



LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

La Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas aborda la transposición al ordenamiento laboral español de las Directivas correspondientes, introduciendo importantes novedades en el panorama participativo de los trabajadores en España. Sin perjuicio de experiencias convencionales aisladas, por primera vez una norma legal española regula la posibilidad de fijar cuotas de participación de los trabajadores en los máximos órganos societarios de un nuevo tipo de sociedad, la Sociedad Europea. La anterior afirmación debe matizarse en la medida en que la norma de transposición únicamente establece la posibilidad de acceder a dichas facultades por vía convencional, salvo en los supuestos en que dichos derechos hubieran sido reconocido a los trabajadores de las sociedades que toman parte en el proceso de constitución de la Sociedad Europea, exigencia que la inmensa mayoría de la sociedades con sede en nuestro país no cumplen. A pesar de lo dicho, el interés de la norma de transposición no se reduce, pues quienes trabajen en España para empresas que participen en la constitución de una SE pueden verse afectados por dichas disposiciones de participación. En paralelo, las disposiciones subsidiarias impulsan la adopción de sistemas de información y consulta transnacional similar al ensayado en las empresas y grupo de dimensión comunitaria. El estudio de las relaciones entre ambas normas y la comparación de los órganos de representación previsto suscita nuestro especial interés.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COORDINACIÓN DE PLANOS NORMATIVOS
3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SE AL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL
4. LA VINCULACIÓN ENTRE REGULACIÓN MERCANTIL Y REGULACIÓN LABORAL
5. INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA
6. INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO MODELO ESTÁNDAR DE IMPLICACIÓN
7. LA ELUSIÓN DEL MODELO LEGAL POR ACUERDO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA Y EL SUPUESTO ESPECIAL DE LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA
8. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN PARA LA FIJACIÓN DE LOS DERECHOS DE IMPLICACIÓN DE LA SE
 - 8.1. Composición y constitución de la comisión negociadora
 - 8.2. Competencias y régimen de funcionamiento de la comisión negociadora
9. LOS ACUERDOS DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE
10. EL MODELO LEGAL DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

1. INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en la empresa, o más exactamente, la posibilidad de intervención de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones que *prima facie* corresponde asumir en solitario al empresario, es una materia en permanente actualidad. Las históricas aspiraciones de democratizar la organización empresarial han perdido impulso de forma paulatina ¹, mientras en paralelo ha venido generalizándose diferentes mecanismos que someten la ejecución de las decisiones empresariales a complejos procedimientos que, cuando tales decisiones afectan al empleo, permiten la intervención de la representación de los trabajadores. El desarrollo de las relaciones laborales en los países de la Europa comunitaria muestra una amplia diversidad de soluciones de naturaleza híbrida, que pivotan entre modelos de participación externa e interna considerados ideales y antagónicos ².

Junto a la evolución de los modelos nacionales, cuya pluralidad es considerada un valor a conservar, la necesidad de un modelo comunitario de participación de los trabajadores ha sido largamente discutida en los foros comunitarios, que consideran el diálogo social como una herramienta fundamental para mejorar la competitividad de la economía de la Unión Eu-

¹ GONZÁLEZ ORTEGA S.: «La participación de los trabajadores en la empresa como expresión de la democracia social», *Cuadernos de Derecho Público* núm. 25, 2005, págs. 109 y ss; DURÁN LÓPEZ F y SAEZ LARA C: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales* Madrid, Civitas, 1997; ARAGÓN SÁNCHEZ A.: *La participación de los empleados en la empresa*, Madrid, CES, 1998.

² Véase el Informe Final Del Grupo de Expertos *European System of Worker Involvement*.



ropea. No en vano, ya la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (CDSF) incluía dos preceptos relativos a la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que conforme establece el art. 17 de ésta, debe desarrollarse «teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros»; como complemento, el art. 18 de la Carta apunta hacia la oportunidad temporal de la intervención de los trabajadores, con el objetivo de asegurar el efecto útil de los mecanismos participativos, y la indispensabilidad de que tales prácticas tengan lugar ante situaciones especialmente complejas, como cambios tecnológicos que afecten a la organización empresarial y a las condiciones de trabajo, reestructuraciones o fusiones que afecten al empleo o despidos colectivos³. Con posterioridad, el Programa de aplicación de la Carta permitió iniciar un proceso de reforma de las originarias Directivas aprobadas en los años setenta, reforzando los mecanismos de información y consulta, y revitalizó antiguos proyectos sobre información y consulta en empresas de estructura compleja, cuya definitiva adopción aún se demoraría algunos años⁴. Ante la imposibilidad de alcanzar un consenso suficiente en torno a un modelo europeo único, los avances se producen a partir de la aceptación de la pluralidad de modelos a escala comunitaria, a partir de una serie de principios comunes escasamente exigentes. El legislador comunitario adopta una posición promocional, dejando en manos de los negociadores a nivel de empresa la concreción del grado de participación de los trabajadores en las empresas. La perspectiva adoptada supone renunciar a una armonización heterónoma de modelos de participación, confiando a la autonomía colectiva la selección de las mejores prácticas.

Este nuevo enfoque se materializa jurídicamente con la adopción de la Directiva CEU cuyo éxito aplicativo permitió la reiteración de dicha técnica legislativa para resolver una de las regulaciones más largamente debatidas en las instituciones comunitarias, la posibilidad de ordenación de un estatuto para la Sociedad Europea⁵, completada con la generalización de un

³ La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores fue adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 (COM 89 471 final). Sobre la misma, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)», *REDT*, núms. 56 y 57; ROJO TORRECILLA, E.: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», *TL* núm. 59, 2001.

⁴ Programa para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales (COM 89 568 final). Sobre el mismo, GÓMEZ GORDILLO R.: *El comité de empresa europeo*, CES, Madrid, 2003, págs. 57 y ss.

⁵ Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, del Consejo relativo al estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE de 10 de noviembre) y Directiva 2001/86, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE de 10 de noviembre).



marco de información y consulta para el conjunto de las empresas ubicadas en territorio comunitario⁶. Con posterioridad, el modelo adoptado para la Sociedad Europea ha sido replicado para otros tipos societarios, como es el caso de la Cooperativa Europea⁷. En paralelo, la Constitución Europea incluía los derechos de participación de los trabajadores entre los derechos sociales fundamentales, manteniendo en lo fundamental el contenido originariamente establecido en la Carta⁸.

La regulación comunitaria sobre la SE ha sido ya comentada por la mejor doctrina laboralista española⁹, circunstancia que nos exime de detenernos a analizar en profundidad el contenido de las normas adoptadas por la UE, para concentrarnos en la labor de adaptación realizada por el legislador español. A pesar de ello, resulta inevitable comentar brevemente los aspectos más sobresalientes o novedosos que aporta la regulación de la SE. En primer lugar, desde el punto de vista formal, la dualidad de instrumentos normativos elegidos por el legislador comunitario, el reglamento para los aspectos mercantiles y la directiva para los aspectos laborales, pone a prueba la flexibilidad del ordenamiento comunitario, y la imaginación de los legisladores para buscar soluciones a problemas que amenazaban con convertirse en irresolubles tras más de treinta años de discusiones y fracasos. Lo que ha sido denominado como un «peculiar conjunto normativo»¹⁰, abre la puerta a una redefinición de las funciones de los instrumentos normativos afectados, produciéndose un contagio de las características entre ambos tipos de normas, circunstancia que ya fue advertida, por lo que respecta a la limitación del margen de adaptación a los derechos nacionales por los Esta-

⁶ Directiva 2002/14, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general para la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE de 11 de marzo).

⁷ Reglamento 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DOCE de 18 de agosto) y Directiva 2003/72, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE de 18 de agosto)

⁸ GÓMEZ GORDILLO, R.: «Los derechos fundamentales comunitarios de información y consulta de los trabajadores en la empresa», en QUESADA SEGURA R.: *La Constitución europea y las Relaciones Laborales*, Mergablum-CARL, Sevilla, 2004, págs. 168 a 201.

⁹ Por todos, CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)» *REDT* núm. 117, 2003, págs. 355-423; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», *RL* núm. 6, 2003, págs. 1-12; «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario», *RL* núm. 11, 2003, págs. 1-14; «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», *RL* núm. 13, 2003, págs. 1-12; «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *RL* núm. 15-16, págs. 1-8.

¹⁰ CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 373.



dos miembros, con ocasión de la Directiva CEU ¹¹. La complementariedad entre Reglamento y Directiva provoca una reducción del rigor normativo y de la aplicabilidad directa de la primera, mientras que refuerza la imperatividad de la que generalmente carece la segunda ¹². Pero la afirmación anterior implica el paralelo incremento del protagonismo aplicativo de las normas de transposición de los Estados miembros, que deben completar el conjunto normativo, sin cuya actuación coordinada no es posible el funcionamiento adecuado del entramado jurídico elevado en torno a la SE.

