

NUEVOS AVANCES DEL DERECHO A INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

RICARDO PRADAS MONTILLA*, **JOSÉ MALPARTIDA MORANO***
Y **JOSÉ MANUEL MALPARTIDA GIL****

SUMARIO: 1. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA (1961).—1.1. Introducción.—1.2. Ajuste del ordenamiento español al Protocolo de la Carta Social en materia de información y consulta a los trabajadores y sus representantes.—1.3. Ajuste del ordenamiento español al Protocolo de la Carta Social en materia de participación en la empresa de los trabajadores y sus representantes.—2. PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA COMUNIDAD EUROPEA.—2.1. Antecedentes.—2.2. Extensión del deber de información de las empresas a los trabajadores y sus representantes.—2.3. Extensión del deber de consulta de las empresas con los trabajadores y sus representantes.—2.4. Garantía de los derechos de información y consulta con los trabajadores y sus representantes.

* Profesores Asociados de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. UNED.

** Abogado.

1. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA (1961)

1.1. *Introducción*

1. En el BOE de 25 de abril de 2000 se ha publicado el Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, esto es, a la llamada «Carta de Turín» de 1961. Este Protocolo se aprobó en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, y en nuestro país ha entrado en vigor el 23 de febrero pasado (según se hace constar expresamente en el Boletín Oficial antes citado).

El contenido del citado documento es variado: en él encontramos normas sobre «derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razón de sexo» (art. 1); sobre «derecho a información y consulta» (art. 2), sobre «derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral» (art. 3) y sobre «derecho a protección social de las personas ancianas» (art. 4).

Sin embargo, vamos a ocuparnos de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa, dejando los restantes citados para ocasiones posteriores.

1.2. *Ajuste del ordenamiento español al Protocolo de la Carta Social en materia de información y consulta a los trabajadores y sus representantes*

2. El derecho de información y consulta de los trabajadores aparece desarrollado en el Protocolo en los términos siguientes:

«Art. 2. Derecho a información y consulta.

«1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa, las Partes se comprometen a tomar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales:

«a) Ser informados periódica y oportunamente, y en manera comprensible, de la situación económica y financiera de la empresa que les da empleo, quedando entendido que podrá denegarse la divulgación de ciertas informaciones que puedan perjudicar a la empresa o exigirse que se mantengan confidenciales y

«b) ser consultados a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa.

«2. Las partes podrán excluir del alcance del párrafo 1 del presente artículo a aquellas empresas que empleen a un número de trabajadores inferior a un mínimo determinado por la legislación o la práctica nacionales».

Por lo demás, el derecho referido deberá aplicarse a través de «medidas legislativas o reglamentarias» y «convenios celebrados entre los empleadores u organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores» (art. 7 del Protocolo).

3. A nuestro entender, el ordenamiento interno español se ajusta perfectamente a los requerimientos del Protocolo examinado, por lo que no se impone cambio alguno de la legislación vigente, idea esta que pasamos inmediatamente a desarrollar.

El derecho de información de los trabajadores en el ET se extiende a aquellas empresas que han elegido sus representantes, esto es, delegados de personal y comités de empresa, que son las que tienen una plantilla compuesta por más de seis empleados (art. 62 ET). Esta misma información se extiende a los delegados sindicales, que, como es sabido, se eligen en las empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores (art. 10 LOLS). Tales límites se ajustan a lo dispuesto en el texto internacional, que permite que el derecho de información se imponga únicamente a las empresas con cierto volumen de empleo.

El ET contempla expresamente el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados «trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo

en la empresa...» y, asimismo, declara que deberá ponerse a su disposición «el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones,... los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos» (art. 64 ET).

Como puede apreciarse, la normativa legal española reguladora del derecho de información sobre la situación económica y financiera de la empresa es mucho más detallada y rica que el Protocolo examinado, por lo que cumple con creces todas sus exigencias. Por lo demás, el hecho de que en ella se hable del «balance» y otros documentos contables, muy típicos de las empresas societarias, no significa que aquellas que tengan otro revestimiento jurídico —comerciante individual, por ejemplo— no se vean sujetas al derecho de información, pues una interpretación correcta de las normas españolas las somete a las mismas demandas que a las restantes en el punto que nos ocupa.

