negociadora⁶⁵⁷. Constituida⁶⁵⁸ la comisión negociadora la dirección central convocará una primera reunión para iniciar las negociaciones⁶⁵⁹. La convocatoria deberá ser realizada en un plazo inferior a seis meses, el incumplimiento de esta obligación dará paso a la aplicación de las normas subsidiarias contenidas en el Capítulo II LIC⁶⁶⁰. Y finalmente la dirección central deberá negociar de buena fe⁶⁶¹, con vistas a la obtención de un acuerdo, según establece el artículo 10.1.

Legitimación para iniciar el procedimiento de negociación. Los artículos 5 de la Directiva y 7 LIC prevén dos vías alternativas de inicio del procedimiento de negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores. De un lado la propia dirección central, a iniciativa propia, podrá iniciar las actuaciones dirigidas a la constitución de la comisión negociadora, dando así comienzo el referido procedimiento negociador. Por otra parte, los trabajadores también podrán poner en marcha este proceso presentando una solicitud por escrito dirigida la dirección central, directamente o a través de las direcciones

653. Recuérdese que conforme establece el artículo 11.2 LIC la comisión negociadora “tendrá derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba celebrar con la dirección central, sin la presencia de ésta”, derecho de reunión previa de gran importancia no prevista expresamente en la Directiva.

654. Vid. artículo 11.4 LIC. Por otra parte, el artículo 5.6 de la Directiva tras establecer el principio general conforme al cual la dirección central correrá con los gastos de funcionamiento de la comisión negociadora, dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de “fijar las normas relativas a la financiación del funcionamiento de la comisión negociadora pudiendo en particular, limitar la financiación a un solo experto”.

655. La Directiva no establecía directamente estas obligaciones.

656. El artículo 7.3 LIC otorga también a la dirección central de la empresa la legitimación para iniciar el procedimiento negociador para la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta, posibilidad también prevista en el artículo 5.1 de la Directiva.

657. Vid. artículo 8.1 de la Directiva. Conforme al mismo, la elección o designación de los representantes de los trabajadores de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

658. Aunque el texto del artículo 8.2 LIC hace referencia al concepto “constitución”, creemos que hubiera sido más correcto hacer uso de otros como “designación” o “elección”, ya que la constitución formal de la comisión negociadora no podrá ser efectiva en tanto no se produzca su primera reunión.

659. Vid. artículo 8.2 LIC.

660. Vid. artículo 15.b) LIC.

661. Sobre la obligación de negociar de buena fe recuérdese que la Directiva en su artículo 6.1 obligaba a los negociadores a realizar su función “...con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y la consulta a los trabajadores mencionadas en el apartado 1 del artículo 1”, concepto que probablemente no sea equiparable al concepto, más conocido por nuestra tradición normativa laboral, de “buena fe”.

locales de los centros de trabajo en los que realicen su prestación⁶⁶². Para que esta solicitud escrita surta los efectos deseados, debe ser avalada, como mínimo, por cien trabajadores o por sus representantes. Estos trabajadores deberán realizar su prestación laboral en dos Estados miembros diferentes. La redacción realizada tanto por la Directiva como por la LIC, puede inducir a errores en la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos. En primer lugar creemos que será necesario la participación de los representantes de cien trabajadores, y en ningún caso, cien representantes. Aún así, no nos queda suficientemente claro la manera de acreditar la relación existente entre el número de representantes y el número de representados. En el caso de un centro de trabajo español⁶⁶³, si bien no debe existir ningún problema cuando la solicitud haya sido presentada por el conjunto de los miembros de la representación unitaria, en los supuestos en que esta solicitud sea avalada sólo por la mayoría de ésta o por representaciones sindicales, el problema adquiere nuevos perfiles. En segundo lugar, parece que el requisito de pertenecer a dos Estados miembros diferentes se refiere tanto a los representantes, como a los representados, y que el mínimo, se refiere al sumatorio de ambos estados, es decir, se precisan cien en total, y no cien en cada Estado miembro; sin embargo, parece que lano se exige ningún tipo de proporcionalidad, es decir, al límite sería admisible una solicitud presentada por 99 trabajadores de un Estado miembro, o sus representantes, y 1 trabajador de otro Estado miembro, o sus representantes. Aunque consideramos admisibles este tipo de solicitudes, no podemos ignorar que vulneran el espíritu de la norma.

Lícita negativa a iniciar negociaciones. La dirección central también podrá negarse lícitamente, y con ello sin riesgo de que se le apliquen las normas subsidiarias contenidas en el Capítulo II LIC, a iniciar el proceso de negociación, cuando concurran las causas previstas al efecto por la Directiva⁶⁶⁴. El artículo 7.2 LIC ha sistematizado éstas, elaborando un listado, en nuestra opinión cerrado⁶⁶⁵, que incluye cuatro casos en los que la dirección central podrá dejar de atender la solicitud de inicio del procedimiento de negociación:

- a) "Cuando la empresa o el grupo no reúnan el número de trabajadores exigido para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta". Entendemos que aunque el texto anterior hace referencia, en singular, al "número" de trabajadores, la intención del legislador es reiterar que la Directiva sólo será aplicable a las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, es decir, aque-

662. En este apartado nos parece más clara la redacción realizada por el artículo 7 LIC que la originaria establecida en el artículo 5 de la Directiva.

663. En el caso de centros de trabajo de otros Estados miembros la situación se complicaría considerablemente pues aunque la norma aplicable sería la LIC, creemos que para medir la representatividad de los representantes de los trabajadores deberá atenderse a lo establecido por las normas nacionales sobre representación de los trabajadores.

664. La norma comunitaria no establece una lista de causas lícitas, éstas aparecen dispersas en el texto de la misma, así el artículo 5.5 de la Directiva hace referencia al plazo de dos años que deberá concurrir entre dos peticiones cuando la primera negociación se hubiese anulado por acuerdo de la comisión negociadora; el artículo 13 de la Directiva exime de las obligaciones impuestas por la Directiva a las empresas y grupos de empresas en los que ya existiese un acuerdo sobre la materia; y finalmente a sensu contrario, debemos interpretar que las direcciones centrales de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria en los que no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2, con respecto a las dimensiones, y 5.1, con respecto a la cumplimentación de la solicitud de inicio de negociaciones, podrán negarse a iniciar negociaciones, ya que no estarán sometidas a ninguna de las obligaciones previstas en la norma comunitaria.

665. El artículo 7.2 LIC especifica con claridad como la dirección central "sólo" podrán negarse al inicio de las negociaciones en los casos allí previstos. Sin embargo, quizás haya olvidado incluir algún otro supuesto que consideramos también razonable: la posibilidad de que el proceso de constitución de la comisión negociadora haya comenzado con otros representantes o a otros niveles en el caso del grupo de empresas, o por propia iniciativa; la falta de representatividad de los representantes que presentan la solicitud; la vigencia de un acuerdo de los previstos en la Disposición adicional primera.

llos que cumplan los requisitos, en plural, referidos al número de trabajadores y al número de Estados miembros, previstos en los artículos 3.2.a) y b), para las empresas de dimensión comunitaria, y 3.4.a), b) y c), para los grupos de empresas de dimensión comunitaria.

- b) “Cuando la petición no reúna el número de firmas exigido”. Es decir, cuando no se haya cumplido con el requisito previsto en el artículo 7.1 LIC., por insuficiencia de legitimación respecto tanto del número de trabajadores, como en consideración al número de representantes de los trabajadores.
- c) “Cuando una comisión negociadora hubiera adoptado las decisiones a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 y no hubiera transcurrido el plazo previsto en el mismo”. El precepto hace referencia al supuesto en que una comisión negociadora hubiese concluido un acuerdo, por mayoría de dos tercios de sus representantes, en virtud del cual se decidiera, o bien no iniciar las negociaciones, o bien anular las ya iniciadas. El propio artículo establece un plazo de dos años, aunque éste puede ser reducido por las partes interesadas. Como hemos visto el artículo 7.2.c), exclusivamente se refiere al plazo previsto por la LIC, no haciendo referencia expresa a la posibilidad de establecimiento por vía convencional de un plazo menor. Este olvido legal no debe hacernos excluir esta posibilidad prevista en el artículo 10.2 LIC. De esta forma, en los supuestos en que así se haya pactado, será posible iniciar nuevamente el proceso de negociación una vez se haya cumplido el plazo convencionalmente acordado, independientemente de que el plazo legal, más largo, no hubiese llegado a término. Por lo que respecta al tipo de acuerdo, la LIC no aclara si quiénes son las partes legitimadas para acordar el establecimiento del plazo inferior. El artículo 10.2 legitima a “las partes interesadas”, aunque no identifica quienes puedan serlo. Creemos que la dicción legal pretende otorgar esta facultad a la dirección central y a los miembros de la comisión negociadora. Por otro lado tampoco se clarifica si en esta materia opera la exigencia de mayoría de dos tercios, entre los miembros de la comisión negociadora, mencionada anteriormente. En ausencia de previsión legal expresa, defendemos la aplicación de la regla general establecida en el artículo 11.1, conforme al cual la comisión negociadora adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros, en perjuicio de cualquier interpretación que pretenda extender la exigencia de mayoría cualificada prevista en el artículo 10.2.
- d) “Cuando estuviera vigente un acuerdo celebrado al amparo de lo dispuesto en el artículo 12..” LIC. Es decir, cuando la dirección de la empresa y la comisión negociadora hayan acordado previamente, conforme a las normas establecidas por la LIC, constituir un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta. Aunque la LIC no ha previsto la posibilidad de vigencia de un acuerdo celebrado con anterioridad a la fecha prevista en su Disposición Adicional primera, que cumpliera los requisitos previstos en la misma, creemos ajustado recordar que en aquellos supuestos las obligaciones derivadas de la Directiva no serán exigibles, y con ello, se impone la lícita negativa a iniciar negociaciones.