La novedad del planteamiento normativo contenido en el Reglamento obliga a los Estados miembros a reformar la regulación mercantil, abriendo los ordenamientos nacionales a las diversas posibilidades ofrecidas por la norma comunitaria ¹³, en cumplimiento del mandato previsto en el art. 68 del Reglamento SE, que obliga a estos a adoptar las disposiciones precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. En el caso español, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España cumple ese papel (en adelante, LSE) ¹⁴. De un lado, la SE es una nueva forma social que se adiciona al catálogo de las reconocidas por los ordenamientos nacionales, con el objetivo de ampliar la libertad de establecimiento en territorio comunitario, pero todo ello exige ajustar las normas mercantiles de los Estados miembros a esta nueva realidad. En concreto, aunque el diseño originario pretendía conseguir una normativa sustantiva completa de carácter comunitario, la versión finalmente adoptada ha preferido una solución menos ambiciosa que conjuga la normativa supranacional con las normas legales aplicables a las sociedades anónimas en el derecho interno. La puesta en marcha de este plural sistema de fuentes, supone la reducción de elementos de unidad en las sociedades europeas creadas a partir del mismo, en la medida en que los derechos nacionales aportarán diversidad a una parte sustancial de la normativa aplicable; a cambio, la inserción de la nueva forma social en las legislaciones de Estados miembros produce menos rechazo, pues en principio la nueva figura societaria puede incorporarse con menores dificultades a las tradiciones mercantiles nacionales.

¹¹ GÓMEZ GORDILLO, R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, pág. 93 y ss.

¹² CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores...» *op. cit.*, pág. 374.

¹³ Sobre los aspectos mercantiles, VV.AA.: *La Sociedad Anónima Europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004; *La Sociedad Anónima Europea: análisis del Reglamento CE núm. 2157/2001 del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2004; *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

¹⁴ BOE de 15 de noviembre de 2005.



En nuestro caso, uno de los problemas de mayor complejidad que planteaba al legislador español el Reglamento comunitario residía en la determinación de la forma de gobierno de la nueva sociedad, en concreto, si las SE constituidas en España tenían que adoptar necesariamente el «sistema monista» de administración —el sistema tradicional de las sociedades anónimas en nuestro país— o si, por el contrario, podrían también optar por un «sistema dual», caracterizado por la existencia de un órgano de control o consejo de control y un órgano de dirección. En el caso de que se reconociera la posibilidad de opción, se plantearía una segunda cuestión, si la forma dual debía ser exclusiva de las sociedades anónimas europeas o si, por el contrario, la facultad de opción debía generalizarse a todas las sociedades anónimas. La LSE considera que la facultad de opción entre «sistema monista» y «sistema dual» debe concederse a todas las sociedades anónimas europeas, razón por la cual el legislador mercantil se ve obligada a establecer ex novo las reglas de ordenación del gobierno de las sociedades constituidas bajo el sistema dual (arts. 327 ss. LSE). Sin embargo, respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar las bondades del nuevo modelo. Por ello, el alcance de la norma es muy limitado, pues sólo procede a añadir un nuevo capítulo al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, estableciendo las previsiones indispensables para la plena operatividad de las nuevas sociedades.

2. LA COORDINACIÓN DE PLANOS NORMATIVOS

Retomando la experiencia adquirida con la puesta en marcha de la Directiva CEU, el legislador comunitario da un nuevo paso adelante, pues en esta ocasión la complejidad del sistema se incrementa con el protagonismo central otorgado al Reglamento SE, ausente en el supuesto de las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, estructuras que no precisan de nueva regulación mercantil. De esta manera, el Reglamento SE asume el papel de norma principal, remitiendo a las normas de transposición de la Directiva SE, la facultad de complementar la institución societaria de nueva creación, y estableciendo los puntos de conexión entre regulación principal y regulaciones complementarias. Bien es cierto, que como se ha dicho más arriba, la especialmente imperativa regulación contenida en la Directiva SE reduce el margen de actuación de los Estados miembros, cuya labor en un buen número de materias se ha limitado a reiterar los preceptos comunitarios, pero desde un punto de vista formal el conjunto normativo apli-



cable es el compuesto por el Reglamento SE y las normas nacionales de transposición de la Directiva SE, en nuestro caso, entre el Reglamento SE y la LITSE¹⁵. Resuelto el reparto competencial haciendo uso de un criterio material, aspectos mercantiles y aspectos laborales, nuestra discusión debe centrarse en los aspectos laborales y, en concreto, en la determinación del alcance de las normas de transposición de la Directiva, pues la transnacionalidad del ámbito subjetivo de aplicación del conjunto normativo, provoca la paralela aplicación transnacional de las normas de transposición, como ya ocurriera con las normas de transposición de la Directiva CEU.

En concreto, el Grupo de Expertos diferencia entre disposiciones principales, dotadas de aplicación extraterritorial, y disposiciones accesorias, únicamente aplicables en territorio de un Estado miembro. Junto a las anteriores, algunas disposiciones tienen carácter mixto, pues incluyen ambos tipos de mandatos normativos¹⁶. Las disposiciones principales deben aplicarse a la SE en su conjunto, independientemente del territorio en que se ubiquen las empresas filiales o los centros de trabajo dependientes de ésta, por lo que su ámbito de aplicación responde al principio de extraterritorialidad, para cuya efectividad las normas nacionales deben incluir expresas referencias de sumisión a las normas de transposición de los Estados miembros en los que la SE fije su sede y a los acuerdos adoptados conforme a las mismas¹⁷. Estas disposiciones constituyen el núcleo duro de la norma de transposición, conteniendo la mayoría de las obligaciones impuestas a las sociedades que adopten dicha forma. En ordenamiento español, este tipo de disposiciones se encuentran agrupadas en el Título I de la LITSE, como establece la rúbrica del mismo, aplicables a las sociedades europeas domiciliadas en España. Dichas disposiciones serán aplicadas al conjunto de estas sociedades y a los trabajadores que prestan sus servicios en ella, independientemente del lugar en que se ubiquen las filiales o centros de trabajo donde estos desarrollen su prestación laboral. Desde el punto de vista de los contenidos, las normas principales regulan el procedimiento de negociación que debe materializar los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, incluyendo las normas de constitución y funcionamiento de la comisión ne-

¹⁵ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, BOE de 19 de octubre.

¹⁶ La tabla resumen incluida en la pág. 4 resulta especialmente aclaratoria, sin perjuicio de lo cual conviene revisar el documento de trabajo núm. 3, incluido en las págs. 16 ss del informe final. «CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS À la suite de la réunion des Directeurs-Généralistes des Relations de Travail du 15 et 16 mai 2003», 30 de abril de 2003.

¹⁷ Según establecen los arts. 6 y 7 de la Directiva SE la norma de transposición aplicable al procedimiento de negociación y las normas de referencia serán las del Estado donde vaya a situarse la sede social de la SE. En el caso español, el art. 32 LITSE cumple dicha función.



gociadora, desarrollo y duración de las negociaciones, y contenido, eficacia, vigencia, prórroga y renegociación del acuerdo; en los supuestos expresamente previstos, en defecto de acuerdo, los derechos de implicación de los trabajadores han de ser establecidos por el legislador nacional, disposiciones que también poseen naturaleza principal, si bien por su aplicación subsidiaria son denominadas por el legislador español con dicho calificativo, aunque el legislador comunitario las agrupe bajo el término de «disposiciones de referencia»¹⁸. Desde el punto de vista técnico jurídico, la Directiva SE aborda la regulación relativa a las disposiciones principales con un mayor grado de imperatividad, reduciendo el margen de disposición de los Estados miembros, circunstancia que distancia a la norma comunitaria de los tradicionales perfiles que para este tipo de normas fija el art. 251 TCE.

Por el contrario, las normas accesorias contenidas en las leyes de transposición son únicamente aplicables a los centros de trabajo de la SE ubicados en el propio Estado miembro, por ello su ámbito de aplicación responde al principio de territorialidad¹⁹. Se trata de disposiciones de carácter instrumental, en el caso español, contenidas en el título II de la LITSE. Dichas disposiciones regulan aspectos relacionados con la selección, designación y protección de los representantes nacionales de los trabajadores. Con respecto a los aspectos técnicos, la transposición de las disposiciones accesorias permite un mayor margen de actuación a los legisladores nacionales, por su menor importancia para el funcionamiento del conjunto normativo, pues como ya se ha dicho, resultan únicamente aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades anónimas europeas con domicilio en cualquier otro Estado miembro.

Finalmente, las normas contenidas en el Título preliminar fijan el objeto de la norma de transposición y una serie de definiciones de carácter horizontal en las que, como no podría ser de otra manera, se mantiene la literalidad del texto de la Directiva SE.

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SE AL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

Si como se ha dicho, la adopción por los Estados miembros de la Directiva SE responde al propósito de asegurar la participación de los trabajadores en las sociedades europeas, sin que se produzca merma de los derechos y prácticas existentes en las sociedades participantes en su constitución, el proceso de transposición de la norma comunitaria a los ordenamien-

¹⁸ Así las denomina el art. 7 Directiva SE.

¹⁹ Así lo establece expresamente el art. 27 LITSE.



tos jurídicos de los Estados miembros debe asegurar el cumplimiento de dicho objetivo. Siguiendo el diseño del conjunto normativo comunitario en este ámbito, las normas nacionales poseen un carácter complementario de la regulación de naturaleza fundamentalmente mercantil contenida en el reglamento. Así como Reglamento SE y Directiva SE constituyen un conjunto indisociable, las normas estatales de adaptación de la regulación mercantil²⁰ y transposición de los aspectos ligados a la participación de los trabajadores deben mantener dicho carácter, al objeto de garantizar la implicación de los trabajadores en ella, entendida como la información, la consulta y la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa.