La necesidad de que la información se proporcione a los representantes «de buena fe» no es novedad en nuestro propio Derecho, en el que la buena fe se erige en principio general (art. 7,1 del Código Civil), y así viene siendo recordado por los tribunales laborales.

El deber de «sigilo profesional» se exige a los representantes de los trabajadores, delegados de personal y comités de empresa, por el ET (art. 65), y a los delegados sindicales según se dispone en la LOLS (art. 10).

Finalmente, no queremos dejar de apuntar que a alguien podría ocurrírsele que nuestro ordenamiento no se ajusta al Protocolo de la Carta de Turín porque en él se establece —lo acabamos de ver— que toda la información anterior se debe proporcionar a los representantes de los trabajadores, y no a los trabajadores individuales o a sus representantes, como se dispone en ella.

Esta objeción, sin embargo, no es acertada, porque en el Protocolo la referencia que se hace es literalmente a «los trabajadores o a sus representantes» (se emplea la conjunción disyuntiva «o»), y porque, además, forzar a que se proporcione la misma información a unos y a otros iría en contra de la lógica y de la economía, en cuanto se obligaría inútilmente a la empresa a una duplicación de trámites.

1.3. *Ajuste del ordenamiento español al Protocolo de la Carta Social en materia de participación en la empresa de los trabajadores y sus representantes*

4. En segundo lugar, el derecho de participación de los trabajadores aparece desarrollado en el Protocolo que examinamos en los términos siguientes:

«Art. 3. Derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral.

«1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral en la empresa, las Partes se comprometen a tomar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, contribuir:

«a) A la determinación y mejora de las condiciones y organización del trabajo y del entorno laboral de la empresa;

«b) a la protección de la salud y de la seguridad dentro de la empresa;

«c) a la organización de servicios y facilidades sociales y socioculturales dentro de la empresa;

«d) a la supervisión de la observancia de lo reglamentado en estas materias.

«2. Las Partes podrán excluir del alcance del párrafo 1 del presente artículo a aquellas empresas cuyo número de trabajadores sea inferior al mínimo determinado por la legislación o la práctica nacionales».

Por lo demás, y como para el caso del derecho de información y consulta, en el Protocolo se declara que el derecho de participación referido deberá aplicarse a través de «medidas legislativas o reglamentarias» y «convenios celebrados entre los empleadores u organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores» (art. 7 del Protocolo).

5. En este caso, como en el del derecho de información, entendemos que nuestro ordenamiento interno se ajusta perfectamente al Protocolo: vamos a verlo acto seguido (obviando, eso sí, ciertos

temas ya expuestos: el de la licitud de la excepción del derecho a ciertas empresas de plantilla reducida y el de la sustitución de los trabajadores por sus representantes en calidad de sujetos de la participación).

El primer objeto del derecho a la participación es la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y de la organización del empleo en la empresa, lo que en España se puede llevar a efecto a través de la negociación colectiva de empresa, perfectamente contemplada en el Título III del ET, y de la que son sujetos el empresario y los representantes de los trabajadores. No hay que olvidar en este punto que el Tribunal Constitucional admitió en su día la denominada «negociación colectiva extraestatutaria», que puede llevarse a cabo en el ámbito empresarial o incluso en ámbitos espaciales inferiores (centro de trabajo).

Por lo demás, la participación de los trabajadores en la organización del trabajo es posible realizarla acudiendo a la movilidad funcional, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y a la movilidad geográfica (arts. 39, 40 y 41 ET), pues mediante estos instrumentos —y sobre todo mediante los dos últimos— se proporcionan al empresario medios para ajustar la empresa a las exigencias del mercado a través de cambios en la organización del trabajo, y se legitima a los trabajadores a intervenir a través de la negociación colectiva en el proceso que culminará en la modificación sustancial.

Finalmente, no hay que olvidar que el ET (art. 64) establece que el empresario tendrá que solicitar informe a los representantes de los trabajadores antes de ejecutar las decisiones adoptadas sobre reestructuraciones de plantillas, implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

Por lo que se refiere a la participación de los trabajadores en materia de protección de salud y seguridad en el trabajo, es España, sin duda, uno de los países de la Unión Europea que tiene un ordenamiento más ajustado a las exigencias de las Directivas Comunitarias sobre esta materia. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales garantiza la intervención de los empleados en materia de salud laboral a través de diversos organismos, como son los comités de seguridad y salud, los delegados de prevención, e incluso los representan-

tes unitarios (comités de empresa y delegados de personal) y sindicales (delegados sindicales).