Composición de la Comisión Negociadora. La regulación normativa relativa a la composición de la comisión negociadora se encuentra en los artículos 5.2 de la Directiva y 9 LIC. La norma comunitaria se limita a establecer una serie de directrices en esta materia que pretenden garantizar la representatividad de ésta, la participación de representantes de los trabajadores de todos los Estados miembros en el que la empresa tenga un establecimiento y la participación de miembros suplementarios cuyo número deberá ser proporcional al número de trabajadores empleados por la empresa de dimensión comunitaria en cada Estado miembro. Cada estado deberá garantizar el cumplimiento de estos

principios y establecer, conforme a sus legislaciones o prácticas nacionales, la forma de elección o designación de estos representantes en su territorio. En cumplimiento de estos principios, el artículo 9.a) de la LIC garantiza la participación en la comisión negociadora de un miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en el que se halle situado uno o más centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria con dirección central en España. En los Estados miembros donde estén situados los centros de trabajo de mayores dimensiones de estas empresas, medido con respecto al número de trabajadores, serán elegidos miembros suplementarios conforme a la escala prevista en el artículo 9.b)⁶⁶⁶. Se prevé también la posibilidad de asistencia a las reuniones de la comisión negociadora, en este caso con voz pero sin voto, de representantes de Estados no miembros donde la empresa o el grupo tengan centros de trabajo o empresas, aunque para ello será preciso que así sea acordado por la dirección central y la comisión negociadora. Con ello se abre la puerta a la posibilidad de ampliación del ámbito de aplicación de los acuerdos prevista en el artículo 2.2 in fine LIC. La regulación de la forma de designación o elección de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora será analizada en un momento posterior, cuando estudiemos las normas aplicables a los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Funciones de la comisión negociadora. Elegidos o designados los miembros de la comisión negociadora, su primera obligación será la de comunicar su composición a la dirección central y a las direcciones locales. Aunque así lo establecen los artículos 5.1.d) de la Directiva y 9.4 LIC, creemos que es posible exigir un mínimo de diligencia a las distintas direcciones de la empresa, y con ello, extraer un recíproco deber de información entre éstas instancias. Con ello, creemos suficiente una sola notificación a cualquier nivel de dirección de la empresa, sin que por ello puedan detraerse efectos negativos para la comisión negociadora.

Aunque como hemos dicho anteriormente el objetivo de la iniciativa normativa comunitaria sea, según estamos viendo, la constitución de un órgano o procedimiento para la información de los trabajadores, mediante un acuerdo entre la dirección central de la empresa y una representación de los trabajadores, la dinámica del proceso de negociación puede conducir a las partes hacia resultados, en principio diferentes a los deseados por la norma, aunque previstos en la misma. Es decir, aunque el legislador ha creído conveniente regular la posibilidad de establecer procedimientos de información y consulta transnacional en las empresas de dimensión comunitaria, esta intención no constituye más que una posibilidad, pues los representantes de la dirección de la empresa y los miembros de la comisión negociadora podrán acordar, éstos últimos por mayoría de dos tercios⁶⁶⁷, según establece el artículo 10.2 LIC en concordancia con el artículo 5.5 de la Directiva, no iniciar las negociaciones, o en su caso anular las negociaciones en curso, con la dirección central. De esta forma el establecimiento de estos derechos de información y consulta se convierte en una facultad cuyo ejercicio queda a disposición de la representación de los trabajadores. Aunque esta decisión lícitamente adoptada constituye

666. El artículo 9.b) LIC establece la siguiente escala para la elección de miembros suplementarios:

"... Un miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en que se hallen empleados desde el 25 por 100 hasta el 50 por 100 del total de los trabajadores de la empresa o grupo.

Dos miembros en representación de los trabajadores del Estado miembro en que se hallen empleados más del 50 por 100 y hasta el 75 por 100 del total de trabajadores de la empresa o grupo.

Tres miembros en representación de los trabajadores del Estado miembro en que se hallen empleados más del 75 por 100 del total de trabajadores de la empresa o grupo".

667. Compárese la mencionada previsión legal que exige mayoría cualificada para la validez de estos específicos acuerdos, con la regla general establecida en el artículo 11.1 LIC: "La comisión negociadora adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros ...".

una renuncia de derechos, debemos resaltar que su eficacia queda limitada en el tiempo, ya que la validez de este acuerdo se extiende por un período no superior a dos años, después de los cuales podrá iniciarse un nuevo proceso negociador según establece el artículo 10.2 in fine LIC. Tanto la Directiva como la LIC, como más arriba hemos dicho, prevén la posibilidad de acordar un plazo más corto.

Una vez que hemos visto los diferentes resultados a los que puede conducir el proceso negociador (un acuerdo mediante el que se establecen mecanismos de información y consulta a nivel transnacional, o por el contrario, un acuerdo que no considera conveniente acudir a éstos), pasamos a estudiar el contenido previsto por la regulación normativa para los primeros.

Contenido del acuerdo de constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. El acuerdo entre la comisión negociadora y la dirección central deberá determinar la forma de llevar a cabo la información y la consulta a los trabajadores de la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria⁶⁶⁸. En principio, los artículos 12 LIC y 6 de la Directiva abren dos posibilidades objeto de acuerdo, la primera presentada con un mayor grado de definición (comité de empresa europeo), la segunda plasmada con menor diligencia (procedimiento de información y consulta).

Parece claro que la intención del legislador es promocionar la constitución de órganos colegiados, permanentes, de representación a nivel de dirección central, para informar y consultar a los trabajadores sobre materias transnacionales de su interés⁶⁶⁹. Este órgano de representación recibirá el nombre de comité de empresa europeo. El acuerdo de constitución del mismo deberá incluir una serie de extremos establecidos en los artículos 6 de la Directiva y 12 LIC. En caso de que cualquier acuerdo no cumpliera con estos requisitos, estaríamos ante un incumplimiento de la Directiva y de la LIC, ello podría dar paso a la aplicación de las disposiciones subsidiarias. Formarán parte del contenido mínimo de estos acuerdos las siguientes materias:

- a) La identificación de las partes que lo conciertan. Es decir, será necesario que queden acreditadas las manifestaciones de voluntad en positivo de los miembros de la comisión negociadora, que en este caso decidirán por mayoría de sus miembros⁶⁷⁰, y de la dirección central de la empresa⁶⁷¹.
- b) La determinación de los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria o de las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria afectados por el acuerdo. Como ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad, la intención del legislador, nacional y comunitario, es constituir en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria un único comité de empresa europeo, sin embargo, éstas o aqué-

668. Vid. artículo 6.1 de la Directiva.

669. Creemos suficientemente claro que la intención normativa es favorecer estos órganos en detrimento de los procedimientos alternativos de información y consulta, pues como establece el Capítulo I de la LIC el procedimiento de información y consulta se configura como posibilidad "alternativa" a la constitución del comité de empresa; de otro lado, el recurso a las normas subsidiarias abre la puerta a la constitución de un comité de empresa europeo y no de un procedimiento de información y consulta, cuya implantación sólo será posible mediante acuerdo expreso.

670. Vid. artículos 11.1 LIC y 6.5 de la Directiva.

671. Este requisito no estaba previsto en la Directiva, pudiera entenderse que su inclusión por la normativa estatal contraviene lo dispuesto en la misma. En cualquier caso nos parece un requisito imprescindible para poder comprobar la legitimación de las partes firmantes.

llos sean a su vez empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, podrán constituirse distintos comités⁶⁷². En cualquier caso, el comité o los comités, deberán cubrir todos los centros de trabajo y todas las empresas de trabajo del grupo situados en los Estados miembros⁶⁷³.

- c) La composición del comité de empresa europeo, el número de sus miembros, su distribución y la duración de su mandato, así como los efectos que sobre ello se deriven de las modificaciones en la estructura de la empresa o grupo o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores. El respeto al principio de autonomía de las partes negociadoras obliga a otorgar a los sujetos negociadores la facultad de determinar estos extremos. Una primera lectura de la regulación de esta materia nos induciría a pensar que las partes son absolutamente libres de determinar el número de miembros del CEU, la composición y distribución de éstos y la duración de su mandato, que más convenga a sus intereses⁶⁷⁴, sin atenerse a los principios de proporcionalidad establecidos por Directiva y LIC para los miembros de la comisión negociadora. Creemos que interpretaciones de este tenor pueden dar lugar a situaciones indeseadas, en las que se frustrase los objetivos perseguidos con la aprobación de la Directiva. Quizás sería más conveniente, en garantía de los derechos del conjunto de los trabajadores de la empresa de dimensión comunitaria, considerar aplicables, también aquí, los requisitos establecidos para los miembros de la comisión negociadora, que permiten una distribución más equilibrada de la representación de los trabajadores, pues aunque atiende a criterios numéricos, no ignora otros aspectos como la pertenencia a distintos Estados miembros. Por otra parte, y aunque la regulación relativa a la duración del mandato de los representantes de los trabajadores permitiría incluso su elección o designación con carácter vitalicio, creemos que los principios que inspiran la representación de los trabajadores en el conjunto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros abonan una interpretación contraria. La duración del mandato deberá quedar determinada de antemano mediante criterios numéricos, y en cualquier caso, no sería adecuado para un buen funcionamiento del CEU, el establecimiento de períodos excesivamente cortos, pues se generaría inestabilidad y falta de credibilidad de los representantes; ni tampoco el establecimiento de períodos excesivamente largos que podrían suponer una cierta petrificación del órgano, por acomodo de sus componentes⁶⁷⁵. Creemos afortunada la referencia realizada con respecto a la previsión de procedimientos de actuación, en aquellos supuestos en los que, posibles modificaciones futuras de la estructura de la empresa o del grupo pudieran generar efectos sobre la composición, el número de miembros, su distribución, o la propia duración del mandato representativo. Si bien es cierto que la Directiva no prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales de transposición incluyesen nuevas previsiones sobre el contenido mínimo del acuerdo, como específicamente había hecho en otras materias, creemos que estas previsiones revisten un gran interés. Del mismo modo, entendemos necesaria la referencia legal, que pretende solucionar a priori, las dificultades que pudieran plantearse ante eventuales variaciones en la composición de los órganos

672. Vid. artículo 1.1 LIC y 1.2 de la Directiva.

673. Vid. artículo 2.2 LIC y 1.3 de la Directiva.

674. Conforme establece el Considerando 15 de la Directiva, de acuerdo con el principio de autonomía de las partes, corresponde a los representantes de los trabajadores y a la dirección de la empresa, adaptar el comité de empresa europeo o el procedimiento de información y consulta acordado, a sus intereses particulares.

675. Recuérdese que conforme establecen los artículos 2.1.d) de la Directiva y 3.1.5 LIC, los representantes de los trabajadores en el comité de empresa europeo serán los que ostenten tal condición de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

nacionales de representación de los trabajadores. En caso de falta de previsión convencional, nos encontraríamos ante supuestos de falta de legitimidad de algún representante del CEU, situación que generaría una constante inestabilidad en este órgano, pues es sobradamente conocido que los procesos de elección o designación de los representantes de los trabajadores en cada Estado miembro, se producen de manera independiente, sin que sea posible coordinarlos en el tiempo. El artículo 23 LIC ha previsto un procedimiento supletorio, aplicable en defecto de previsión convencional, que establece un procedimiento de actuación en aquellos supuestos en que la modificación, ya sea en la estructura de la empresa o en composición de las representaciones nacionales de los trabajadores, afecten significativamente a la representatividad del órgano. En estos supuestos se procederá a la renovación total o parcial del CEU, cuando así se solicite por cualquiera de las partes o mediante una petición que reúna los requisitos previstos para legitimar la solicitud de inicio de negociaciones⁶⁷⁶. En nuestra opinión no queda suficientemente claro la pertinencia de renovación del CEU a petición de la dirección central.