A pesar de lo dicho, la aparición de la norma de transposición española se dilató largo tiempo, superando ampliamente el plazo establecido en la norma comunitaria²¹. El incumplimiento de dicha obligación se produce de forma doble, de una lado, la norma de transposición española ha sido aprobada con dos años de demora, sobre el plazo fijado en la Directiva; de otro, la publicación de la LSE y la LITSE se ha producido con casi un año de diferencia, con lo que, a pesar de las cautelas legislativas, la temida separación se produce al menos en el plano cronológico²². La inobservancia de los plazos establecidos contrasta con el interés mostrado por el legislador comunitario, para quien la aplicación de ambas normas debe realizarse de forma conjunta²³, objetivo en virtud del cual incluso se alteró la tradicional aplicación inmediata que corresponde a los Reglamentos, que en esta ocasión se pospuso para permitir la adopción de las medidas nacionales de transposición de la Directiva por los órganos correspondientes de los Estados miembros²⁴. Tal decisión debe ser positivamente valorada, pues si se parte de la naturaleza complementaria de la norma laboral frente a la mercantil, mal podría cubrirse dicha función en caso de ausencia temporal de la correspondiente regulación. Pero conviene también precisar que, prescindiendo

²⁰ En nuestro país, Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, BOE de 15 de noviembre.

²¹ El artículo 14 Directiva SE establecía como plazo el 8 de octubre de 2004, fecha en la que los Estados miembros debían haber establecido las normas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

²² Sobre la necesidad de aplicación conjunta, *vid.* CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pág. 374; VALDÉS DAL-RE F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *op. cit.*, pág. 10.

²³ El Considerando 19 del Reglamento reconoce que las disposiciones previstas en la Directiva tienen el carácter de complemento indisociable, consecuencia de lo cual deben aplicarse «concomitantemente».

²⁴ El Considerando 22 del Reglamento advierte expresamente de dicho retraso.



do de la dualidad normativa, la entrada en vigor del Reglamento difícilmente hubiera podido producirse de manera inmediata como suele ser habitual, en la medida que el Reglamento SE es una norma atípica entre los reglamentos comunitarios, pues como ya se ha comentado su rigor aplicativo queda claramente modulado por la complejidad del conjunto normativo puesto a disposición de las SE ²⁵.

La relevancia del cumplimiento puntual de la obligación de transposición había sido también destacada por el grupo de expertos, para quienes el incumplimiento de los plazos podría producir importantes desajustes, impidiendo la constitución de una SE en un país en ausencia de norma de transposición ²⁶, efecto que se extendería a los supuestos en que habiendo sido transpuesta la norma en el país en el que la SE ha decidido constituirse, dicho proceso normativo no se hubiera verificado en alguno de los estados en los que esté domiciliada alguna sociedad participante en el proceso de constitución de la SE ²⁷. Por tales motivos, el grupo de expertos proponía la simultánea entrada en vigor de las normas de transposición en la fecha prevista como tope por el legislador comunitario ²⁸, estableciendo diversas posibilidades en caso de incumplimiento. Comoquiera que finalizado el año 2006 casi la totalidad de los países obligados habían realizado, con más o menos retrasos, las labores de adaptación y transposición de la normativa comunitaria, el interés práctico de profundizar en la presente discusión resulta bastante limitado ²⁹.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 137.3 TCE, los Estados miembros podían encomendar a los interlocutores sociales la materialización de las labores de transposición de la Directiva, quienes mediante un acuerdo deben establecer las disposiciones que permitan alcanzar los objetivos de la Directiva. Como en el caso de la Directiva CEU, tampoco en esta ocasión el Estado español ha explorado dicha posibilidad, mantenien-

²⁵ CASAS BAAMONDE M.E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.* pág. 374.

²⁶ «CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS À la suite de la réunion des Directeurs-Généraux des Relations de Travail du 15 et 16 mai 2003», 30 de abril de 2003, pág. 5; CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 371.

²⁷ Sobre los problemas derivados de la ausencia de transposición o transposición incompleta, *vid.* VÁZQUEZ F.: «La participación de los trabajadores: La dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva» en Esteban Velasco G. y Fernández del Pozo L (Coord.) *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 935.

²⁸ «CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 4.

²⁹ En la actualidad, 27 estados han cumplido con la obligación de transposición permaneciendo pendiente de materialización el proceso en Irlanda, estado contra quien la Comisión ha iniciado el correspondiente procedimiento judicial, en aplicación de lo previsto en el artículo 226 TCE (C-330/06 Comisión v. Irlanda).



do el ya tradicional sistema de transposición español por vía heterónoma. Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente cómo en cumplimiento de la Declaración para el diálogo social Competitividad, empleo estable y cohesión social, suscrita el 8 de julio del año 2004 por el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT, el contenido de esta norma de transposición, ha sido sometido a la consideración de las citadas organizaciones. Si bien es cierto que desde el punto de vista técnico jurídico esta circunstancia en ningún caso puede presentarse como semejante al acuerdo de transposición al objeto previsto en el artículo 137.3 TCE, desde el punto de vista práctico supone la consecución de un alto nivel de acuerdo de los interlocutores sociales sobre el contenido de la norma de transposición. La transposición mediante norma heterónoma es el procedimiento utilizado con carácter general por el resto de los Estados miembros, pues únicamente en un supuesto, el caso belga, se ha procedido a transponer mediante acuerdo colectivo, pero también en este supuesto la eficacia de dicho acuerdo ha debido completarse mediante norma estatal ³⁰.

En otro orden de cosas, el procedimiento de transposición español resulta peculiar en algún otro aspecto, pues la LITSE introduce en el sistema normativo interno, no una sino dos directivas comunitarias, las correspondientes a la implicación de los trabajadores en las empresas que adopten la forma de sociedad anónima europeay a las que se configuren como cooperativas europeas. Tan inusitada práctica, justificada por el propio legislador en razones de economía legislativa, pudiera provocar algún problema interpretativo.

Como ya se señaló con anterioridad, Reglamento SE y Directiva SE son normas complementarias, cuya aplicación debe producirse de forma coordinada lo que determina semejante carácter para las normas internas, en nuestro caso la LSE y la LITSE mantienen dicho carácter complementario. La homogeneidad en el instrumento normativo quizás hubiera aconsejado la inclusión de ambas regulaciones en una ley única. Recuérdese que la justificación de la separación de fuentes comunitarias tenía por objeto la posibilidad de hacer uso de normas de distinta configuración y eficacia; por el contrario, si en el proceso de transposición, habiendo sido desestimada la posibilidad de transponer la Directiva mediante acuerdo colectivo, se produce una homogeneización de fuentes normativas, la opción de regular de manera separada no ha de obedecer a razones técnico jurídicas, por consiguiente deben ser argumentos de otra índole los que soporten tal decisión,

³⁰ *Convention Collective de travail n.º 84 du 6 octobre 2004, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant l'implication des travailleurs dans la société européenne; rendue obligatoire par Arrête Royal du 22 décembre 2004; (Staatsblad 19/01/2005).*



entre los que sin duda pueden prevalecer los relacionados con la naturaleza mercantil y laboral de los aspectos regulados en sendas normas.

4. LA VINCULACIÓN ENTRE REGULACIÓN MERCANTIL Y REGULACIÓN LABORAL

Ya ha sido comentado «el esencial papel desempeñado por el Reglamento SE en el particular conjunto normativo integrado por su regulación y la de la Directiva que la complementa»³¹. De la misma manera, la LSE no agota el conjunto de la materia objeto de regulación dejando a la LITSE los aspectos laborales de la institución societaria. En este reparto o distribución de materias, corresponde a la LSE la fijación de los vínculos entre ambas normas, asociando la regulación complementada a la regulación accesoria o, en otras palabras, adoptando la norma mercantil el protagonismo que le corresponde como norma principal frente a la norma laboral, en esta ocasión, de naturaleza accesoria. Veamos ahora, de qué forma el legislador español ha materializado en el derecho interno las previsiones contenidas en la compleja arquitectura comunitaria.

El artículo 68 del Reglamento SE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. La LSE tiene como objetivo cumplir este específico mandato respecto de las sociedades europeas que tengan previsto domiciliarse en territorio español. Puesto que la SE es una nueva forma social que se añade al catálogo de las sociedades conocidas en el ordenamiento español, ampliando así la libertad de establecimiento en el territorio de la Unión Europea, el legislador español se ve obligado a hacer un espacio a dicho nuevo tipo social, para lo que ha resuelto incluir un nuevo capítulo al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas³², a fin de asegurar la plena operatividad de la normativa comunitaria, e incorporando los mecanismos de tutela de los intereses particulares de socios y de acreedores y del interés público.

Aunque como se ha repetido, Reglamento y Directiva no establecen un modelo único de implicación de los trabajadores en la vida societaria, ambas normas se preocupan de asegurar el establecimiento de alguna fórmula de implicación, independientemente de la forma de constitución de la SE. El artículo 12.2 del Reglamento SE condiciona la validez del registro de la SE en cualquier Estado miembro al cumplimiento de las previsiones contenidas en la Directiva SE, es decir a la conclusión de un acuerdo en las con-

³¹ Sobre el particular ampliamente, CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, págs. 373 ss.

³² Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, BOE de 27 de diciembre.



diciones establecidas en la misma, o a la sustitución de un modelo de implicación propio por derechos de información y consulta, o a la aplicación subsidiaria de las disposiciones contenidas en el Anexo ³³; por esta vía, la materialización de un acuerdo de implicación de los trabajadores, mediante cualquiera de los medios previstos en la Directiva, se manifiesta como *conditio iuris* para el registro de la SE ³⁴. En esta misma línea garantista, el artículo 12.4 del Reglamento prohíbe previsiones estatutarias contrarias a las disposiciones de implicación acordadas, o impuestas subsidiariamente, de existir previamente dichas disposiciones deberán ser modificadas. De esta manera, la implicación de los trabajadores se convierte en una cuestión interna de la vida societaria, circunstancia que se erige en la mayor novedad para la tradición mercantil española, «en cuanto queda indisolublemente ligada a su funcionamiento como empresa corporativa» ³⁵.

Paralelamente, y como parte de este complejo sistema de equilibrios entre intereses societarios y laborales, la norma reconoce a las Juntas Generales de las sociedades que acuerden constituir una SE mediante la fusión o creación de una sociedad *holding* la facultad de condicionar el efectivo registro de la SE a la ratificación expresa por la Junta General de las disposiciones sobre implicación de los trabajadores, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 23.2 y 32.6 del Reglamento ³⁶.

Por su parte, aunque el nuevo capítulo XII de la LSA no prevé ninguna disposición expresa, la aplicabilidad directa del Reglamento permite mantener las anteriores afirmaciones con relación a las SE domiciliadas en España. A tal efecto, la exposición de motivos de la LSE señala la coexistencia aplicativa de las normas comunitaria e interna, y la complementariedad de la LITSE, norma para quien la misma exposición de motivos reconoce relevancia trascendental, calificativo que hace derivar de la prohibición de inscripción prevista en el Reglamento SE cuando no se hayan cumplido las previsiones de la Directiva SE. En la misma línea de razonamiento, cabe mencionar lo señalado en el nuevo artículo 312 LSA, conforme al cual las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España se registrarán por lo establecido en el Reglamento SE y por «la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas», referencia inequívocamente realizada a favor de la LITSE.

³³ CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 374; SEQUEIRA MARTÍN A.: «La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea» en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea...*, *op. cit.*, pág. 379.

³⁴ VELASCO SAN PEDRO L.A.: «Características generales ...», *op. cit.*, pág. 91.

³⁵ VELASCO SAN PEDRO L.A.: «Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación», en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea...*, *op. cit.*, pág. 91.

³⁶ VALDÉS DAL-RÉ F.: «La implicación de los trabajadores ...», *op. cit.* pág. 91.



Dicho lo anterior, los puntos de conexión internormativa, más allá de las remisiones generales (artículos 312, 328 y 333 LSA), deben establecerse entre el Reglamento SE y la LITSE, ante la ausencia de regulación expresa en la LSA. En primer lugar, el artículo 1 LITSE, tras poner de manifiesto que el objeto de la norma es la regulación de la implicación de los trabajadores en las entidades registradas conforme a la forma SE, *sensu contrario* excluyendo de su ámbito de aplicación el resto de modalidades societarias, se preocupa de dejar suficientemente claro que todas las SE domiciliadas en España deberán establecer disposiciones sobre implicación de los trabajadores. Esta contundente afirmación debe modularse con la adecuada interpretación del último inciso del precepto, que ajusta la obligación precedente a «las condiciones establecidas» en la propia norma, regulación que como más adelante se dirá permite un amplio y flexible abanico de posibilidades, en su naturaleza e intensidad, de cumplimiento de las facultades de implicación reconocidas a los representantes de los trabajadores.

En segundo lugar, el artículo 12.3 LITSE reitera la prohibición contenida en el artículo 12.4 del Reglamento SE, imponiendo la adecuación de los Estatutos de la SE a las disposiciones sobre implicación de los trabajadores contenidas en el acuerdo alcanzado entre los órganos competentes de la SE y la representación de los trabajadores, ya sea con los contenidos previstos en el artículo 8.1 LITSE (derechos de implicación) o con el más limitado alcance señalado en el artículo 8.2 LITSE (derechos de información y consulta) e, incluso, mediante la decisión de adoptar el contenido prefijado en las disposiciones de referencia (artículo 14.1.a LITSE). Por último, en los supuestos de fracaso del proceso de negociación, el desarrollo aplicativo del condicionamiento de la inscripción de la SE a la aplicación de las disposiciones de referencia merece ser analizado con mayor detenimiento.

De un lado, finalizado sin acuerdo el plazo de negociación ordinario y, en su caso, el período de prórroga eventualmente acordado por las partes (artículo 10.1 y 2 LITSE), la fijación de los derechos de implicación de los trabajadores queda determinada por el contenido de las normas de referencia a tal efecto previstas en el Capítulo II LITSE, por aplicación de lo previsto en el artículo 14.1.b) LITSE. El apartado 1.º del artículo 14.1.b) exceptúa la aplicación de las disposiciones subsidiarias cuando la comisión negociadora haya finalizado con acuerdo en torno a las previsiones del artículo 8.2 LITSE, es decir cuando dos tercios de ésta hayan convenido someterse a las disposiciones sobre información y consulta previstas en el Estado miembro en que la SE tenga trabajadores, previsión de difícil interpretación sobre la que se volverá más adelante. En cualquier caso, no resulta discutible la facultad de la comisión negociadora de renunciar a establecer un modelo



propio de implicación³⁷, y la paralela licitud de renunciar por la misma vía a la aplicación de las disposiciones subsidiarias correspondientes. Lo que no resulta igualmente claro es el papel de la representación empresarial en estos supuestos, en concreto, si es posible una improbable negativa a la sumisión al acuerdo de la comisión negociadora por parte empresarial. A este respecto, conviene señalar cómo el apartado 2.º del artículo 14.1.b) LITSE condiciona la efectiva aplicación de las disposiciones subsidiarias a la conformidad de los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes, a quienes en este supuesto únicamente cabe la posibilidad de renunciar a la constitución de la SE o aceptar la imperativa aplicación de las disposiciones subsidiarias³⁸. De igual forma que coincidimos en la naturaleza declarativa del anterior precepto, debemos concluir que una hipotética negativa de los órganos competentes de alguna de las sociedades a aceptar la fórmula menos intensa de implicación de los trabajadores prevista en la norma no implicará la imperativa reapertura del proceso de negociación, sin perjuicio de lo cual las sociedades afectadas podrían renunciar a continuar con el proceso de constitución. El hecho de que no exista previsión expresa sin duda se debe a la improbabilidad del supuesto, pero también al indiscutible origen político de la inclusión del apartado 2.º de referencia, previamente contenido en el artículo 7.1.b) de la Directiva SE³⁹. No existiendo la misma sensibilidad respecto a la negativa a establecer sistemas de participación de los trabajadores en la empresa, poco sentido tenía reiterar la ex-

³⁷ CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 374.

³⁸ «Las reglas del Reglamento no dejan margen de decisión alguno a las sociedades participantes sobre esa aplicación, que surge directamente del fracaso de las negociaciones, esto es, de la expiración de su plazo sin que se haya celebrado ningún acuerdo. La decisión de aceptar esa aplicación a la que se refiere el art. 7.1.b) de la Directiva no significa otra cosa que el innecesario reconocimiento expreso de la facultad de las sociedades participantes de renunciar a la constitución de la SE iniciado el proceso fundacional, facultad que naturalmente les corresponde según el Reglamento (arts. 23.2, 32.6, 36 y 37.7 y 8) sin necesidad de que la Directiva lo reitere» CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 375.

³⁹ Sobre la importancia política de dicha disposición, *vid.* CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 120: «La rédaction alambiquée de cette disposition aide à la confusion. Quand on analyse toutefois les travaux préparatoires au Conseil, on comprend que, plus qu'une règle juridique, on a voulu faire passer un message politique susceptible de renforcer le consensus. En fait, l'un des arguments utilisés par les opposants du compromis qui se dessinait au Conseil au cours des deux dernières années de débats consistait à défendre qu'il ne serait pas approprié d'imposer la participation à des sociétés contre leur volonté, notamment dans des situations où la participation n'était pas majoritaire au sein de l'ensemble des sociétés participantes. L'expression en cause vise à rappeler les pouvoirs de décision ultime des sociétés participantes, ce qui est sûrement critiquable d'un point de vue de la technique législative, mais a joué un rôle important dans la création des conditions politiques pour l'adoption finale du texte».



presa referencia a los en ningún caso cuestionados poderes de decisión de las sociedades participantes.