Por lo que respecta a la participación de los trabajadores en la organización de servicios y facilidades sociales y socioculturales dentro de la empresa, hay que recordar que el ET (art. 64) contempla entre los derechos de sus representantes unitarios el de «participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares». Ocioso es recordar que esta participación, al mayor nivel, es un hecho en nuestro sector de Cajas de Ahorros.

Para terminar, el derecho de los representantes de los trabajadores, que se contempla en el Protocolo, a supervisar la observancia por el empresario de lo reglamentado en estas materias, está plenamente desarrollado en nuestro ordenamiento interno: de nuevo hay que acudir al ET (art. 64) para comprobar que se reconoce entre los derechos de los representantes unitarios de los trabajadores el de «ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo... (y) de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa...». A las anteriores potestades de control se unen las que se contemplan expresamente en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En conclusión, el Derecho español se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el Protocolo de la Carta Social de Turín y, por tanto, en ningún caso debe ser retocado. Aún es más, los derechos que en el citado texto se contemplan suelen estar desarrollados en gran medida en los convenios colectivos —sobre todo en los de sector, que son los instrumentos más útiles para perfeccionar el patrimonio profesional de los trabajadores (pues la mejora de las condiciones de trabajo puede hacerse por convenios y pactos de rango inferior)—, convenios colectivos que son las vías complementarias que en el Protocolo se establecen para mejorar su contenido. Repetimos, pues, que el Derecho español se ajusta perfectamente a las exigencias de la nueva normativa internacional.

2. PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA COMUNIDAD EUROPEA

2.1. *Antecedentes*

1. Vamos a ocuparnos, en segundo lugar, de un documento que anda circulando hace ya algún tiempo y cuyo contenido va a recibir aquí más críticas que el Protocolo apenas examinado: nos referimos, por supuesto, a la denominada «Propuesta de Directiva del Consejo (de la Comunidad Europea) de 17 de noviembre de 1998, por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea» (en adelante PD).

2. Haciendo un poco de historia, recordamos que la Comisión Europea se dirigió a los sindicatos y empresarios europeos el 14 de noviembre de 1995, a través de la «Comunicación en materia de información y consulta de los trabajadores», y los invitó a negociar lo que llamaba un «marco general» sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en la empresa.

El fin principal del órgano comunitario a la hora de invitar al diálogo social se encontraba en el deseo de completar la regulación fragmentaria del Derecho Social de la CE sobre la citada materia, pues como sabe cualquier jurista el citado ordenamiento regula la información y consulta de los representantes de los trabajadores en ciertas Directivas sobre temas concretos (1), pero no existe una Directiva «marco» sobre el particular.

Dado que la invitación de la Comisión al diálogo social, de noviembre de 1995, no tuvo apenas éxito, dos años más tarde, el 5 de noviembre de 1997, el citado organismo inició consultas con los sindicatos y empresarios europeos, instándoles a que actuasen, pero se encontró con la oposición de los empleadores de UNICE, que —con toda razón, por cierto, y a la vista de las propuestas sindicales— alegaron que: a) una iniciativa como la que proponía la Comisión no se conformaba con el principio de subsidiariedad (2); b) ya existían marcos jurídicos nacionales sobre la materia, que se consideraban «suficientes»; c) la gestión del empleo debe siempre competir a «la organización y gestión interna de la empresa» y d) es arriesgado «cuestionar las prerrogativas de los directivos de la empresa».

Por todo lo anterior, la Comisión, en solitario, decidió elaborar la propuesta de directiva de que ahora nos ocupamos, que, por tanto, no viene avalada por el «diálogo social», lo que la hace rechazable para varios países europeos, entre ellos Alemania. Esta propuesta de la Comisión fue muy enmendada por el Parlamento Europeo, que introdujo en ella modificaciones que, en algún caso, podrían suscitar en España dudas de constitucionalidad.