- d) Las atribuciones del comité de empresa europeo y el procedimiento de información y consulta al mismo. Como correspondería al cumplimiento de los objetivos originarios perseguidos por la norma comunitaria, el acuerdo deberá regular un procedimiento de información y consulta. Al objeto de garantizar el ejercicio de estos derechos deberá dotarse al comité de empresa europeo de una serie de atribuciones que deberán plasmarse en el acuerdo. Sin embargo, nada impide que éstas sean de mayor o menor intensidad, e incluso puedan establecerse nuevos derechos (negociación colectiva), por esta vía. En cualquier caso creemos que estas atribuciones y aquel procedimiento, deberán garantizar que todos los trabajadores de la empresa o del grupo, sean debidamente informados y consultados en caso de que las decisiones que les afecten sean adoptadas en un Estado miembro distinto de aquél donde trabajan⁶⁷⁷.
- e) El lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del comité de empresa europeo. Pudiera discutirse el interés de incluir estos pormenores en la redacción de los acuerdos de constitución del CEU, se trata de particularidades cuya determinación en un acuerdo de este tipo, quizás pueda considerarse excesiva. Sin embargo debemos defender esta opción normativa pues la ausencia de este tipo de prescripciones procedimentales puede poner en riesgo la propia efectividad de los derechos reconocidos.
- f) Los recursos materiales y financieros asignados al comité de empresa europeo para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Si bien los gastos ocasionados con motivo de las reuniones de la comisión negociadora serán soportados por la dirección central⁶⁷⁸, la determinación de los recursos financieros y materiales que serán asignados al CEU será objeto de negociación y formarán parte del contenido esencial del acuerdo de constitución del CEU. Consideramos importante que estas asignaciones sean fijadas en el propio acuerdo de constitución, con ello se evita la posibilidad de que la falta de recursos sirva de vía de presión contra el comité de empresa en momentos especialmente conflictivos.

676. Vid. artículo 7.1 LIC estudiado anteriormente.

677. Considerando 11 de la Directiva.

678. Vid. artículos 5.6 de la Directiva y 11.4 LIC.

- g) La duración del acuerdo y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación. La especial preocupación del legislador nacional sobre estas materias, en beneficio del principio de seguridad jurídica, ha forzado la reiteración posterior recogida en el artículo 14 LIC, en la que se prevén una serie de normas de aplicación supletoria, relativas a la vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo. De esta manera, en caso de que las partes negociadoras no regulen estas materias se aplicará el régimen jurídico previsto en el citado precepto, previsiones no previstas en la Directiva. Conforme al mismo los acuerdos tendrán una duración de cuatro años (o la duración que establezca el acuerdo), prorrogándose automáticamente por períodos de otros cuatro años indefinidamente (o por períodos iguales al de su vigencia inicial), salvo denuncia expresa. Ambas partes podrán denunciar el acuerdo dirigiendo una comunicación fehaciente a la otra parte con una antelación mínima de seis meses a la fecha de expiración. El acuerdo denunciado y vencido continuará en vigor en tanto se alcance un nuevo acuerdo. La renegociación del acuerdo será llevada a cabo por el propio comité de empresa sin tener que acudir a nombrar una comisión negociadora ad hoc. El acuerdo entrará en vigor en la fecha que dispongan las partes.

Aunque como hemos manifestado con anterioridad se produce una clara preferencia normativa a favor del comité de empresa europeo, la dirección central y la comisión negociadora podrán acordar, el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores. La regulación de ésta segunda posibilidad parece haberse realizado con notable desgana. De esta manera ni la Directiva ni la LIC delimitan con claridad este nuevo concepto jurídico. En cumplimiento de lo previsto en ambas normas⁶⁷⁹, cualquier procedimiento de información y consulta deberá ocuparse de aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores, y deberá garantizar las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para deliberar acerca de la información que les sea comunicada. La previsión normativa de este último aspecto es considerada de especial trascendencia, ya que permitiría la discusión entre los miembros de la representación de los trabajadores sobre los aspectos objeto de consulta e información. Sin embargo, debemos lamentar que no existan previsiones expresas sobre la forma en que se hará efectivo el derecho de consulta, entendido como intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central; pues si bien es cierto que la información puede suministrarse mediante variados procedimientos, el derecho de consulta difícilmente podrá satisfacerse sin la presencia física de las diferentes representaciones. Las normas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo que hemos visto con anterioridad al estudiar los comités de empresa europeos serán también de aplicación para los acuerdos que establezcan uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores.

Eficacia jurídica del acuerdo. El artículo 11.1 y 3 de la Directiva establece la obligación de los Estados miembros de asegurar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la misma, por su parte el artículo 9 de la Directiva exhorta a la dirección central y a los miembros de los comités de empresa europeo, o representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta, a respetar sus derechos y obligaciones recíprocos. Finalmente el artículo 1.4 de la Directiva establece un ámbito general para la aplicación del acuerdo, conforme al cual las competencias de los comités de empresa europeos y el alcance de los procedimientos de información y consulta a los tra-

679. La regulación de los procedimientos de información y consulta se reduce a lo previsto en los artículos 6.3 de la Directiva y 12.2 LIC, aunque también le será de aplicación las normas comunes previstas por los artículos 20 a 22 LIC.

bajadores, deberán extenderse a todos los establecimientos de la empresa de dimensión comunitaria, o a todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria. La norma española ha optado por asegurar el cumplimiento de estas prescripciones dotando de eficacia general a los acuerdos concluidos entre la dirección central y la comisión negociadora. Conforme al artículo 13.1 LIC estos acuerdos afectarán a todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria y a todas las empresas de dimensión comunitaria incluidas dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia⁶⁸⁰. Como puede verse esta opción legal permite acuerdos que limiten el ámbito de aplicación en los supuestos previstos en el artículo 1.1 LIC.

En correspondencia con la anterior atribución de eficacia, se exigirá que estos acuerdos cumplan las obligaciones formales relativas a la forma escrita, registro, depósito y publicación oficial prevista para los convenios colectivos por el artículo 90 ET.

Protección y capacidad de los representantes de los trabajadores. En virtud de lo establecido por el artículo 10 de la Directiva, los representantes de los trabajadores deberán gozar, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y similares garantías a las previstas en la legislación o prácticas nacional vigentes en su país de empleo, para los representantes de los trabajadores. La norma comunitaria se refiere particularmente a las posibilidades de asistencia a reuniones y al pago del salario durante el período de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones. En nuestra opinión, la transposición realizada en esta materia por la LIC resulta desacertada, pues en su artículo 21 no ha incluido todos los extremos citados por la norma comunitaria, limitándose a remitir de manera general esta materia a las legislaciones y prácticas nacionales. Como veremos más adelante, la concreción normativa realizada en el Título II, aplicable a los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, resulta un tanto cicatera en comparación con las garantías reconocidas por la LOLS o el ET a los representantes sindicales y unitarios.

El artículo 20 LIC reconoce capacidad jurídica a los miembros de la comisión negociadora, a los miembros del CEU y a los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta. Esta capacidad se extiende al ejercicio de los derechos que la propia LIC o el acuerdo de constitución les reconoce.

Deber de confidencialidad y materias secretas. En este apartado debemos hacer referencia a dos materias que, reguladas conjuntamente, atienden a dos limitaciones diversas del derecho de información de los propios trabajadores, en un caso, y del derecho de información de representados y representantes, en el otro. Damos por supuesto que en el segundo caso, la limitación del ejercicio del derecho de información impedirá la satisfacción del derecho de consulta.

Los artículos 8 de la Directiva y 22 LIC establecen la obligación de los representantes de los trabajadores de no revelar a terceros las informaciones que les hayan sido expresamente suministrada con carácter confidencial⁶⁸¹. Esta obligación se extiende indefinidamente en el plano temporal, mientras en el plano geográfico alcanza cualquier territorio, comunitario o perteneciente a un tercer estado. La amplitud con la que ha sido establecida esta responsabilidad no parece dotada de suficiente justifica-

680. Debemos hacer notar el paralelismo entre la regulación realizada por la LIC y el artículo 82.3 ET que confiere similar eficacia a los convenios colectivos estatutarios.

681. Compárese la regulación del deber de confidencialidad realizado por la LIC, con la considerablemente más suave regulación del deber de sigilo realizado por el artículo 65.2 ET.

ción, consideramos un exceso legal la atribución a los representantes de los trabajadores de cualquier obligación con carácter vitalicio, responsabilidad que no puede soportarse exclusivamente en la relevancia de los intereses objeto de protección. Por otro lado, la decisión de determinar la naturaleza confidencial de las informaciones queda en manos de la dirección central, se trata por tanto de una decisión unilateral del empresario, que pone en marcha una serie de limitaciones del derecho de información de los trabajadores de singular importancia. Finalmente, la determinación del término terceros, a quienes no será lícito revelar las informaciones confidenciales, cobra un elevado interés, ya que su conocimiento se convertirá en un factor esencial para fijar el ámbito de aplicación de la limitación al derecho, en este supuesto el de los representantes de los trabajadores de hacer uso de la información recibida. Si dentro del término terceros se incluyen los propios trabajadores de la empresa, nos encontraríamos frente a una limitación sustancial del derecho de información regulado en la norma comunitaria, pues el objetivo que ésta pretende alcanzar, es que la información que reciben los representantes de los trabajadores sea transmitida a los trabajadores representados, destinatarios finales del proceso.

De mayor alcance nos parece la limitación establecida por los artículos 8.2 de la Directiva y 22.2 LIC, relativa a informaciones que pueden ser consideradas de carácter secreto, materias sobre las que la dirección central no estará obligada a informar. La limitación del derecho a la información se justifica por la especial naturaleza de las materias a las que afectaría, partiendo de la base de que su divulgación podría crear graves obstáculos al funcionamiento o perjuicios a la empresa afectada. Para valorar en qué casos podrían producirse las anteriores circunstancias se deberá atender a criterios objetivos que la norma comunitaria no fija. Téngase en cuenta que esta regulación de las informaciones secretas se superpone a la regulación sobre las informaciones confidenciales que acabamos de estudiar, y supone una sobreprotección que merece alguna reflexión. Si analizamos el supuesto de hecho previsto por la norma, la declaración de una información como secreta pretende evitar que los representantes de los trabajadores conozcan ésta, pues para evitar la revelación de información a terceros, bastaría con calificarla de confidencial, obligando con ello a los representantes de los trabajadores a guardar silencio sobre las informaciones recibidas. Si las afirmaciones anteriores son acertadas, sólo podría calificarse de información secreta aquella que puesta en conocimiento de los representantes de los trabajadores, pudiera crear graves obstáculos u ocasionar perjuicios a las empresas. Esta interpretación reduciría considerablemente las posibilidades de aplicación del artículo 8.2 de la Directiva.