En una manifestación fuerte del principio antes-después, el art. 12.3 del Reglamento condiciona la inscripción de la SE en un Estado miembro que haya ejercido la cláusula de *opting out*, a su vez prevista en el artículo 7.3 de la Directiva, a la celebración de un «acuerdo de implicación —incluida la participación— de los trabajadores», salvo que antes de la inscripción ninguna de las sociedades participantes «hubiera estado sujeta a normas de participación». Ello debiera impedir que tras una operación de fusión, los representantes de los trabajadores vean reducidos, en contra de su voluntad pues la norma permite el acuerdo en tal sentido, derechos de participación ejercidos con anterioridad en virtud de lo dispuesto legal o convencionalmente. El interés demostrado por el gobierno español durante el proceso de elaboración de la normativa comunitaria en la materia ⁴⁰, permitía suponer que el legislador español haría uso de dicha posibilidad llegado el momento de la transposición. Por el contrario, la LITSE no ha hecho uso de dicha posibilidad y, por consiguiente, las sociedades europeas constituidas inscritas en España, en ausencia de acuerdo, deberán respetar los derechos de participación de mayor intensidad de entre los vigentes en cualquiera de las sociedades participantes, antes de la inscripción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.1.b) LITSE ⁴¹.

5. INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Desde el punto de vista de los contenidos ni el Reglamento ni la Directiva establecen de forma directa nuevos derechos para los trabajadores de la SE, pues su función normativa se consume en el establecimiento de un derecho/deber de negociación. Dicho lo anterior, no cabe duda que la regulación metódica del procedimiento y de las materias objeto de negociación, y la paralela prohibición de inscripción a la que ya se ha hecho referencia constituyen un marco que garantiza la fijación convencional, o subsidiariamente legal, de derechos de información y consulta en todas las SE y, en su caso, el mantenimiento de los derechos de participación vigentes. El legislador comunitario apuesta por la autonomía colectiva, como ya hiciera en la regulación de los comités de empresa europeos, para la fijación del conte-

⁴⁰ Posición calificada por la doctrina de «acusadamente dogmática; o, mejor aun, acusadamente ideológica» VALDÉS DAL RÉ F.: «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *RL* núm. 15-16, 2003, pág. 5.

⁴¹ En transcripción literal de lo dispuesto en el Parte 3 del Anexo de la Directiva.



nido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE. Directiva y Reglamento sirven de soporte normativo para la puesta en marcha de un procedimiento de negociación, cuyo funcionamiento adecuado deberán garantizar los Estados miembros. Aunque, como se viene diciendo, la regulación comunitaria tiene naturaleza procedimental, puede afirmarse que en esta ocasión el contenido sustantivo es algo superior.

De manera indirecta, el legislador comunitario consigue imprimir un mayor grado de delimitación de conceptos como información, consulta y participación, que en la práctica puede determinar un importante proceso de homogeneización sobre este conjunto de derechos en el ámbito de la UE. La técnica normativa resulta algo compleja pero singularmente pragmática, pues aunque la Directiva no establece de manera directa derechos subjetivos de información, consulta y participación a favor de los trabajadores de la SE, obliga a negociar sobre ellos definiendo previamente qué debe entenderse por tales conceptos. De esta forma, excluye del proceso de negociación la transacción sobre aspectos centrales, es decir, la definición de los conceptos antedichos es una forma clara de regular por vía legal aspectos fundamentales que quedan al margen de la voluntad de las partes. Bien es cierto que las definiciones ofrecidas resultan bastante abiertas⁴², pero sin lugar a dudas la opción de dejar en manos de los negociadores tales definiciones hubiera resultado una posibilidad menos garantista. Se incorpora, de este modo, la técnica legislativa, ensayada para el caso del concepto de consulta con motivo de la Directiva CEU, que consiste en afirmar unos principios generales antes que en enumerar una lista de los actos a llevar a cabo para cumplir correctamente con la obligación de información⁴³.

Es aquí donde con mayor claridad se observa la transformación de hecho de la Directiva como fuente de derecho comunitario, norma que adopta perfiles tradicionalmente reservados al Reglamento comunitario⁴⁴. La definición de estos conceptos mediante una Directiva puede resultar un contrasentido, pues si estas normas únicamente obligan a los Estados miembros a conseguir unos objetivos, dejando en manos de las instituciones nacionales la elección de los medios, los legisladores nacionales podrían alterar el contenido de dichos preceptos en el momento de la transposición. Por el contrario, el Grupo de Expertos negaba esa posibilidad, al entender que a los

⁴² CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 380.

⁴³ MERCADER UGUINA J: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», *RMTAS* núm. 57, pág. 16.

⁴⁴ CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 366; esta singularidad ya fue observada con ocasión de la aprobación de la Directiva CEU, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 106 y ss.



legisladores nacionales únicamente les cabe reproducir la definición o, por el contrario, limitar de manera más intensa el espacio de la autonomía colectiva precisando el contenido de los derechos reconocidos en cada Estado miembro ⁴⁵. La misma técnica ha sido utilizada con notable éxito por la Directiva CEU, aunque en aquel supuesto únicamente se definía el concepto de consulta, produciéndose una extraña ausencia de definición de su habitual compañero de viaje la información ⁴⁶. En ambos casos, la respuesta de los legisladores nacionales ha sido similar y unánime, en el sentido de acogerse a la primera de las posibilidades enunciadas, esto es, reproducir fielmente las previsiones contenidas en la Directiva, absteniéndose de incorporar nuevos elementos que podrían contribuir a una mayor concreción de los conceptos englobados bajo el término implicación, opción que por otra parte permite a los negociadores un amplio margen delimitador ⁴⁷.

Pero si como más arriba se ha dicho, la norma comunitaria y la posterior decisión de los Estados miembros de reproducir los conceptos definidos por la primera sin alteraciones en las normativas internas permite reconocer un importante esfuerzo homogeneizador, el examen de las definiciones de los conceptos de información y consulta contenidas en el resto de la normativa comunitaria no arroja similares resultados. Por el contrario, las diversas directivas que hacen referencia a dichos conceptos utilizan definiciones autónomas, dando lugar a una diversidad conceptual que solo puede ser valorada negativamente ⁴⁸. La ausencia de un concepto único resulta un

⁴⁵ En concreto, sobre la definición de información: «*Les Etats membres pourront choisir entre reproduire dans les dispositions nationales la définition de la directive ou procéder, en s'y inspirant, à des précisions sur le contenu de l'information, par le biais, par exemple, d'un catalogue de données à fournir aux représentants, ainsi que sur une définition précise du moment et de la forme par lesquels ces données doivent être fournies*» CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 8

⁴⁶ Recuérdese que la Directiva CEU incluye en su título ambos conceptos: «... sobre la constitución de 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»; sobre la ausencia del concepto en la Directiva CEU, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: *El comité de empresa europeo*, CES, 2003, págs. 302 y ss.

⁴⁷ Como ejemplo, véase la § 2 (10) de la Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft 22/12/2004; publication Bundesgesetzblatt Teil 1 (BGB 1) 28/12/2004 03675-03701 73; o el nuevo artículo L-439-25 del Code du Travail; o, por último, lo dispuesto en materia de participación por el art. 2.1.m) Decreto Legislativo 19 agosto, 2005, núm. 188 Attuazione della Direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda el coinvolgimento dei lavoratori.

⁴⁸ El Grupo de Expertos SE había aconsejado la unificación de la definición del concepto de consulta en el proceso de transposición a los derechos internos en los siguientes términos: «*Rien ne semble empêcher que les Etats membres unifient en droit interne les notions de consultation pertinentes aux effets de la présente directive et de la directive 2001/14/CE*». CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS...» *op. cit.*, pág. 8.



contrasentido que hubiera podido ser corregido con la aprobación de la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, sin embargo, las presiones políticas impidieron mantener el contenido de las propuestas iniciales⁴⁹, y la norma que hubiera podido efectivamente establecer un marco general, una unidad conceptual en torno a los derechos de información y consulta, debió contentarse con enunciar definiciones autónomas, con mayor grado de flexibilidad y un menor contenido normativo⁵⁰.

En primer lugar, la LITSE define el concepto de implicación, reiterando las previsiones contenidas en el artículo 2.h) de la Directiva SE, como «la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa» (art. 2.i LITSE). De esta manera, se introduce un nuevo concepto aglutinador que comprende el conjunto de mecanismos reglados que permiten a los trabajadores intervenir en las decisiones de la empresa, de la que deben excluirse las medidas de conflicto colectivo. Hasta la aprobación de la LITSE, estos mecanismos han venido siendo encuadrados por nuestra mejor doctrina bajo el término participación⁵¹; la introducción de este nuevo término, extraño a la tradición iuslaboralista española, únicamente puede entenderse desde la voluntad de contribuir al éxito aplicativo de la norma mediante la coordinación de las normas de transposición que, en casos como el actual, aconseja la modificación de la terminología jurídica tradicional⁵².

La adecuada valoración de la relevancia de la normativa sobre la SE exige detenerse a en la definición del concepto implicación de los trabajadores, pues no conviene perder de vista que el objetivo común de la Directiva SE (art. 1.1.) y de la LITSE (art. 1.1), de ahí sus propias denominaciones, es el de regular la implicación de los trabajadores en la SE. Paradójicamente, siendo éste el concepto central, no ha recibido la atención expresa del Grupo de Expertos, que sí ha estudiado detenidamente los conceptos *ope legis* encuadrados dentro del término implicación, aunque ha suscitado el

⁴⁹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998, DOCE C2 de 5 de enero de 1999.

⁵⁰ Sobre la misma, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: *op. cit.*, págs. 85 y ss.