La Propuesta de Directiva, en fin, no fue incluida en la «agenda» de la reciente cumbre comunitaria de Lisboa, pero es previsible que se apruebe en un futuro cercano. Por lo demás, conviene advertir que, según nuestras noticias, el Gobierno español no se ha opuesto a su contenido, como han hecho otros Gobiernos de la UE (es el caso del alemán, por ejemplo), porque estima que nuestro ordenamiento interno se ajusta al texto proyectado, lo cual, como vamos a ver a continuación no acaba de ser cierto.

2.2. *Extensión del deber de información de las empresas a los trabajadores y sus representantes*

3. El deber de información a los representantes de los trabajadores, tal como se contempla en la PD (art. 4,1), no parece que plantee demasiados problemas importantes de ajuste a nuestro ordenamiento interno, aunque sí algunos leves, según vamos a comprobar acto seguido.

a) En primer lugar, el proyecto de la Comisión indicaba que la información debía extenderse a la «evolución reciente y la evolución razonablemente previsible de las actividades de la empresa y de su situación económica y financiera». El Parlamento Europeo añadió a lo anterior que «en particular por lo que concierne a las inversiones, la producción, las ventas y la estructura».

No se establece un período de información, pero está claro que, siguiendo lo anteriormente expuesto, el momento debe ser el idóneo y, además, parece que existe la obligación de informar con periodicidad sobre tales temas.

Por lo demás, nuestro Derecho contempla el derecho de información en las materias indicadas en varios preceptos del ET (art. 64),

que recordamos rápidamente: en primer lugar, en el ya citado antes, por el que se atribuye a los representantes competencia para conocer el balance, cuenta de resultados, memoria, etc., de la empresa, así como «los demás documentos que se den a conocer a los socios (de la entidad) y en las mismas condiciones que a éstos».

Como se hace evidente, el ET va, en este punto, más allá que la Directiva comunitaria, que sólo exige que se dé información sobre «la situación económica y financiera» de la empresa. Esta es, al menos, la opinión de ciertos sectores de la doctrina: José Luis GIL Y GIL, en concreto, mantiene que en el precepto legal apenas transcrito «hay que reconocer la amplitud de la frase “demás documentos”, porque junto a los tradicionalmente contables, en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, y por influencia del derecho comunitario, aparecen otros como el informe de gestión, el informe de los auditores o el informe de expertos independientes. Por tanto, los documentos que el empresario debe entregar (a los representantes) no son únicamente los contables».

En fin, José Luis GIL Y GIL concluye que «de la simple lectura... del ET, se desprende que la PD no aporta a nuestro Derecho, al menos en este punto, novedad alguna».

En segundo lugar, recordemos que en el ET (art. 64) se reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a «recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción...», con lo que hay que deducir que los representantes de los trabajadores españoles tienen hoy garantizado igual nivel de información que el que se derivaría de la aplicación de la futura Directiva que ahora examinamos.

b) Por otro lado, en la PD se ordena que se proporcione a los representantes de los trabajadores información sobre la situación, estructura y evolución razonablemente previsible del empleo en la empresa.

En España, y según el ET (art. 64), los representantes de los trabajadores deben ser informados sobre la «... evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empre-

sario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de contratación».

Asimismo, de acuerdo con el mencionado precepto, los representantes de los trabajadores tienen derecho a «recibir la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 (ET) y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos, en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar».

El ET, en este punto, va más allá de lo dispuesto por la Propuesta de Directiva, aunque respeta menos la libertad de empresa. En efecto, de la lectura del texto proyectado se deduce que en él no se impone la obligación de comunicar el contenido de los contratos existentes en la empresa; bastaría para cumplir con ella con comunicar su número y naturaleza (temporal, definido, etc.)

c) Además, en la PD se ordena que se proporcione a los representantes de los trabajadores información sobre las medidas preventivas previstas, sobre todo en términos de formación y de mejora de las competencias de los trabajadores, cuando la evaluación hecha por el empleador permita pensar que el empleo en la empresa puede estar amenazado.

Pasando a nuestro ordenamiento, encontramos que en el ET (art. 64) se dispone que los representantes de los trabajadores tienen entre sus competencias la consistente en emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre «planes de formación profesional en la empresa».