La Directiva encomendaba a los Estados miembros la regulación del lícito ejercicio de la potestad de declarar determinadas informaciones como secretas, ejercicio que podría someterse a una autorización previa de carácter administrativo o judicial, que contribuiría a compensar cualquier desviación que en esta materia pudiera producirse por decisión unilateral del empresario. La LIC ha desestimado tanto la enumeración de un listado de casos específicos, como el establecimiento de límites y controles previos de carácter material o procedimental. El artículo 22.2 LIC se limita a conceder a estas atribuciones un carácter excepcional, sin proporcionar criterios objetivos que permitan conocer el alcance real de las mismas. La legislación nacional sólo deja suficientemente claro que las materias relacionadas con el volumen de empleo de la empresa no podrán ser objeto de la precitada calificación. Si bien es cierto que esta puntualización introduce directamente un límite a la facultad de la dirección central, contribuye a complicar aún más si cabe cualquier interpretación, ya que si el legislador ha decidido aclarar un aspecto sobre cuya naturaleza de información inocua no albergamos duda alguna⁶⁸², por

682. No acertamos a entender como es posible considerar que los datos sobre el volumen de empleo pueden crear graves obstáculos al funcionamiento de las empresas u ocasionar perjuicios.

vía indirecta puede suponer una innecesaria rebaja de los criterios objetivos que deberán regular la actuación de las direcciones centrales, y que la LIC no ha querido definir.

El control de la licitud de la actuación de la empresa en la atribución del carácter confidencial y secreto de determinadas informaciones se producirá, en ambos supuestos, a posteriori, y se sustanciará mediante el procedimiento de conflicto colectivo conforme a lo establecido por el artículo 38.5 LIC. Por otra parte, está previsto también la posibilidad de control administrativo, conforme al cual serán consideradas infracciones muy graves según establece el artículo 9.2.c) del RD 5/2000, las “acciones u omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, incluido el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto”.

2.3.a) Disposiciones subsidiarias para la constitución del comité de empresa europeo

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la Directiva CEU se muestra especialmente respetuosa con el principio de autonomía colectiva. A pesar de ello, el legislador comunitario a creído conveniente prever algunas normas de aplicación subsidiarias, que entrarán en juego cuando las partes así lo prevean, cuando la dirección central rechace ilícitamente el inicio de las negociaciones, o simplemente, cuando no sea posible alcanzar un acuerdo entre la comisión negociadora y la dirección central⁶⁸³. Este modelo normativo de comité de empresa europeo puede estar actuando de referente para los negociadores, ya que éstos, en el conocimiento de que en caso de falta de acuerdo expreso se verán obligados a aceptar la aplicación de las normas contenidas en el Anexo de la Directiva, centrarán sus estrategias en mejorar, desde el punto de vista de sus intereses, lo previsto en el mismo. Con ello estas normas subsidiarias se convierten en un modelo que permitirá medir la bondad de los acuerdos alcanzados.

Supuestos de aplicación de las normas subsidiarias. Para que estas normas subsidiarias puedan ser aplicables, será necesario que concurran una serie de causas que las dotarán de eficacia. En esta materia el legislador español, además de reiterar los supuestos previstos en el artículo 7 de la Directiva, incorpora algunas posibilidades de aplicación novedosas. Conforme al artículo 15 LIC, las disposiciones subsidiarias previstas en el Anexo de la Directiva y en los artículos 16 a 23 LIC, aquellas que regulan un determinado modelo de comité de empresa europeo (en adelante modelo subsidiario), serán de aplicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la dirección central y la comisión negociadora así lo decidan. Es decir, en atención al principio de autonomía colectiva, la Directiva atribuye a las partes negociadoras la legitimación para determinar de común acuerdo la naturaleza, composición, atribuciones, modalidades de funcionamiento, procedimientos y recursos financieros del comité de empresa europeo o de cualquier otro procedimiento de información y consulta, de forma que se adapte a sus circunstancias particulares⁶⁸⁴; pero también en beneficio del precitado principio de autonomía, los representantes de los trabajadores y la dirección central podrán acordar someterse al modelo subsidiario de comité de empresa europeo descrito en la normativa comunitaria y nacional.

683. Así se expresa en el Considerando 17 y en el artículo 7 de la Directiva.

684. Considerando 15 de la Exposición de motivos de la Directiva.

- b) Cuando la dirección central rechace la apertura de negociaciones en un plazo de seis meses a partir de la presentación de un petición que reúna los requisitos establecidos en el artículo 7 de esta Ley. Con ello, una vez presentada la solicitud por los trabajadores o sus representantes, y siempre que ésta cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7 LIC⁶⁸⁵, la representación de los trabajadores deberá esperar una contestación positiva de la dirección central para iniciar el procedimiento de constitución de la comisión negociadora. En caso contrario, transcurridos seis meses, deberá constituirse un comité de empresa europeo siguiendo el modelo subsidiario. Algunos aspectos no han sido aclarados suficientemente ni por la Directiva ni por la LIC en esta materia. El supuesto de hecho parte de la constatación de un dato material, que la dirección central rechace la apertura de negociaciones. Pero ¿qué sucederá si no se produce dicho rechazo?. Creemos que la aplicación de las normas subsidiarias deberá producirse incluso cuando la dirección central simplemente demore el inicio de las negociaciones durante un período superior a seis meses, sin que sea necesaria ninguna demostración de un hipotético rechazo, pues en este supuesto lo fundamental será la comprobación de que las negociaciones no han comenzado transcurrido el plazo establecido en la LIC.
- c) Cuando en un plazo de tres años a partir de dicha petición o de la iniciativa de la dirección central para iniciar las negociaciones las partes no alcancen el acuerdo a que se refiere el artículo 12. En este nuevo supuesto, la norma da por hecho que las negociaciones entre la dirección central y la comisión negociadora han comenzado, si bien no ha sido posible acordar ni la constitución de un comité de empresa europeo ni el establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores. La previsión realizada en esta apartado está pensada para solventar situaciones de dificultades serias para alcanzar un acuerdo, partiendo de la base de que ambas partes actúan de buena fe. El amplio margen temporal establecido pretende permitir a las partes contar con el tiempo necesario para solventar estas dificultades. Sin embargo debemos considerar también que este apartado permite el abuso de quienes actuando de mala fe, han puesto en marcha el proceso de negociación para con ello dilatar durante tres la aplicación efectiva de la Directiva en su ámbito.

Para contribuir a solucionar estos problemas de aplicación, el artículo 15.2 LIC establece una nueva posibilidad de aplicación del modelo subsidiario. En este supuesto, siempre que hayan transcurrido seis meses desde el inicio del procedimiento de negociación, se aplicarán las normas subsidiarias cuando:

- a) La dirección incumpla sus obligaciones en materia de constitución y convocatoria previstas en el artículo 8 de la LIC.
- b) La dirección suspenda unilateralmente las negociaciones sin causa justificada.
- c) La dirección se comporte en las negociaciones con manifiesta mala fe.

⁶⁸⁵. En este punto debemos recordar que la dirección central podrá negarse lícitamente a iniciar las negociaciones cuando concurren las causas previstas en el artículo 7.2 LIC. De esta manera y aunque la norma no lo establezca expresamente, en estos supuestos no podrán aplicarse las normas subsidiarias.

La aplicación de las normas subsidiarias no se producirá automáticamente, una vez transcurrido el plazo de seis meses, en los supuestos previstos en el artículo 15.2 LIC, ya que en el mismo no se presume la actuación de mala fe por parte de la dirección central de la empresa. En estos supuestos será necesario la intervención de los tribunales del orden social, quienes mediante sentencia judicial firme declararán la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en la LIC.

Finalmente el artículo 15.3 extiende las anteriores prescripciones a los supuestos de renegociación del acuerdo “al que se refieren los artículos 12 y 14 de esta Ley, una vez finalizada su vigencia”. A pesar del texto precitado, interpretamos que las normas subsidiarias será aplicables sólo en el supuesto previsto en el artículo 14.4 LIC, es decir, sólo cuando el acuerdo haya vencido y haya sido denunciado. Pues en caso de que el acuerdo finalizase su vigencia y no hubiese sido denunciado, debemos entender que sería prorrogado por un nuevo período de duración similar a el de su vigencia inicial, conforme establece el artículo 14.4 LIC, salvo que el propio acuerdo establezca otra cosa en cumplimiento del artículo 12.1.g).

El modelo subsidiario de comité de empresa europeo. El modelo subsidiario establecido por el legislador español se corresponde básicamente con el previsto por el Anexo de la Directiva, donde se establecen la composición, competencias, número de miembros, cualidad de elegible y financiación del comité.

Por lo que respecta a la elección o designación de los miembros del comité de empresas europeo, el apartado 1.b) de la Directiva y el artículo 17.1 LIC establecen dos requisitos, de carácter acumulativo, que deberán cumplir los candidatos a ser miembros del comité. Sólo aquellos en quienes concurren al mismo tiempo las condiciones de trabajador de la empresa o grupo de empresas, y de representante de los trabajadores de la empresa o grupo de empresa, podrán aspirar a ser miembros del comité de empresa europeo, pues el mismo deberá de estar compuesto por “trabajadores de la empresa o grupo, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores”. Por lo que respecta a la forma de elección o designación, se deberá proceder de conformidad con lo establecido por las legislaciones y prácticas nacionales. En este apartado el legislador español, en nuestra opinión, ha podido excederse al excluir la posibilidad de elección directa por los trabajadores permitida por la Directiva. Como hemos dicho con anterioridad, la normas previstas en el Título primero son de aplicación transnacional, de esta manera el artículo 17.1 estaría limitando las posibilidades de los Estados miembros de decidir sobre la forma de elección o designación de los miembros del comité, materia que conforme establece la Directiva será competencia de los Estados miembros. La norma española sólo podrá decidir sobre la elección de los representantes de los centros de trabajo o empresas situadas en territorio español.

De forma similar a lo que se establecía respecto de la distribución de los miembros de la comisión negociadora, el apartado 1.d) del Anexo de la Directiva y el artículo 17.2 LIC, regulan la composición del comité. Conforme a los mismos deberá preverse la participación de un representante de cada Estado miembro en los que la empresa tenga centros de trabajo o empresas, y otros miembros suplementarios en representación de los centros de trabajo de mayores dimensiones⁶⁸⁶.

Finalmente el artículo 17.3 permite la participación, con voz pero sin voto, en las reuniones del comité de empresa europeo y en las que éste celebre con la dirección central, de representantes de

686. Vid. Nota al pie núm. 63.

terceros estados donde la empresa o el grupo de dimensión comunitaria posean centros de trabajo o empresas. Esta posibilidad quedará a disposición de las partes, ya que el propio artículo prevé que sólo será aplicable en caso de que así se acuerde por la dirección central y el comité de empresa europeo.