⁵¹ DURÁN LÓPEZ F y SAEZ LARA C: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales* Madrid, Civitas, 1997; GARRIDO PÉREZ E: *La información en la empresa*, Madrid, CES, 1995; MONEREO PÉREZ JL: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992; RODRÍGUEZ-PIÑERO M: «Diálogo social, participación y negociación colectiva», *RL* núm. 23, 1995.

⁵² Coincidiendo en su polémica novedad, *vid.* CASAS BAAMONDE ME: *op. cit.*, pág. 378.



interés en la doctrina⁵³. Como hemos visto, se define implicación mediante la enumeración de una trilogía de derechos, que se remata con un inciso final a modo de cláusula general. De esta manera, podría entenderse que se trata de una relación de mecanismos, con valor ejemplificativo, a la que acompaña una definición del *nomen iuris* implicación que, por consiguiente, sería toda fórmula que permita a los trabajadores influir en las decisiones de la empresa, cualquiera que fuese ésta. Esta primera interpretación permitiría la inscripción en España de toda SE, siempre que se aporte un acuerdo celebrado conforme a lo previsto en el artículo 8 LITSE, e independientemente de su contenido regulador. Esta conclusión debe rechazarse, la aplicación del principio antes después invalida los acuerdos de sometiendo a las disposiciones de información y consulta vigentes en España, en una SE constituida mediante transformación cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control (art. 8.2 *in fine* LITSE). Más tarde se volverá sobre la aplicación de este principio.

Todo lo anterior nos autoriza a concluir que la implicación de los trabajadores en la SE puede producirse mediante dos vías: de un lado, mediante el ejercicio de los derechos de información y consulta; de otro lado, mediante la participación en los órganos correspondientes de la SE⁵⁴. Al margen de los enunciados, no existen otros mecanismos de implicación, ni resultan válidos acuerdos de implicación que eventualmente reconociesen derechos de información en solitario, o derechos de información y consulta que no respondan a los perfiles fijados por la normativa legal, conforme a las definiciones que seguidamente estudiamos.

De la definición del concepto de derecho de información prevista en la letra j) del artículo 2 de la LITSE⁵⁵, reproducción literal de la letra i) del artículo 2 de la Directiva SE, pueden destacarse algunos rasgos fundamentales, tales como la naturaleza transnacional de las materias objeto de infor-

⁵³ Sobre el mismo, VALDÉS DAL-RÉ F.: «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», *RL* núm. 13, 2003, pág. 8.

⁵⁴ Sobre el margen de decisión de los negociadores, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ F.: «El establecimiento de los derechos de implicación ...», *op. cit.*, págs. 8 y ss.

⁵⁵ Dicho precepto define información como «... la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores, o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a aquellas cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otro Estado miembro, o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE».



mación, la garantía del efecto útil del ejercicio del derecho, y, por último, el carácter instrumental de la información con relación a la consulta. Tratándose de una norma especial, únicamente aplicable a sociedades y cooperativas europeas, el concepto de información debe ajustarse a los aspectos relacionados con la actividad transnacional de estas entidades, dejando en manos de las normas nacionales la regulación de los procesos de información sobre materias de carácter estrictamente nacional. La definición normativa debe conectarse con el principio de no afectación de los sistemas nacionales aplicables a las filiales nacionales que forman parte de la SE, en nuestro país garantizado por el párrafo segundo del art. 32, y con carácter más general por los apartados 3 y 4 de la disposición adicional primera LITSE. La opción legislativa comunitaria resulta plenamente coherente con la aplicación del principio de subsidiariedad en su vertiente horizontal, limitando la actuación comunitaria a la regulación de los aspectos transnacionales, terreno inabarcable por los legisladores nacionales⁵⁶. Otra cosa será la determinación concreta de qué materias afectan al conjunto de la SE, o más claramente qué materias exceden del ámbito de decisión residenciado en un solo Estado miembro, cuestión para cuya resolución difícilmente pueden ofrecerse criterios generales, por lo que habrá que estar a lo que caso por caso decida la jurisprudencia.

Mayor interés y novedad presenta la materialización del principio general comunitario que garantiza el efecto útil de dicha normativa⁵⁷. En concreto, las referencias generales al momento en que la información debe ser suministrada a los representantes, el modo o el soporte, el idioma, y el contenido de los hechos o datos que se ponen en conocimiento de aquellos representantes tienen un doble objetivo que debe cumplirse en todo caso: que los representantes de los trabajadores puedan tomar conciencia del significado de la información transmitida, de los efectos que la situación descrita puede provocar en la sociedad y, cuando sea preciso, preparar adecuadamente el proceso de consulta. Con ello, se pretende evitar toda manipulación informativa que por exceso o por defecto tenga por objeto mantener a los representantes de los trabajadores al margen de la situación de la empresa en cada momento. Por el contrario, los órganos competentes de la SE quedan obligados a mantener plenamente informados a los representantes de los tra-

⁵⁶ Sobre las previsiones correspondientes en la Directiva, *vid.* VALDÉS DAL RÉ F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario», *RL* núm. 11, 2003, págs. 5 y ss.

⁵⁷ En materia de información conviene tener en cuenta la jurisprudencia comunitaria, particularmente la establecida en las SSTJCE de 29 de marzo de 2001, Asunto Bofrost y de 13 de enero de 2004, Asunto Kühne & Angel; sobre el primer caso, TERRADILLOS ORMAETXEA E: «La doctrina TJCE acerca del alcance del derecho de información de los trabajadores conforme a la Directiva 94/95/CE», *RDS* núm. 15, 2001, págs. 143 a 160.



bajadores, haciendo lo posible para que el objetivo establecido en la norma quede plenamente asegurado. En caso contrario, cuando esta obligación sea plena o parcialmente incumplida la SE podrá ser sancionada por falta muy grave, conforme establece el nuevo artículo 10.bis. 2.c) LISOS.

El derecho de información de los representantes de los trabajadores a su vez queda limitado, *ratione materia*, por las excepciones contenidas en el art. 22 LITSE, que fijan los deberes de confidencialidad impuestos a los representantes de los trabajadores y el derecho de reserva reconocido a los órganos de control o administración de la SE. En el primer supuesto, la excepción establecida en el artículo 22.1 LITSE afecta a la libertad de los representantes para transmitir a terceros la información recibida con carácter confidencial; por ello, podría afirmarse que el deber de confidencialidad afecta a los aspectos activos del derecho de información de los representantes comunitarios de los trabajadores. En segundo lugar, el artículo 22.2 LITSE dispensa a los órganos competentes de las sociedades de la obligación de transmitir determinadas informaciones a la representación de los trabajadores; excepción esta última que afectaría al aspecto pasivo del derecho de información de aquellos representantes. La redacción contenida en la LITSE reproduce literalmente las previsiones contenidas en el artículo 22 de la LIC, texto al que únicamente se adiciona un inciso final en el artículo 22.1 LITSE, que conecta el incumplimiento de los deberes de confidencialidad a las responsabilidades que correspondan conforme a las legislaciones nacionales⁵⁸, previsión que en nuestra opinión, aunque conveniente, no supone un cambio sustancial sobre la regulación anterior, en la medida en que dicha posibilidad queda igualmente sobreentendida en la LIC⁵⁹. Por su parte, el artículo 10.2 bis LISOS considera infracciones muy graves los abusos «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». Por último, el artículo 36.3 LITSE indica la idoneidad del proceso del conflicto colectivo para resolver los litigios relativos al deber de confidencialidad y al derecho de reserva⁶⁰.

⁵⁸ En el caso español, sobre el deber de sigilo y su alcance, *vid.* STC 213/2002, de 11 de noviembre, BOE de 29 de noviembre; BOZA PRO G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; LÓPEZ AHUMADA J.E.: «El derecho de información sindical y el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre», *RGDTSS* núm. 3, 2003.

⁵⁹ Para un amplio comentario sobre el deber de confidencialidad y el derecho de reserva en la LIC, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 320 y ss.

⁶⁰ Con relación a la tutela judicial de los derechos de información y consulta en la LIC, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 360 y ss.



Con relación al concepto de consulta, la letra j) del artículo 2 aporta una definición bastante similar a la que ha sido eliminada de la Propuesta modificada de Directiva sobre el marco normativo comunitario de información y consulta, circunstancia que pone de manifiesto la inexistencia de una voluntad política suficiente para unificar los perfiles delimitadores del concepto de consulta en el conjunto de los Estados miembros⁶¹. El interés que muestra el concepto de consulta contenido en la letra k) del artículo 2 LITSE, reproducción de lo previsto en la letra j) del artículo 2 de la Directiva SE, reside en la incorporación de elementos fundamentales como los relacionados con el momento y la forma en que debe llevarse a cabo. Se trata nuevamente de aspectos prácticos que deben permitir la materialización del efecto útil de la norma comunitaria, al servicio del cual la consulta debe permitir a los representantes de los trabajadores expresar su opinión a la representación empresarial, y que ésta pueda ser tenida en cuenta por el empresario. Los órganos societarios competentes quedan obligados a escuchar los argumentos de la representación de los trabajadores y a tomar en consideración sus opiniones, otra cosa no puede extraerse de la letra de la norma cuando impone «la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones» respecto de las materias objeto de consulta. El recto cumplimiento de la norma exige al menos una serie de comportamientos encadenados que determinan la materialización del proceso de consulta, que difícilmente puede entenderse adecuadamente resuelto en un solo acto. Por ello, entendemos que, en primer lugar, se exigiría una fase previa de información acerca de la materia objeto de consulta, fase que deberá responder a las características que de forma general se enunciaron para los procesos de información; en segundo lugar, a pesar de que el procedimiento de consulta es preceptivo, y los órganos competentes de la sociedad deben escuchar y tener en cuenta las opiniones de los representantes de los trabajadores, las prerrogativas empresariales deben permanecer indemnes, pues salvo que los acuerdos de constitución prevean otra cosa, el proceso de consulta no limitará los poderes de decisión del empresario y la opinión de los representantes de los trabajadores no será vinculante. En otras palabras, la noción mínima de consulta prevista en la LITSE no presupone un derecho de veto sobre las decisiones empresariales.