En este punto, al contrario de lo que pasa en los anteriores, aparentemente habría que introducir alguna precisión en la ley española, que enriqueciese la norma que acaba de transcribirse. Pero decimos aparentemente porque, en principio, la PD parte de que se dé información a los representantes sobre un deber que no existe

«legalmente» en nuestro ordenamiento, ni en la generalidad de los ordenamientos de los países comunitarios, aunque sí en el marco de la negociación colectiva sectorial, cual es el de formación ocupacional de los trabajadores. Todo lo más, este deber de formación podría deducirse en sus líneas esenciales del principio general de la buena fe. En definitiva, pues, ha de concluirse que la aplicación del texto comunitario en el punto que nos ocupa se va a hacer o muy difícil (¿por qué comunicar que se va a cumplir con lo que no es obligatorio?) o muy fácil (basta con comunicar los planes de formación cuando el empresario, voluntariamente, prevea su existencia), porque avanza «deberes» de carácter sustantivo que todavía no se reconocen por nuestra normativa heteronómica.

d) En la PD se establece que la información a los representantes de los trabajadores deberá versar, asimismo, sobre las «decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo (incluidas las previstas por las directivas de despidos colectivos y de transmisión de empresas), como por ejemplo, nuevos procesos de producción, traslados de producción, traslado de empresas, fusiones, reducción de la capacidad o cierre de la empresa, de establecimientos o de partes importantes de la misma».

En general, el Decreto español, en este punto, va más adelante que la Directiva, ya que prevé el deber de consultar (negociar) con los representantes de los trabajadores en los casos de movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión del contrato de trabajo por motivos empresariales (art. 47 ET) y despido colectivo (art. 51 ET). Además, en la LOLS (art. 10) se establece el derecho de audiencia de los delegados sindicales en el caso de adopción de la empresa de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores, sindicatos o no, y en el caso de los despidos y sanciones de los afiliados a los sindicatos que aquéllos representan.

El único flanco por el que el ordenamiento español podría ser atacado en este tema es en el de la sucesión de empresa, dado que el ET (art. 44) prevé una información insuficiente en favor de los representantes de los trabajadores sobre los procesos de cambio empresarial, aunque hay que tener en cuenta que, al menos por lo que respecta a la modalidad de la fusión y modificación del estatuto

de la empresa societaria, en nuestra ley se prevé como derecho de los tantas veces citados representantes el de «emitir informe» cuando tales operaciones supongan «cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo».

e) Para terminar, en la PD se contiene el deber de información a los representantes de los trabajadores sobre «formación (sic) formación continua, igualdad de oportunidades, higiene y seguridad en el lugar de trabajo (de conformidad con lo dispuesto en la Directiva marco 89/391/CEE)».

Sobre este tema, y en concreto sobre la formación, nos remitimos a lo dicho anteriormente, y, por lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, recordamos que la normativa legal y reglamentaria española sobre previsión de riesgos laborales garantiza con creces el derecho de información de los representantes de los trabajadores sobre este particular.

2.3. *Extensión del deber de consulta de las empresas con los trabajadores y sus representantes*

4. La regulación del deber de consulta de los representantes de los trabajadores sobre ciertas materias (las mismas vistas a las que se extiende el deber de información, según consta en el proyecto de texto enmendado por el Parlamento Europeo), tal como se contempla en la PD (art. 4,1) sí podría provocar problemas de constitucionalidad en España. Acto seguido vamos a comprobarlo.

a) En primer lugar, en la PD se prevé que la consulta entre empresa y representantes de los trabajadores se extienda a «la evolución reciente y la evolución razonablemente previsible de las actividades de la empresa y de su situación económica y financiera, en particular por lo que concierne a las inversiones, la producción, las ventas y la estructura».

El deber de consulta sobre tales cuestiones se introdujo por enmienda del Parlamento Europeo al proyecto de la Comisión que tan sólo estableció en esta materia un deber de información.

La consulta sobre tales cuestiones, aunque no llega al nivel de la cogestión, hace avanzar mucho los derechos de los trabajadores, y en concreto hacia la intervención en la vida de la empresa, lo que puede provocar la desincentivación de los empresarios y, consecuentemente, la retracción de las inversiones productivas que contribuyen a la creación de empleo, aparte de la consiguiente «burocratización».