Por su parte el artículo 1.c) del Anexo establece que el comité de empresa europeo estará formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de treinta representantes. Si su dimensión lo justifica, elegirá en su seno un comité restringido compuesto de tres miembros como máximo. Por su parte la LIC ha preferido fijar un umbral determinado a partir de cual deberá elegirse este comité restringido. De esta manera conforme a la LIC los CEU's compuestos por trece o más miembros elegirán un comité restringido de tres miembros. En nuestra opinión la intervención normativa realizada por la LIC en esta materia resulta excesivamente reglamentista y poco coherente con la flexibilidad mostrada en otros aspectos. No compartimos la conveniencia de delimitar de forma imperativa los supuestos de elección de comités restringidos y el número máximo de miembros de los mismos, ya que podría afectar a las facultades de organización interna del CEU, condicionando la elaboración del reglamento interno de funcionamiento. Razones de origen económicos parecen haber inducido al legislador nacional a exigir la constitución de los comités restringidos en los CEU's de trece o más miembros, ya que esta previsión permitirá reducir notablemente los gastos relativos a las reuniones extraordinarias, a las que como veremos más adelante no será obligado convocar a todos los miembros del CEU.

El funcionamiento del comité de empresa europeo deberá ser regulado mediante un reglamento interno que será elaborado en su seno. El artículo 19.3 LIC prevé la posibilidad de elección de un presidente entre los miembros del CEU. Las decisiones serán tomadas por mayoría de sus miembros.

2.3.b) Competencias del comité de empresa europeo

Por lo que respecta a las materias sobre las que la dirección de la empresa estará obligada a informar a los representantes de los trabajadores, los artículos 1 del Anexo y 18.1 LIC delimitan el ámbito de la información y la consulta. Conforme a los mismos el comité de empresa europeo será informado y consultado sobre asuntos de carácter transnacional, es decir, sobre materias que afecten al conjunto de la empresa o del grupo de empresas o, como mínimo, a dos centros de trabajo de la empresa o a dos empresas del grupo de empresas. La norma comunitaria ha querido ser respetuosa con el principio de subsidiariedad, y conforme se declara en su Exposición de motivos, los derechos reconocidos conforme a la LIC no afectarán a los derechos de información y consulta atribuidos a las representantes de los trabajadores por sus normas estatales⁶⁸⁷. Nuevos problemas pueden presentarse en la aplicación de estos preceptos. En nuestra opinión, la distinción sobre la naturaleza, estatal o extraestatal, de las cuestiones objeto de información y consulta, no resulta suficientemente nítida. Conforme al texto de la LIC sólo se informará y consultará sobre cuestiones que afecten, "al menos, a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes". El problema puede surgir en la interpretación del término "afectar", del que podemos interpretar que no serán susceptibles de información las cuestiones relativas a un centro de trabajo. Ahora bien esta relación entre la materia objeto de información y los centros de trabajo en diversos Estados miembros debe ser una relación directa o indirecta. Es decir, una información sobre la preocupante evolución y las negativas perspectivas de las actividades económicas de una empresa del grupo de empresas o de un centro de trabajo de la empresa, ¿podrá ser objeto de información y consulta?. En principio, afectaría a un sólo

687. Vid. Artículo 12.2 de la Directiva y Disposición Adicional 2ª LIC.

centro de trabajo o a una sola empresa, pero creemos que si el problema tiene una dimensión suficiente, indirectamente afecta a la empresa o al grupo de empresas en su conjunto, y por tanto será susceptible de ser tratado en las reuniones de la dirección central y del grupo de empresas.

Por su parte los artículos 2 del Anexo y 18.2 LIC regulan la periodicidad de las reuniones, la documentación que deberá aportar la dirección central y un relación, no cerrada, de los posibles temas que deberán ser tratados en la reunión. El comité de empresa europeo deberá ser convocado al menos una vez al año, reunión que consideraremos ordinaria, para celebrar una reunión sobre la evolución y perspectivas de las actividades de la empresa o del grupo de empresas. La dirección central deberá preparar con carácter previo un informe que servirá de base para el desarrollo de las discusiones. La norma española ha preferido establecer un plazo mínimo de convocatoria y entrega del informe por la dirección central, que pretende prevenir el desarrollo de prácticas desviadas que pudieran pretender la ineficacia de los derechos de información y consulta. Conforme al artículo 18.2 LIC la reunión deberá ser convocada por la dirección central con una antelación mínima de un mes, junto con la convocatoria el comité de empresa europeo deberá recibir el precitado informe. Este plazo debe permitir a los representantes de los trabajadores preparar con garantías la reunión anual. Tanto en la reunión ordinaria como en el informe deberán tratarse, sin exclusividad, algunos temas que la normativa a enumerado con la intención de dotar de contenido suficiente la reunión anual. La regulación normativa establece una lista abierta y completa que incluye aspectos económicos, organizativos, de estructura de empresa y de empleo⁶⁸⁸, sin perjuicio de lo cual podrán tratarse otros temas de carácter transnacional.

Sin perjuicio de la celebración de las reuniones ordinarias, el CEU deberá ser también ser informado y consultado ante la aparición de circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores. Calificaremos este tipo de reuniones como extraordinarias en contraposición a las reuniones anuales que hemos visto más arriba. La delimitación de supuesto de hecho permite una cierta flexibilidad, tanto en la apreciación de la excepcionalidad de las circunstancias, como en lo que se refiere a la gravedad de los efectos sobre los intereses de los trabajadores. En cualquier caso, estas reuniones serán preceptivas en supuestos de traslados de empresas, cierres de centros de trabajo o empresas y despidos colectivos. Los artículos 3 del Anexo y 18.3 LIC regulan de manera similar los aspectos relacionados con la convocatoria y desarrollo de las reuniones extraordinarias. En principio ante situaciones como las descritas en la norma, la dirección central de la empresa se verá obligada a informar al comité restringido o, en caso de que éste no exista, al comité de empresa europeo en su conjunto. Es decir la dirección de la empresa no estará obligada a convocar una reunión cuando se produzcan las circunstancias descritas, bastará con que informe de la situación a los representantes de los trabajadores, mediante la entrega de un informe escrito elaborado por aquélla o por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la empresa o grupo. Por su parte, el comité restringido podrá solicitar la celebración de una reunión extraordinaria al objeto de recibir la informa-

688. El artículo 2 del Anexo establece: “..Esta reunión tratará sobre todo de la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos”. Por su parte el artículo 18.2 prevé con mayor precisión: “.. Sin perjuicio de otras cuestiones que puedan plantearse, en la reunión anual se realizarán aquéllas relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de éstos, y los despidos colectivos”

ción y ser consultado sobre la misma. Celebrada la reunión extraordinaria el comité dispondrá de un plazo de siete días para emitir un dictamen, en caso de que el comité no considerase necesaria la celebración de la precitada reunión, el plazo se contará desde el momento en que recibió el informe elaborado por la dirección. En principio asistirán a las reuniones extraordinarias los miembros de la dirección central, o cualquier otro nivel de dirección de la empresa o grupo más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias, y los miembros del CEU, salvo en los supuestos en que exista comité restringido, pues en estos casos la representación de los trabajadores se limitará a los miembros de dicho comité restringido más aquellos otros miembros del CEU elegidos o designados en representación de las empresas o centros de trabajo directamente afectados por las medidas que justifican la celebración de la reunión extraordinaria. Estas reuniones deberán celebrarse en tiempo hábil, es decir, con la antelación suficiente al objeto de permitir la efectividad de la consulta prevista en la norma, de manera que el criterio del comité, fijado en el dictamen preceptivo, pueda influir en la decisión final de la empresa. Dicho lo anterior los artículos 3 in fine del Anexo y 18.3 in fine se ocupan de recordar el carácter no vinculante del dictamen del comité que no afectará a las prerrogativas de la dirección. Es decir la dirección central estará obligada a informar y consultar previamente al comité, pero una vez realizada la consulta, tomará la decisión si que sus poderes de dirección se vean menoscabados por el contenido del dictamen.

2.3.c) Financiación

Los gastos de funcionamiento del comité de empresa europeo correrán a cargo de la dirección central, que deberá proveer al mismo de los recursos financieros y materiales necesarios para el adecuado cumplimiento de los objetivos previstos. En particular deberán cubrirse los gastos relativos a la organización de las reuniones, incluidos los de interpretación a los distintos idiomas oficiales de los Estados miembros, alojamiento y viaje y financiación de un experto⁶⁸⁹.

2.4. DISPOSICIONES APLICABLES A LOS CENTROS DE TRABAJO Y EMPRESAS SITUADOS EN ESPAÑA DE LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE EMPRESA DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

Bajo esta rúbrica se inicia el Título II de la LIC que contiene seis artículos (arts. 24 a 29), con los que el legislador estatal solventa las remisiones a las legislaciones o prácticas nacionales realizadas por la Directiva o por la propia LIC y en las respectivas disposiciones de transposición de cada uno de los Estados miembros, en materia de, cálculo del número de trabajadores⁶⁹⁰ y legitimación, designación y protección de los representantes de los trabajadores⁶⁹¹. Conforme establece el artículo 24 LIC el ámbito de aplicación de éste Título se limitará a los centros de trabajo y a las empresas ubicadas en territorio nacional, pertenecientes, a su vez, a empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central esté situada en cualquier Estado miembro, por supuesto, incluyendo a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central esté situada en el estado español.

689. El artículo 7 del Anexo de la Directiva establecía la posibilidad de que los Estados miembros fijasen normas relativas a la financiación del funcionamiento del comité de empresa europeo, pudiendo, en particular, limitar la financiación a un solo experto. Indicación que ha sido estrictamente seguida por el artículo 19.5 LIC que se ha limitado a reproducir el contenido de la Directiva, y ha hecho uso de su potestad limitando a un solo experto la financiación referida.

690. Vid. Artículo 2.2 de la Directiva.

691. Vid. Artículos 2.d) y 5.a) de la Directiva.

Forma de cálculo del número de trabajadores. Los artículos 2.2 de la Directiva y 3.2 LIC establecen las directrices generales que deberán cumplir los Estados miembros en la regulación de la forma de cálculo del número de trabajadores. En primer lugar, se establece como base de cálculo la media de trabajadores empleados durante los dos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento de negociación para la constitución de un CEU⁶⁹². En segundo lugar, se exige que el cálculo de esta media incluya a los contratados a tiempo parcial que han prestado sus servicios en la empresa durante este período. Sin embargo, la manera en que estos trabajadores serán tenidos en cuenta podrá ser diversa en cada Estado miembro y se determinará conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales. La naturaleza estatal de las normas que regulan la forma de contabilizar a los trabajadores temporales y a tiempo parcial, permite que para una misma empresa debamos utilizar distintas fórmulas de cálculo, en cada uno de los centros de trabajo, en función del estado donde se encuentren ubicados, al objeto de comprobar el cumplimiento de los requisitos relativos a la plantilla mínima previstos en la norma, y por tanto, en algunas ocasiones la posibilidad de aplicación de la Directiva se hará depender de la mayor o menor amplitud con que haya sido regulada esta materia por cada norma nacional. La obligación de facilitar los datos relativos a la plantilla de la empresa o grupo de empresa de dimensión comunitaria que permitan realizar las anteriores operaciones aritméticas corresponde a las propias empresas a petición de las partes interesadas en la aplicación de la Directiva⁶⁹³.