Hasta aquí, las novedades contenidas en la regulación, comunitaria y nacional, de la SE hacen referencia a la extensión de derechos de gran tradición en ambos ordenamientos, no en vano facultades de información y consulta aparecen ya en los años setenta, con motivo de la ordenación comuni-

⁶¹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998 (DOCE C2 de 5 de enero de 1999).



taria de los despidos colectivos y del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresa⁶²; de la misma forma, derechos de información y consulta ya aparecen en la primera redacción del ET. Por el contrario, en extremo novedosa resulta la regulación de derechos de participación, entendidos estos como el derecho a elegir, designar, o a recomendar u oponerse a la designación de determinados miembros del órgano de administración o de control de la SE. Por ello, no deben parecer extrañas las mayores dificultades que el legislador comunitario ha tenido que superar para consensuar una definición de participación en los órganos societarios.

La participación de los representantes de los trabajadores al mayor nivel societario rompe la tradicional naturaleza externa de la actividad representativa sindical, desarrollada al margen de los órganos de dirección de la empresa a través de comisiones negociadoras a nivel de empresa o a nivel de grupo de empresas, pero hasta la fecha al margen de los órganos de dirección o control. La posibilidad de integrar, por ello algunos autores hablan de «participación integrativa»⁶³, a un número determinado de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión de la sociedad permite a estos intervenir en el proceso de formación de la voluntad empresarial, desde el primer momento y en el conjunto de las decisiones ordinarias, independientemente de que éstas puedan o no afectar directamente a los trabajadores de la sociedad. Frente a ello, la participación en órganos externos suele reservar la iniciación de procesos de consultas a situaciones relacionadas con decisiones excepcionales que afectan al empleo y, por ello, la intervención de los representantes de los trabajadores se produce a partir de una primera toma de posición de la dirección de la empresa, sin perjuicio de lo cual, posteriormente dicha inicial pretensión puede cambiar o evolucionar hacia otras posiciones, habitualmente más aceptables por la representación de los trabajadores. Dicho lo anterior, cabe afirmar que desde un punto de vista práctico, consulta y participación permiten la intervención de los representantes de los trabajadores en distintos momentos y sobre materias diversas. Por otra parte, aunque en algunos pasajes de la normativa reguladora ambas facultades parecen presentarse de manera alternativa⁶⁴, nada impide acordar sistemas de participación que incluyan ambas modalidades de implicación de forma complementaria⁶⁵.

⁶² Sobre las originarias Directivas 75/129/CEE y 77/187/CEE, *vid.* GÓMEZ GORDILLO R: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 44 y ss. y bibliografía allí citada.

⁶³ ARRIGO G: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *RMTAS* núm. 52, pág. 7.

⁶⁴ ARRIGO G: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *op. cit.*, pág. 8.

⁶⁵ VALDÉS DAL-RÉ F.: «El establecimiento de los derechos de implicación ...», *op. cit.*, pág. 9.



Cabría plantearse otros mecanismos de implicación, no en vano el art. 2.i LITSE plantea una definición finalista y abierta⁶⁶, pero la participación acordada de los trabajadores, a efectos de aplicación de la LITSE, debe sustanciarse mediante la elección de alguno de los mecanismos de selección de miembros del consejo de administración o control establecidos en el art. 2.i de la propia norma y la determinación del número de miembros a los que afecta dicha forma de selección, con respecto al conjunto del órgano. Con respecto a la condición de miembro del órgano de administración o control en representación de los trabajadores, la referencia a la fijación convencional de sus derechos abre la puerta a especular sobre si es posible que los miembros de tales órganos, más allá de lo relativo a la forma de selección, se vean sometidos a un régimen de derechos y obligaciones diverso en atención a su origen. Al respecto, conviene tener en cuenta que el Reglamento SE establece un estatuto único, al menos en lo que se refiere a la información disponible (arts. 41.5 y 44.2), la máxima duración del cargo (art. 46.1), las incompatibilidades (art. 47.2), el deber de confidencialidad (art. 49) y la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones inherentes a sus funciones (art. 51). En ausencia de disposición legal expresa, cuesta trabajo admitir que puedan limitarse derechos tan relevantes como los de voto por acuerdo de las partes, como en alguna ocasión se ha sugerido, convirtiendo a los representantes de los trabajadores en dichos órganos en meros observadores, versión realmente limitada del derecho de participación⁶⁷.

Con ello, las opciones de los negociadores se limitan a la determinación del número de miembros de extracción social frente al conjunto de los componentes del órgano, y a la forma en que la representación de los trabajadores interviene en la determinación de los miembros de los órganos de administración y control. En el primer caso, tratándose de órganos que deben adoptar sus decisiones por mayoría de sus miembros, resulta obvio reiterar la relevancia especial que adquiere la determinación del número de representantes sociales, aspecto que ha de concentrar encendidos debates en el seno de la comisión negociadora. En esta materia, conviene recordar cómo el Reglamento SE previene contra la posibilidad de predominio de los representantes de los trabajadores en dichos órganos, estableciendo un límite

⁶⁶ Hasta el punto que considera incluido dentro del concepto «cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa»

⁶⁷ En contra, CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores en la...», *op. cit.*, pág. 414; las dudas interpretativas afectan también al Grupo de Expertos que en esta materia no pudo alcanzar una conclusión unánime, *vid.* «Informe Final del Grupo de Expertos SE», *op. cit.*, págs. 65 a 69.



máximo⁶⁸, la composición paritaria, que en su caso es compensado con el reconocimiento de un voto de calidad al presidente del mismo⁶⁹. En el segundo caso, aunque a primera vista, pudiera pensarse que las diferentes opciones ofrecidas por la norma ponen en manos de los representantes de los trabajadores facultades de similar intensidad, desde nuestro punto de vista no cabe equipararlas, pues la facultad de elegir resulta señaladamente más relevante que la de recomendar o la de oponerse a la designación. Si tenemos en cuenta que el derecho de participación se define como la influencia de los representantes de los trabajadores mediante estos instrumentos, parece claro que con carácter general el grado de influencia derivado de la facultad de elegir, entendiendo que ésta implica también la facultad de cesar, a un determinado número de representantes es superior a la alternativa ofrecida por la norma. La facultad de oposición, incluso en el supuesto que se haga extensiva al conjunto de los miembros del órgano de administración y control, ofrece importantes limitaciones, pues el derecho de veto a la designación de determinadas personas, con ser importante, ofrece menores posibilidades de influir en las decisiones de dichos órganos. De la misma forma, la facultad de recomendar, si no va acompañada de la obligación de los órganos correspondientes de aceptar dicha recomendación, no puede equipararse a la posibilidad de elegir o designar, que no precisa la aceptación de los órganos societarios.

6. INFORMACIÓN Y LA CONSULTA COMO MODELO ESTÁNDAR DE IMPLICACIÓN

Si en la Directiva CEU las normas subsidiarias asumen un protagonismo especial, como virtuales normas de mínimos que establecen un modelo estándar de órgano de información y consulta que ha servido de guía a los negociadores, las disposiciones de referencia contenidas en la Directiva SE desempeñan un papel similar, aunque en este caso su aplicación resulta par-

⁶⁸ CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pág. 414.