Por supuesto, en nuestro ordenamiento interno no existe deber legal alguno impuesto a los empresarios sobre tales materias, dado que reduciría peligrosamente —aunque bien es verdad que sin quebrantar su esencia— la libertad de empresa reconocida por la Constitución (art. 38) que está compuesta por un triple contenido: sin duda la libertad de entrada y salida en el mercado, pero también la libertad del empresario de gestionar la propia empresa.

b) Según la PD, el deber de consulta tiene también que extenderse a «la situación, la estructura y la evolución razonablemente previsible del empleo en la empresa».

En fin, no existe en el ET un deber de consulta sobre tales materias, sino un deber de información, como antes vimos, que siempre se ha entendido que es suficiente para preservar los derechos de trabajadores y empresarios.

Sobre el particular que ahora examinamos, ha escrito José Luis GIL Y GIL que «si comparamos el texto de la propuesta (PO) con la información del art. 64,1,1, ET, observamos un cambio de perspectiva... El art. 64,1,1, ET atribuye al comité, competencia para recibir información sobre la “evolución probable del empleo en la empresa”, así como acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, etc. Observamos, pues, que el art. 64,1,1 ET se limita a imponer al empresario un deber de informar al comité de empresa sobre la evolución del empleo. Adopta así una postura que podríamos calificar como estática: cada tres meses, al menos, el empresario tiene el deber de informar al comité... Por el contrario, la directiva propuesta se sitúa en una perspectiva dinámica, al exigir tanto la información como la consulta, y al acentuar esa exigencia cuando el empleo se halle ame-

nazado». En conclusión, según José Luis GIL Y GIL, la PD pretende «favorecer una concertación permanente».

Termina José Luis GIL Y GIL sentenciando que «de cuanto queda dicho, se desprende que el derecho español no contempla, en la actualidad, un verdadero procedimiento de consulta en las cuestiones relativas a la evolución del empleo en la empresa... De aprobarse (la PD), sería necesaria una adaptación...», adaptación, que no sería en absoluto deseable desde el punto de vista empresarial.

c) El derecho de consulta de los representantes de los trabajadores se dilata en la PD, cuando la evaluación hecha por el empleador permita pensar que el empleo en la empresa puede estar amenazado, a «las medidas preventivas previstas (sic), sobre todo en términos de formación y de mejora de las competencias de los trabajadores, de cara a reducir estos efectos negativos o a reducir sus consecuencias, así como a reforzar la empleabilidad y la adaptabilidad de los trabajadores que pudieran resultar afectados».

Esta negociación, en parte, tal vez pueda llevarse a cabo en el marco del ET (arts. 40, 41 y 47), sobre movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y suspensión del contrato de trabajo por motivos empresariales, respectivamente. No obstante, y como párrafos más atrás señalamos, al no existir en nuestro ordenamiento un deber de formación «permanente» y «para el empleo» de los trabajadores, impuesto al empleador, es obvio que habría que modificarlo en este punto.

d) Además, según la PD, deben ser objeto de consulta con los trabajadores las «decisiones (del empleador) que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo».

El ET (art. 41) contempla entre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que deben ser negociadas las que afectan al régimen de trabajo a turnos, al sistema de trabajo y rendimiento y a las funciones (en cuanto las medidas a adoptar excedan el ámbito de la movilidad funcional). Ahora bien, tal previsión no cubre las demandas del proyecto que ahora examinamos.

Obsérvese que mientras la PD no distingue entre modificaciones individuales y colectivas, la ley española sí lo hace. De acuerdo con

el proyecto mencionado, toda decisión sobre las materias anteriores, sea cual sea su ámbito subjetivo, hay que negociarla con los representantes de los trabajadores.

La evolución del Derecho español, desde 1994, va en la dirección de evitar la presencia de los representantes de los trabajadores en materias que afectan a un trabajador solo, con lo que en este punto se favorece la decisión del empresario, pero no gratuitamente, sino a costa de someterla a una causa y de prever —en una mayoría de casos— una indemnización en favor del trabajador que decide romper el contrato; con ello, entiendo, se cumplen con creces las exigencias de la justicia, por lo que toda imposición ulterior en este tema es francamente excesiva.

e) El deber de consulta se extiende a las «decisiones (del empleador) que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto... a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias (sobre despidos colectivos, traslados de empresas y centros, etc.), como por ejemplo, nuevos procesos de producción, traslados de producción, traslado de empresas, fusiones, reducción de la capacidad o cierre de la empresa, de establecimientos o de partes importantes de la misma».