El artículo 25 de la LIC ha regulado la forma de cálculo del número de trabajadores respetando la práctica habitual en nuestro ordenamiento laboral⁶⁹⁴, aunque se ha endurecido la forma de contabilizar el tiempo trabajado por los contratados por tiempo determinado. Conforme al artículo 25.1 LIC se tendrán en cuenta todos los trabajadores contratados en los dos últimos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento de negociación, sin tener en cuenta si han sido contratados a tiempo completo o a tiempo parcial, circunstancia que a los efectos de aplicación de la LIC no es relevante. Sin embargo sí será relevante la duración del contrato de trabajo. En primer lugar deberemos diferenciar los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a dos años, que se computarán como si fuesen fijos de plantilla; de aquellos otros que han sido contratados por períodos inferiores. La contabilización de éstos últimos dependerá del número de días trabajados por todos ellos durante el período de dos años anterior a la fecha de inicio del procedimiento de negociación. Para ello sumaremos los días trabajados por todos los trabajadores contratados por períodos inferiores a dos años, cada cuatrocientos días trabajados será contabilizado como un trabajador más. El artículo 25.2 LIC recuerda que deberemos tener en cuenta para computar los días trabajados, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

692. El artículo 2.2 de la Directiva no mencionada la fecha de inicio del cómputo de los dos años, vacío que ha cubierto la LIC razonablemente fijando la fecha de inicio del procedimiento de negociación previsto por el artículo 7 LIC, es decir, la fecha en que se presenta la petición escrita.

693. Así lo establece el artículo 11.2 de la Directiva aunque no aclara quiénes pueden estar interesados, a estos efectos, en la aplicación de la Directiva. En principio parece que los trabajadores y sus representantes en los Estados miembros estarán claramente incluidos, aunque no creemos necesario que en este caso sean de aplicación los requisitos cuantitativos previstos para la petición del inicio de negociaciones. Por otra parte pudieran estar interesadas las organizaciones sindicales nacionales o internacionales, tengan o no representación en la empresa. El artículo 3.2 in fine LIC reitera la obligación de las empresas sin aclarar quiénes podrán ser lo interesados. El artículo 9.1.a) del TRISOS tipifica como infracción grave la negativa a "facilitar la información solicitada sobre el número de trabajadores a efectos de definir la existencia de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria con el fin de constituir un comité de empresa europeo...".

694. Vid. Artículos 72.2.b) ET y 9.4 del Reglamento de Elecciones a representante de los trabajadores en la empresa, como puede comprobarse los requisitos referidos al tiempo de trabajo se han duplicado.

Identificación de los representantes nacionales de los trabajadores. Como dijimos con anterioridad⁶⁹⁵ y conforme establecen los artículos 2.d) de la Directiva y 3.5 LIC, los representantes de los trabajadores serán aquellos que ostenten tal condición, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales. A los efectos de la determinación de aquellos representantes legitimados para realizar la petición de inicio de las negociaciones prevista en los artículos 7 LIC y 5.1 de la Directiva, debemos atender a lo establecido en el artículo 26 LIC. Conforme al mismo ostentarán la condición de representantes de los trabajadores las representaciones sindicales y las representaciones unitarias previstas en la LOLS y en el ET respectivamente. Serán por tanto de un lado, las secciones sindicales, y de otro los comités de empresa y delegados de personal, que representen a un mínimo de cien trabajadores, pertenecientes al menos a dos empresas o establecimientos situados en Estados miembros diferentes.

A falta de previsión normativa entendemos que la distinta naturaleza de ambas representaciones no impedirá que puedan sumarse a la hora de comprobar el cumplimiento de los requisitos cuantitativos. Es decir, que sería válida una petición presentada por una sección sindical de un centro de trabajo y por un comité de empresa de otro centro de trabajo, siempre que entre ambas representasen al número necesario de trabajadores, y aunque cada una de ellas en solitario no cumpliera el referido requisito numérico. Un problema de más complicada resolución podrá ser la determinación del número de trabajadores representados por las diversas representaciones. Suponemos que no habrá ninguna objeción a considerar que un acuerdo mayoritario de un comité de empresa favorable a solicitar el inicio de las negociaciones, permitiría considerar tal petición avalada por los representantes del conjunto de la plantilla que preste sus servicios en el centro de trabajo, independientemente de que algún miembro del comité de empresa haya decidido votar en contra. Algo más complicado será determinar el número de trabajadores representados por los delegados de personal que conforme al artículo 62.2 ET actuarán mancomunadamente. Finalmente consideramos que los delegados sindicales en todo caso representarán a los trabajadores afiliados a la sección sindical, y difícilmente podremos considerarlos representantes del conjunto de la plantilla de la empresa a los efectos del cumplimiento de la Directiva.

Designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el comité de empresa europeo. Los artículos 5.2 de la Directiva y 9.2 LIC establecen la obligación de los Estados miembros de regular la forma de elegir o designar a los miembros de la comisión negociadora en representación de los centros de trabajo ubicados en sus territorios. Normas que deberán seguir las directrices, que en su momento comentamos, establecidas en los artículos 5.2. de la Directiva y 9 LIC. Por su parte el artículo 27 LIC establece la forma de designación de los representantes de los centros de trabajo o empresas situadas en territorio español en la comisión negociadora u en el comité de empresa europeo. Con esta opción, el legislador nacional desestima, en principio, la posibilidad de elección de estos representantes por el conjunto de los trabajadores, pues éstos deberán ser designados por acuerdo entre las representaciones sindicales que representen a la mayoría de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, o por acuerdo mayoritario de éstos. Será necesario un nuevo acuerdo para designar a los representantes en caso de sustitución, en supuestos de dimisión, revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores.

695. Vid. Nota al pie núm. 35.

La designación de miembro del comité de empresa deberá recaer en un trabajador de la empresa, que a su vez ostente la condición de representante de los trabajadores⁶⁹⁶, sin embargo nada se dice respecto de los miembros de la comisión negociadora, para quienes no será exigible la existencia de relación contractual alguna con la empresa de dimensión comunitaria. Estas prescripciones serán de aplicación general, si bien los propios acuerdos de constitución del comité podrán establecer disposiciones específicas que dejarán sin efectos las anteriores previsiones legales relativas a la forma de designación de los representantes y a la condición de elegible o designable.

Protección de los representantes de los trabajadores. Los artículos 10 de la Directiva y 21 LIC establecen el principio de igualdad de protección de los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones. Conforme a mencionado principio los representantes transnacionales de los trabajadores⁶⁹⁷ deberán gozar de la misma protección y de garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación nacional o las prácticas vigentes en su país de empleo. La Directiva hace especial referencia a la cobertura necesaria para la asistencia a las reuniones y, en el caso de que el representante de los trabajadores, sea a su vez trabajador de la empresa, al pago del salario durante los períodos de ausencia necesarios para el ejercicio de sus funciones. Por su parte el artículo 28 LIC regula la protección de la que serán objeto, los representantes transnacionales de los trabajadores de los centros de trabajo y empresas, situados en España, de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. En su primer apartado se reconoce expresamente el principio de igualdad de protección de los representantes transnacionales de los trabajadores, en este supuesto se igualan sus garantías a las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores para los representantes unitarios⁶⁹⁸. Como puede comprobarse la mayor parte de estas garantías tendrán sentido si

696. Delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Vid. Artículo 27.2 LIC. En este punto la LIC ha seguido lo previsto en el Anexo de la Directiva en cuyo artículo 1.b) establece: "el comité de empresa europeo estará compuesto por trabajadores de la empresa de dimensión comunitaria o del grupo de empresas de dimensión comunitaria elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores...".

697. Nos referimos a todos los representantes de los trabajadores que mencionados en la Directiva, es decir, miembros de la Comisión negociadora, miembros del comité de empresa europeo y representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta.

698. Concretamente el artículo 68 ET establece que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías:

- a) Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.
- b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.
- c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el art. 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.
- d) Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.
- e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala: delegados de personal o miembros del comité de empresa:
 1. Hasta cien trabajadores, quince horas.
 2. De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas.
 3. De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas.
 4. De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas.
 5. De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.

el representante es a su vez trabajador de la empresa, en caso contrario su utilidad será escasa. En el apartado segundo se establece una garantía específica que pretende cubrir con carácter general la asistencia de los representantes de los trabajadores a las reuniones de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo, tanto las que este órgano realice con la dirección central de la empresa, como las que puedan realizarse con carácter previo. Si bien el artículo 28.2 limita la cobertura a los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a reuniones con la dirección y a las previas a ésta, creemos que esta cobertura deberá ampliarse a todas las reuniones, previas o posteriores, del comité de empresa europeo, y en su caso, al comité restringido y al comité restringido ampliado, es decir, a todas las reuniones que se realicen por el comité de empresa europeo o sus comisiones. Creemos que una interpretación contraria colisionaría con la regulación prevista por el párrafo segundo del artículo 10 de la Directiva, que establece esta protección con carácter general a todas las reuniones de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo. Finalmente el artículo 28.3 establece un crédito horario adicional, que los representantes de los trabajadores podrán utilizar para el ejercicio de sus funciones, objetivo que debemos conectar con la obligación establecida por el artículo 19.6 LIC, que encomienda a los miembros del comité de empresa europeo la tarea de informar a los representantes de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo o, en su defecto, al conjunto de los trabajadores sobre el contenido y los resultados del procedimiento de información y consulta, obligación también prevista por el artículo 5 del Anexo de la Directiva, y para la preparación de las reuniones del comité de empresa europeo. Para la realización de estas funciones la LIC concede a los representantes transnacionales 60 horas retribuidas al año, crédito que se nos antoja insuficiente para cubrir las competencias encomendadas. En aquellos supuestos en que el representante transnacional sea a su vez representante, sindical o unitario, de los trabajadores a nivel nacional, estas horas se sumarán a las que les correspondan a su condición de representantes nacionales. Este crédito se concederán sólo en defecto de previsión convencional, por tanto se trata de una norma dispositiva mejorable por acuerdo con la dirección central.

2.5. Tutela de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria

El artículo 11.1 de la Directiva pone en manos de los Estados miembros la misión de velar por el cumplimiento de las obligaciones previstas en el precitado texto normativo de forma general. Esta obligación se materializará sin tener en cuenta el lugar en que se encuentre la dirección central de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria, los Estados miembros deberán asegurarse del cumplimiento de estas obligaciones siempre que en su propio territorio se ubique un centro de trabajo perteneciente a empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria. A mayor abundamiento el artículo 11.2 realiza una previsión específica relacionada con el cumplimiento de la obligación de facilitar la información sobre el número de trabajadores, circunstancia central sobre la que, como hemos visto con anterioridad, la Directiva hace depender las posibilidades de aplicación de la misma, que corresponderá hacer efectiva a la dirección central de la empresa a petición de las partes interesadas en el cumplimiento de la Directiva. Por su parte, los apartados 3 y 4 del precitado artículo encomienda a los Estados miembros el establecimiento de procedimientos administrativos y judi-

Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración.

Por su parte el artículo 10.3 LOLS concede a los delegados sindicales las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros del comité de empresa.

ciales que permitan la ejecución de las obligaciones previstas en la Directiva en supuestos de incumplimiento, especialmente en lo relativo a los supuestos de calificación de información como confidencial o secreta.

La LIC ha cumplido con los anteriores mandamientos por medio del articulado previsto en su Título III en el que se establece la tutela, judicial y administrativa, que recibirán los derechos de información y consulta en nuestro ordenamiento interno. Conforme a la LIC las infracciones relacionadas con estos derechos podrán ser perseguidas administrativa y judicialmente. Los artículos 30 a 34 delimitaban las infracciones administrativas, entre las que se incluyen las acciones u omisiones contrarias a la LIC o a las disposiciones de otros Estados miembros con eficacia en nuestro país, a los acuerdos previstos en la LIC; y las correspondientes sanciones, criterios de graduación y procedimiento sancionador, para los que la LIC se remitía a lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones de orden social. La regulación de las infracciones de carácter administrativo ha sido modificada por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se ha aprobado el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Su Disposición Derogatoria única 2.g) declara expresamente derogados los artículos 30 a 34 de la LIC. El nuevo texto refundido pretendía en cumplimiento de la STC 195/1996⁶⁹⁹, integrar, aclarar y sistematizar distintas disposiciones normativas que regulaban la tutela administrativa de distintos derechos en materia social de manera dispersa. La reunificación realizada en beneficio del principio de seguridad jurídica permite concentrar en una sola norma jurídica el conjunto de las infracciones contra el orden social, los sujetos responsables de las mismas, las sanciones de que serán objeto y el procedimiento sancionador que deberá seguirse para determinar la existencia de las acciones u omisiones tipificadas.

Conforme al artículo 1 del Texto Refundido de la LISOS debemos considerar infracciones administrativas en el orden social, aquellas acciones u omisiones tipificadas y sancionadas en la misma, en las que hayan participado los distintos sujetos considerados por ellas responsables; por su parte el artículo 2.10 considera sujetos responsables a los titulares de los centros de trabajo y empresas de dimensión comunitaria situadas en territorio español, respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los términos establecidos en la LIC. Finalmente será el Capítulo II del texto refundido de la LISOS quien incluirá, entre las infracciones laborales, las cometidas en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, a las que dedica la 2ª subsección, en concreto el artículo 9. Las letras a, b, c, d, e y f del artículo 9.1 tipifican las infracciones consideradas graves, mientras que el artículo 9.2 regula las infracciones muy graves. La modificación operada ha mantenido escrupulosamente el texto normativo anterior previsto en los artículos 32 y 33. Ambas regulaciones consideran infracciones graves las siguientes conductas de la dirección de la empresa:

La negativa a facilitar información solicitada sobre el número de trabajadores de la empresa o el grupo para la constitución de un CEU o procedimiento alternativo, la negativa a dar traslado a la dirección central de la petición de inicio de las negociaciones, la transgresión de los derechos de reunión de los representantes transnacionales de los trabajadores y de asistencia de expertos, la transgresión de los derechos de los representantes transnacionales de los trabajadores en materia de recursos finan-

699. La sentencia del Tribunal Constitucional 195/1996, de 28 de noviembre, recomendaba al legislador estatal acometer la tarea de reformar la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, "en aras al respeto y clarificación del orden constitucional de competencias y en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindibles en materia sancionadora". Vid. Exposición de motivos RD Legislativo 5/2000.

cieros o materiales para el adecuado desarrollo de sus actividades, la falta de convocatoria en tiempo y forma de las reuniones ordinarias y extraordinarias, y finalmente, con carácter general, la transgresión de los derechos y garantías de información y consulta de los representantes transnacionales de los trabajadores⁷⁰⁰.

Por su parte serán consideradas infracciones muy graves las acciones u omisiones que:

Impidan el inicio o el desarrollo de las negociaciones, el funcionamiento de la comisión negociadora, el comité de empresa europeo o el procedimiento alternativo de información y consulta, el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, entre las que se incluyen los abusos en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información o en su calificación como secreta, las discriminaciones provocadas por decisiones adoptadas en aplicación de la LIC⁷⁰¹.

El conocimiento de las cuestiones litigiosas suscitadas con motivo de la aplicación de la LIC se sustanciarán mediante el procedimiento previsto en el artículo 2.p) de TRLPL y corresponderá a los órganos jurisdiccionales del orden social. Sin embargo según establece el artículo 35 LIC, no serán competencia del orden social las pretensiones que versen sobre la revisión de las sanciones administrativas impuestas por infracción de los derechos de información y consulta previstos en la LIC.

La competencia corresponderá a los órganos jurisdiccionales españoles siempre que las partes se hayan sometido a los mismos de manera expresa o tácita, cuando el demandado tenga su domicilio en nuestro país o cuando la obligación que sirva de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio nacional. La legitimación para iniciar el procedimiento corresponderá, según establece el artículo 37 LIC, a los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el comité de empresa europeo⁷⁰². Por su parte, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Por lo que respecta a las diversas modalidades procesales mediante los que se sustanciarán los litigios que tengan lugar con motivo del ejercicio de los derechos de información y consulta en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, el artículo 38 LIC prevé hasta cuatro posibilidades. Mediante el proceso de conflictos colectivos regulado en el capítulo VIII del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral, se tramitarán aquellos que versen sobre la negociación para la constitución de un comité de empresa europea o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta, sobre la constitución y funcionamiento de dichos órganos y procedimientos y sobre los derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en los mismos; también por medio de esta vía procesal se tramitarán las impugnaciones de las decisiones de la dirección central de atribuir carácter confidencial o secreto a determinadas materias, y las relativas a cumplimiento del deber de confidencialidad por parte de los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan. Se tramitarán conforme al proceso de impugnación de convenios colectivos previsto en el capítulo IX del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral, las impugnaciones que tengan por objeto

700. Vid. Artículo 9.1 RD Legislativo 5/2000.

701. Vid. Artículo 9.2 RD Legislativo 5/2000.

702. El artículo 20 LIC establece la capacidad jurídica de la comisión negociadora, del comité de empresa y los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta, para ejercer acciones en la esfera de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros.

los acuerdos celebrados entre la dirección central y la comisión negociadora, el comité de empresa europeo y los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta. Podrá hacerse uso del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical del capítulo XI del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral cuando se invoquen lesión del derecho de libertad sindical u otro derecho fundamental, entre los que podremos incluir la prohibición de tratamientos discriminatorios. Finalmente las demandas por despido, sanciones y extinciones del contrato de trabajo motivadas en otras causas, se tramitarán conforme disponen sus propias modalidades procesales en los capítulos II y IV del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

1º Es necesario resaltar como el Acuerdo de Política Social ha establecido como uno de los objetivos prioritarios en el ámbito social de la Unión Europea impulsar el estímulo el diálogo social en el marco de la Unión Europea (art. 2º APS). Además, esta se produce cuando el APS ha decidido impulsar la Europa “social” para facilitar el proceso de convergencia entre los diferentes países miembros que conduzca a una verdadera integración social; para ello se establece un procedimiento más simple de adopción de las Directivas comunitarias en ciertas materias sociales, evitando el veto que impida el desarrollo normativo comunitario de las mismas, pues no se exige la unanimidad de aprobación.

2º Desde el punto de vista de la negociación colectiva, con anterioridad a Maastricht, ha sido un fenómeno prácticamente inexistente, si bien pueden encontrarse algunos ejemplos aislados, relativos al fenómeno de las empresas multinacionales o bien grupos de empresas. Estos tienen un objetivo material bastante limitado: se dedican a regular los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. No hay, sin embargo, ningún ejemplo de lo que podría considerarse como auténticos acuerdos colectivos de nivel europeo; es decir, de carácter sectorial o intersectorial.

3º El legislador comunitario se plantea usar el diálogo social como un mecanismo de apertura de la negociación colectiva a nivel europeo. Aunque con el APS se incide de manera especial en el diálogo social, ya con anterioridad se podían encontrar muestras o rastros de diálogo social. Es especialmente importante el proceso de conversaciones de Val Duchesse, desarrolladas a iniciativa de la Comisión e impulsadas por el entonces Presidente Jaques Delors. Con el APS se procede a la institucionalización del diálogo social, y sobre todo, se diseña una serie de obligaciones que deben desarrollarse durante el proceso de elaboración de las normas comunitarias.

Se trata de mecanismos de consulta obligatoria para la Comisión en el desarrollo de la elaboración de Directivas. El diálogo social puede incidir de forma esencial sobre la regulación comunitaria de carácter social.

A pesar de su carácter institucionalizado, estamos ante una auténtica expresión del diálogo social, pues la base del mismo es el intercambio de opiniones entre los interlocutores sociales, que no se pretende llegar a un acuerdo, sino tan sólo incidir de manera activa en la decisión que la contraparte va

a tomar dentro del ámbito de sus competencias. Esto no impide que en la práctica este mecanismo pueda funcionar como un auténtico proceso de legislación concertada.

4º El impulso al diálogo social obedece sobre todo a la necesidad de utilizarlo como mecanismo para desbloquear el proceso de convergencia social: ha quedado demostrado que la convergencia social no puede lograrse de manera espontánea. Las instituciones comunitarias se vuelven hacia los interlocutores sociales para que sean ellos los que, a través del diálogo social, impulsen el proceso de convergencia. De ahí que no sólo se haya promocionado simplemente el diálogo social, sino que se ha establecido mecanismos formalizados y obligatorios para las instituciones comunitarias.

5º El principal problema que plantea este procedimiento institucionalizado de diálogo social se refiere a la selección de aquellos sujetos que intervienen en el mismo. Es evidente que la solución a este problema no ha sido desde luego la más idónea, aunque haya sido la más simple.

6º Desde este proceso de diálogo social se ha dado el siguiente paso adelante: el desarrollo de mecanismos de negociación colectiva a nivel comunitario. Ciertamente la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de importantes problemas, ya sean estructurales o de técnica jurídica, que dificultan la existencia de una negociación de este nivel. Sin embargo, la misma regulación que establece la necesidad de establecer mecanismo de diálogo social, regula en el art. 138.4 del Tratado Constitutivo la posibilidad de sustituir la iniciativa normativa de la Comisión por la actuación de los interlocutores sociales que deciden negociar y establecer un acuerdo colectivo que regule la materia sobre la que pensaba actuar la Comisión. Se facilita así un cierto papel a la negociación colectiva dentro del sistema de fuentes comunitario.