Esta negociación puede llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en nuestro ordenamiento interno, en concreto en el ET (en los arts. 40, 41, 47, 51), cuando se refiere a los cambios sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones y extinciones contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Ahora bien, obsérvese que mientras la PD no distingue entre modificaciones o despidos individuales y colectivos, la ley española sí lo hace. De acuerdo con el proyecto mencionado, toda decisión sobre las materias anteriores, sea cual sea su ámbito subjetivo, hay que negociarla con los representantes de los trabajadores.

El art. 44 ET también podríamos traerlo aquí a colación, pero porque, como antes destacamos, no cumple con lo dispuesto en la directiva comunitaria sobre traspasos de empresas en punto al derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores.

f) Finalmente, la consulta debe extenderse, según la PD, a la «formación, formación continua, igualdad de oportunidades, higiene y seguridad en el lugar de trabajo (de conformidad con lo dispuesto en la Directiva marco 89/391/CEE)».

En materia de formación en general, el ET sólo establece obligaciones informativas, nunca consultivas, como antes tuvimos oportunidad de comprobar. Por lo demás, los deberes información y de consulta en materia de seguridad y salud laborales aparecen, con amplitud suficiente, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en sus reglamentos de desarrollo.

5. El Parlamento Europeo insertó en el originario proyecto de la Comisión una modificación importante, para permitir la demora de las decisiones de la empresa y obligar a la continuación de las consultas en ciertos casos excepcionales; según el texto actual de la PD:

«Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de una decisión cuya aplicación conlleve graves consecuencias negativas para los trabajadores, la adopción de la decisión definitiva podrá suspenderse durante un período adecuado, a petición de los representantes de los trabajadores, con vistas a continuar las consultas a fin de eliminar o limitar dichas consecuencias negativas».

Así pues, el Parlamento Europeo ha introducido una especie de derecho de «veto» de los representantes de los trabajadores sobre las decisiones del empresario «cuya aplicación conlleve graves consecuencias negativas para los trabajadores» que, sin duda, restringe la libertad de empresa. Es obvio que tal «veto» puede ser admisible, al menos hasta cierto punto, cuando, como sucede en España en el caso de la movilidad geográfica, se atribuye a la Administración pública, pero cuando se apodera con él a unos particulares (los representantes de los trabajadores) se pone en sus manos un instrumento que puede conducir a arbitrariedades.

El ordenamiento español tendría, en este punto, que ser muy enmendado, y a la luz del principio de proporcionalidad, debería introducirse en él el procedimiento para llevar a cabo el «veto»: habría que calificar, en general o específicamente, cuáles son las medidas empresariales que pueden tener consecuencias «negativas»

para los trabajadores, durante cuánto tiempo puede mantenerse la suspensión, qué representantes de los trabajadores —entre los muchos existentes— tienen competencia para ejercerlo, cómo puede oponerse al «veto» el empresario (a través de una «modalidad procesal» sumaria, claro está), qué sucede en caso de que el «veto» se ejercite abusivamente, etc.

2.4. *Garantía de los derechos de información y consulta*

6. Finalmente, en la PD se presta particular atención a la configuración de un sistema de medios tendentes a hacer efectivas las obligaciones de información y consulta que en él se contemplan.

Concretamente, se ordena a los Estados Miembros de la UE que (art. 7,1 y 2): a) prevean las «medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva...»; b) en particular, velen porque existan «procedimientos administrativos y judiciales con el objeto de hacer respetar las obligaciones derivadas» de ella, y c), prevean «las sanciones adecuadas» que «deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Pero la norma más innovadora que encontramos en la PD en materia de garantía de los derechos de información y consulta es la siguiente (art. 7,3):

«Los Estados miembros preverán que, en caso de infracción grave por parte del empleador de las obligaciones de información y consulta sobre las decisiones contempladas en la letra c) del apartado 1 del artículo 4 que tendrían consecuencias directas e inmediatas en términos de modificación sustancial o de ruptura de los contratos o de las relaciones de trabajo, dichas decisiones no producirán efectos jurídicos en los contratos o en las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados. La no producción de efectos jurídicos subsistirá en tanto en cuanto el empleador no haya cumplido sus obligaciones o, si ello resulta imposible, si no se ha establecido una reparación adecuada según las modalidades y los procedimientos que han de establecer los Estados miembros».