7º Por último, desde el punto de vista de la negociación colectiva y del sistema de fuentes comunitario, hay una última cuestión a resaltar: la posibilidad de proceder a la transposición de las Directivas comunitarias a través de la negociación colectiva. Este es un mecanismo que no ha sido utilizado en nuestro ordenamiento, pero que puede ser un mecanismo bastante idóneo para impulsar la negociación colectiva de materias procedentes de derecho social comunitario, sobre todo cuando se trata de Directivas que derivan del procedimiento de diálogo social.

CAPÍTULO II

8º Respecto a las Directivas sobre Trabajo a tiempo parcial y contratos de duración determinada se pone de manifiesto la necesidad de abordar, por parte de la negociación colectiva, una serie de aspectos que den contenido a las previsiones contenidas en las mismas.

En relación con la Directiva sobre contrato a tiempo parcial estos aspectos pueden referirse fundamentalmente a los diversos aspectos a que remite el Estatuto de los Trabajadores en relación con la contratación a tiempo parcial y que responden ciertamente a la necesidad de obtener una mejor respuesta sectorial de esta modalidad contractual, una modalidad contractual por la que ha optado el Consejo Europeo como apta para el fomento del empleo estable y para la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores. En este sentido, han de tenerse en cuenta las orientaciones generales contenidas en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2002 que otorga a los convenios colectivos un "papel protagonista" para adaptar las diferentes modalidades contractuales "a las necesidades, actuales y previstas, que se plantean en las empresas, atendiendo a la ade-

cuada utilización de las mismas conforme a su regulación”. De esta forma, el Acuerdo Interconfederal aporta dos elementos esenciales: por una parte, considera que la negociación colectiva debe fomentar “el uso adecuado de esta contratación, especialmente en su modalidad indefinida, en cuanto permite adaptar las plantillas de las empresas a las necesidades de éstas y posibilita la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras”; y, por otra, remite a la misma para asegurar “el cumplimiento y desarrollo del principio, legalmente establecido, de igualdad de trato de las personas contratadas a tiempo parcial”, “que habrán de disfrutar de los mismos derechos que las contratadas por tiempo indefinido”.

Específicamente, los aspectos a que debería referirse la negociación colectiva pueden ser los siguientes:

- establecimiento de procedimientos que implementen la obligación del empresario de informar a los trabajadores sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes al objeto de que puedan formular solicitudes de conversión de un contrato a tiempo parcial en indefinido y viceversa,
- preferencia de los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial o viceversa para retornar a la situación anterior,
- establecimiento de supuestos y requisitos para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial cuando ello esté motivado por razones familiares o formativas.

En relación con la Directiva sobre contratos de duración determinada, la directiva establece un modelo de contratación de la que se deduce la preferencia sobre la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

En este sentido fija como objeto de la misma la garantía del principio de igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos además de fijar criterios para garantizar la interdicción del abuso en la contratación temporal.

Estos criterios se centran básicamente en las tres medidas descritas en el texto: “Razonar objetivamente las causas por las cuales se renueva el contrato de duración determinada; determinar la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada; y, determinar el número de renovaciones de los contratos de duración determinada”.

La normativa nacional incorpora en la Ley 12/2001 aspectos directamente recogidos en la Directiva. Básicamente la mención expresa a la garantía del principio de igualdad y al derecho de información de los trabajadores sobre las vacantes de puestos de trabajo indefinidos y la remisión a la negociación colectiva para hacer efectivo la preferencia de los trabajadores temporales a ocupar dichas vacantes. En este sentido, han de tenerse en cuenta las previsiones del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2002 respecto a estas materias y a las que nos hemos referido en el texto.

Es, por tanto, a la negociación colectiva a quien corresponde implementar estas nuevas medidas y a quien corresponde hacer efectivas las mismas (además de la propia efectividad del principio de no discriminación).

En este sentido puede corresponder a la negociación:

- El establecimiento de los requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización excesiva de la contratación temporal.
- El reconocimiento en los convenios colectivos a los trabajadores temporales de los mismos derechos que los reconocidos a trabajadores con contratos de duración indefinida, con atención a la duración de sus contratos.
- El establecimiento de criterios objetivo y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada en contratos indefinidos.
- El establecimiento de medidas para facilitar el acceso de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de mejorar su cualificación de forma que favorezca su promoción y movilidad profesionales.
- Al tiempo, corresponde a la negociación, de conformidad con lo establecido en el art. 15.1º, apartados a) y b) la especificación de supuestos en que cabe la contratación eventual y para obra o servicio determinado.

Asimismo, se han de tener en consideración las directrices que el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2002 contiene respecto del fomento del uso adecuado de las modalidades de contratación y el aprovechamiento de las habilitaciones que la normativa laboral contempla a favor de la negociación colectiva en determinados aspectos de esta modalidad de contratación.

9º Respecto a la Directiva sobre desplazamiento se pone de manifiesto la falta de regulación convencional sobre el tema. Y ello pese a que se trata de una norma que afecta a sectores muy concretos o determinados, fundamentalmente la construcción tal como se deriva de la Directiva.

Es cierto que la propia Directiva, y la Ley 45/1999, por su propio contenido, no prevén que la negociación colectiva recoja fórmulas para aplicar esta norma ni para asegurar su cumplimiento que lo deja en el ámbito sancionador administrativo. Sin embargo, sirve de dato para tener en cuenta la falta de previsión de la negociación colectiva en general de los supuestos de movilidad geográfica de los trabajadores y en la determinación del convenio colectivo aplicable en los casos de convenios sectoriales de ámbito territorial determinado como el provincial.

10º En cuanto a la transposición de la Directiva 96/34, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental, las conclusiones son realmente negativas, pues la asunción de esta regulación comunitaria por la negociación ha sido muy limitada, y ello no sólo por el hecho de que la negociación ha esperado (pese a que se trata de una Directiva que procede del diálogo social) a la transposición por parte del ordenamiento interno español; sino porque son escasos los convenios andaluces que regulan la materia de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. La presencia de esta materia en la negociación colectiva es prácticamente anecdótica. De otro lado, los convenios que regulan esta materia se limitan a repetir en la práctica lo dispuesto por la normativa nacional.

11º Por lo que respecta a la Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; se trata de una Directiva cuyo objeto se refiere a una cuestión de carácter estrictamente procesal; de ahí que no haya tenido una verdadera repercusión en el marco de la negociación colectiva. Al margen de esta cuestión procesal, hay que advertir cómo la discriminación por razón de sexo tiene escasa trascendencia en el marco de la negociación colectiva nacional,

y en concreto, en la negociación andaluza, siendo realmente escasos los convenios que dentro del ámbito andaluz se refieren a esta cuestión; de ahí que sea necesario una mayor difusión de estas materias a través de nuestra negociación colectiva.

CAPÍTULO III

12º Cualquier estudio crítico de la Directiva 94/45 no puede ignorar el tortuoso recorrido que la materia objeto de regulación ha debido seguir hasta su aprobación. Veinte años de discusiones en torno a diversos proyectos aconsejan ser prudentes en las valoraciones, la Directiva es el resultado de un laborioso consenso político sobre una materia especialmente sensible.

13º La técnica jurídica puesta al servicio de la conciliación de tan variados intereses y modelos de participación de los trabajadores en la empresa resulta extremadamente complicada y novedosa. Se trata de aplicar la norma del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la dirección central de la empresa o el grupo de empresa de dimensión comunitaria, solución que rompe el tradicional principio de territorialidad en la aplicación de las normas laborales.

14º Esta solución, no exenta de beneficios prácticos, es también una opción con una buena dosis de carga política, pues los Estados con mayor poder económico serán los que impongan sus tradiciones participativas sobre el resto de los Estados miembros, mediante la aplicación de sus normas de transposición en todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria, independientemente del lugar donde se encuentren.

15º La anterior conclusión debe ser matizada pues las normas materiales de estos países tendrán una aplicación subsidiaria, en defecto de acuerdo, pues las partes podrán decidir libremente el método de participación en cada una de las empresas de dimensión comunitaria. Se fortalece con ello también la cultura empresarial, de manera que la aplicación de la Directiva supone la apertura de una nueva vía de penetración para las exportación de modelos de participación en las empresas de dimensión comunitaria.

16º Desde el punto de vista de nuestro país, y especialmente de nuestra comunidad autónoma, la escasa posibilidad de aplicación de la LIC limita seriamente su operatividad, si bien es cierto que en determinadas materias deberá aplicarse con carácter general, por ello debe criticarse la escasa atención que la norma española dedica a las garantías y prerrogativas de los miembros de los comités de empresa europeos.

17º Estos representantes, en su mayoría, deberán conocer la legislación de transposición del Estado miembro en el que se ubique la dirección de la empresa o el grupo de empresa de dimensión comunitaria en el que trabajan y los modelos de participación de éstos, aunque sean formalmente diversos a los que hasta la fecha venían desarrollándose en su empresa a nivel estatal.

18º Esta imposición de modelos, legales o negociales, puede crear serias dificultades a los representantes de los centros de trabajo andaluces, que deberán enfrentarse con nuevas y desconocidas formas de participación en la empresa, y en la que no siempre van a encontrar la comprensión de los sindicatos mayoritarios en cada una de las empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria habituados a funcionar en su empresa mediante los sistemas de participación tradicionales. Este pro-

ceso requiere de la intervención de instancias superiores en la defensa de los intereses de los sindicatos minoritarios en estas empresas y grupos de empresas, en garantía de sus posibilidades de participación real. Este papel sólo puede ser desarrollado actualmente por la CES.

19º Las organizaciones sindicales de los países económicamente menos desarrollados deberán realizar también un importante esfuerzo de formación dirigido a los miembros de los comités de empresa europeos. La formación ineludiblemente deberá incidir en aspectos idiomáticos y legales, pues sin el conocimiento de la lengua “oficial” de la empresa y sin el manejo de sus sistemas de participación su presencia en el comité de empresa europeo puede convertirse en testimonial.

20º En cualquier caso, desde un ordenamiento jurídico como el español, en el que los derechos de participación en la empresa tienen un escaso reflejo normativo, la aplicación de la Directiva puede constituir un punto de apoyo de gran interés para el desarrollo futuro de modelos participativos en las empresas nacionales. Desde la óptica sindical, las posibilidades de interrelación con representantes sindicales de diversos países sólo puede enriquecer a nuestras organizaciones nacionales, que por razones geográficas e históricas no andan sobradas de experiencias transnacionales. De otro lado, la Directiva ofrece la oportunidad de poner en contacto a los representantes de las empresas filiales con la dirección central del grupo de empresas circunstancia que, con todas las limitaciones que puedan mencionarse, no puede ser minusvalorada.



CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE ANDALUCIA

Avda. República Argentina, 25 - 3ª planta
41011 SEVILLA. Telf.: 955 066 251. Fax: 955 066 261
ces@cedt.junta-andalucia.es
www.cedt.junta-andalucia.es/ces



JUNTA DE ANDALUCIA