«Se considerará una infracción grave...: a) la ausencia total de información y/o consulta de los representantes de los trabajadores antes de la toma de decisión o del anuncio público de ésta, o bien

b) la retención de informaciones o la expedición de informaciones incompletas o inexactas con el propósito de hacer inefectivo el ejercicio del derecho a la información y la consulta».

En el informe que acompañaba al proyecto de la Comisión se decía al respecto que el artículo transcrito «contiene una disposición sin precedentes en las Directivas comunitarias en materia de información y consulta de los trabajadores...» y se aclara que «no se trata de hacer que la decisión sea nula en sí misma, sino de impedir que pueda tener efectos en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados hasta que el empleador no haya cumplido con sus obligaciones o, si ello ya no es posible, en tanto en cuanto no se haya producido una reparación adecuada».

7. Habría que pensar si el Derecho español se ajusta a la PD en el punto examinado. Nuestra tradición jurídica al respecto ha sido sintetizada por ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, partiendo de lo dispuesto en el ET, de la siguiente manera: «la intervención (de los representantes) en las materias que componen su “competencia” específica es en principio preceptiva: pero los efectos de su falta necesariamente varían mucho de unos supuestos a otros. Si lo que se exige es su acuerdo con el empresario... es claro que no hay acuerdo sin la intervención del comité; en los casos de informe previo la regla general debe ser la nulidad de la decisión que se adopte sin él, si no aceptada expresa o tácitamente y recurrida en tiempo y forma; en los casos de conocimiento, comunicación o informe “subsiguiente”, su falta, sin generar la nulidad del acto, supone una infracción que, si del empresario, es sancionable conforme a ET, arts. 95,7 y 96».

En definitiva, siguiendo, como hemos dicho, nuestra tradición jurídica, recibida y sintetizada en el ET: a) son nulas las decisiones del empresario adoptadas sin negociar ciertas medidas laborales con los representantes de los trabajadores, cuando tal negociación venga impuesta por la ley (o convenio colectivo): por ejemplo, esto es lo que sucede en el caso de los despidos colectivos; b) son, además, nulas las decisiones empresariales adoptadas sin solicitar el informe previo del comité cuando tal informe sea preceptivo; c) finalmente, son sancionables administrativamente, pero no nulas, las decisiones empresariales que se adopten vulnerando el derecho de información de los representantes de los trabajadores.

Pues bien, la PD no hace en este punto matización alguna, por lo que sanciona con la nulidad todo quebrantamiento «grave» del derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores. No obstante, la referencia que en ella se hace a medidas que puedan poner en peligro el empleo o que modifiquen sensiblemente las condiciones de trabajo, deberían llevarnos a pensar —adoptando para ello una interpretación de la norma proyectada favorable para nuestro Derecho— que el ordenamiento español se ajustaría al comunitario en este punto a través de lo dispuesto en el ET (arts. 40, 41, 47, 51) en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o extinciones contractuales colectivas.

Sin embargo, como hemos dicho, esta es una interpretación «bienintencionada» del proyecto que examinamos, porque si entramos en mayores detalles —pensemos que, como antes vimos, en la PD (pero no en el ET) se exige, por ejemplo, el deber de consulta en los casos de despidos individuales o plurales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción— podríamos encontrarnos con sorpresas, en concreto con la nulidad de múltiples decisiones empresariales que afecten individualmente a los trabajadores. Además, no hay que olvidar que el ET sanciona como infracción grave «la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario» (art. 95,5 ET) y «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos» (art. 95,7 ET) (Ver, no obstante, art. 138 de la LPL).

Por último, recordamos aquí que el profesor José Luis GIL Y GIL ha escrito que el precepto estudiado, de aprobarse, tendría gran importancia porque obligaría a modificar el ET (art. 44), en punto a la sucesión de empresa, donde, en realidad, no se establecen verdaderas obligaciones empresariales de información y consulta con los representantes de los trabajadores.