⁶⁹ El art. 42 Reglamento SE establece: «El órgano de control elegirá de entre sus miembros un presidente. En caso de que la mitad de los miembros hayan sido designados por los trabajadores, únicamente podrá ser elegido como presidente un miembro designado por la junta general de accionistas»; en el mismo sentido se pronuncia el art. 45 con respecto al órgano de administración; por su parte, aplicable a ambos sistemas, el art. 50.2 establece: «A falta de disposición estatutaria al respecto, el presidente de cada órgano tendrá voto de calidad en caso de empate. No obstante, no podrá existir ninguna disposición estatutaria en sentido contrario cuando la mitad del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores».



ticularmente condicionada por la aplicación del principio antes-después. Conviene por ello profundizar en la transposición de las disposiciones contenidas en el Anexo de la Directiva para conocer los requisitos de aplicación en España del modelo estándar de información, consulta y participación prefigurado en la LITSE. En primer lugar, como corresponde a su naturaleza de disposiciones subsidiarias, la aplicación del modelo legal se produce de manera excepcional, únicamente cuando se materialice alguna de las circunstancias previstas en el art. 14 LITSE. En concreto, por acuerdo expreso de las partes (letra a del art. 14.1 LITSE) o por cumplimiento del plazo máximo de negociación establecido sin que hubiera sido posible alcanzar un acuerdo (letra b del art. 14.1 LITSE)⁷⁰. Desde nuestro punto de vista, la mención expresa a la vía del acuerdo de aplicación de las disposiciones subsidiarias tiene carácter declarativo, pues sin tan expreso llamamiento nada impediría a los negociadores la remisión, en parte o en todo, a las disposiciones de referencia a la hora de fijar las condiciones de implicación de los trabajadores en la SE. Por consiguiente, en puridad, la aplicación imperativa de las normas de referencia únicamente se produce por el cumplimiento del plazo de negociación, es decir, en supuestos de fracaso de la vía convencional. Pero con ello no finalizan las dificultades interpretativas del contenido del art. 14.1 LITSE, la aplicación efectiva de las disposiciones subsidiarias por la vía abierta por la letra b) de dicho precepto nuevamente queda condicionada, de manera que el cumplimiento del plazo de negociación debe ir acompañado de dos nuevos requisitos, ahora no alternativos sino acumulativos, a saber: que la comisión negociadora no haya adoptado un acuerdo de renuncia y que los órganos competentes de las sociedades participantes decidan continuar con el proceso de constitución de la SE. En el primer caso, se trata de una previsión lógica pero redundante, pues la inaplicabilidad de las disposiciones de referencia en tales supuestos está previa y expresamente prevista en el art. 8.3 LITSE, cuando regula los acuerdos de renuncia. En el segundo caso, se trata de una previsión de singular importancia, pues determina la reversibilidad del proceso de constitución de la SE cuando los órganos competentes las sociedades participantes se resistan a la aplicación imperativa de las normas de referencia⁷¹. El precepto parece exigir acuerdos expresos sobre la aceptación de la aplicación de las disposiciones subsidiarias en el seno de cada una de las sociedades partici-

⁷⁰ El art. 10 LITSE establece un plazo de seis meses, con la posibilidad de acordar una prórroga de otros seis, a contar desde la fecha en que se dan las condiciones objetivas para que la comisión negociadora hubiera podido quedar válidamente constituida.

⁷¹ VALDÉS DAL-RE, F.: «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, pág. 3.



pantes, interpretación que resulta excesivamente rigorista si tenemos en cuenta que el proceso de registro de la SE ofrece oportunidades suficientes para que las sociedades que así lo deseen muestren su oposición, motivo por el cual podría entenderse que la mera continuidad del proceso finalizado el plazo de negociación permitiría observar la existencia de un acuerdo tácito de los órganos competentes de las sociedades participantes. Por otra parte, cuesta crear que el interés de los órganos sociales por constituir una SE pueda quedar afectado seriamente por la aplicación de un modelo legal de participación que, según estamos viendo, no parece excesivamente revolucionario.

Pues bien, finalizado el periodo establecido legalmente, y en su caso, el periodo suplementario acordado, la aplicación de las normas de referencia discurre por diversos canales, atendiendo a la forma de constitución de la SE (transformación, fusión o holding), a las tradiciones participativas practicadas en las sociedades originarias y a la extensión de dichas prácticas, en aplicación de lo previsto en el art. 14.2 LITSE. Al respecto, debe tenerse en cuenta que si en ninguna de las sociedades afectadas se aplicasen con anterioridad a la inscripción de la SE sistemas de participación, la obligación de establecer sistemas de implicación se reduce a las disposiciones relativas a la información y la consulta (art. 15 ss LITSE), pues no existiendo derechos de participación adquiridos que conservar, el principio antes-después no resulta aplicable (art. 14.3 LITSE). Por tanto, para la aplicación imperativa de las normas de referencia sobre participación (art. 20 LITSE) es condición necesaria la preexistencia de mecanismos de participación en las sociedades afectadas por el proceso de creación de la nueva SE, aunque como a continuación veremos, el concepto preexistencia posee una valoración diversa atendiendo a la forma de constitución de la SE; en caso de que conforme a la regulación legal esa preexistencia no se verifique o no sea de entidad suficiente, el modelo legal de implicación de los trabajadores contiene únicamente derechos de información y consulta. Intentaremos esclarecer tan compleja regulación analizando individualizadamente las diversas posibilidades abiertas por el art. 14.2 LITSE.

En el caso de constitución por transformación, el art. 14.2.a) LITSE diferencia dos supuestos: que en alguna de las sociedades participantes en el proceso de transformación se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control; que en ninguna de las sociedades participantes en el proceso de transformación se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control. En el primer caso, finalizado el proceso de negociación sin acuerdo, «todos los elementos de la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control aplicados antes de la



inscripción de la SE continuarán siendo de aplicación en ella» (art. 20.1.a LITSE); es decir, la participación en los órganos de la SE será similar a la que venía desarrollándose en la sociedad transformada. Dicho de otra manera, el proceso de negociación nace con la garantía de que la transformación de la sociedad no se producirá en perjuicio de los derechos de participación preexistentes; en la práctica, la normativa comunitaria establece exclusivamente la posibilidad de mejora convencional, no en vano, el art. 11.2 LITSE prohíbe de manera expresa la adopción de acuerdos de reducción en las SE constituidas por transformación. En el segundo caso, las previsiones del art. 20 LITSE no serían directamente aplicables en defecto de acuerdo, no quedando la SE obligada a establecer sistema de participación mediante la inclusión de representantes de los trabajadores en los órganos de administración o control (art. 14.3 LITSE); pero también en este caso conviene tener presente la obligación prevista en el art 15 LITSE, que impone la creación de un órgano de representación de los trabajadores, que como más tarde se verá posee perfiles muy similares al Comité de Empresa Europeo previsto en la LIC. La ausencia de imperatividad en la aplicación de las disposiciones subsidiarias contenidas en el art. 20 LITSE no libera a las SE del cumplimiento de sus obligaciones en materia de información y consulta, pues la obligación de crear el órgano de representación de los trabajadores previsto en el art. 15 y 16 LITSE se mantiene para el conjunto de las empresas, las que cumplan los requisitos previstos en el art. 14.3 y las que no los superen. Ciertamente es que la redacción del art. 15.1 LITSE no resulta especialmente afortunada al fijar su ámbito de aplicación a los «casos previstos en el artículo anterior», pues en dicho precepto se hace referencia a todo tipo de supuestos. Pero no es menos cierto que la Directiva SE únicamente vincula al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 7.2 las disposiciones previstas en la Parte 3 del anexo, es decir, las «disposiciones de referencia para la Participación», pero en ningún caso hace referencia a las disposiciones de referencia contenidas en la Parte 1 y 2, las referidas al órgano de representación de los trabajadores y a los derechos de información y consulta que deben satisfacerse en dicho ámbito. En paralelo, no cabe interpretar otra cosa que, en defecto de acuerdo, tanto en caso de verificarse las condiciones previstas en el art. 14.2 LITSE como en el caso contrario, las SE domiciliadas en España deben constituir el órgano de representación de los trabajadores previsto en el art. 15, con la composición y competencias previstas en los arts. 16 y ss LITSE. La única forma de evitar la constitución de dicho órgano de representación de los trabajadores es, como hemos visto, la adopción del acuerdo previsto en el art. 8.2 LITSE, que la norma denomina acuerdo de sometimiento a las normas de información y consulta vigentes en los Estados miembros, y que hemos denominado acuerdos de renuncia.



En el caso de que la SE se constituya mediante un proceso de fusión, nuevamente debe comprobarse si con anterioridad a la inscripción de la SE en alguna de las sociedades participantes se hubiese establecido un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control, aunque a diferencia del caso anterior, ahora los efectos se hacen depender de la extensión de dicha práctica, combinando el criterio cualitativo con un criterio cuantitativo: si dicho sistema afecta, al menos, al 25 por ciento de los trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes, los trabajadores de la SE o sus órganos de representación tendrán «derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes antes de la inscripción de la SE en las sociedades participantes» art. 20.1.b) LITSE; por el contrario, si dicho sistema afectase a un número de trabajadores inferior al 25 por ciento del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes el legislador deja en manos de la comisión negociadora la posibilidad de renunciar a la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación, pues la aplicación del art. 20 LITSE se condiciona a la existencia de un acuerdo al respecto en el seno de la comisión negociadora. En esta ocasión, la posibilidad de renuncia a los derechos de participación se producirá por ausencia de acuerdo, es decir, por la imposibilidad de hacer coincidir la voluntad de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión negociadora requerida en el art. 9.1 LITSE. Pero debe recordarse que la ausencia de acuerdo no afecta a las disposiciones de referencia en materia de información y consulta, que en ambos casos deben aplicarse de manera imperativa. Por último, si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas de participación antes de la inscripción de la SE, se aplicarán las normas de referencia en materia de información y consulta, no siendo aplicables las disposiciones de referencia sobre participación previstas en el art. 20 LITSE.

En el caso de que la SE se constituya mediante la creación de una sociedad «holding» o de una filial común, el porcentaje de trabajadores afectados por las prácticas participativas preexistentes se duplica; de esta manera las normas de referencia sobre participación se aplicarán imperativamente cuando en alguna de las sociedades participantes se aplicase un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al menos al 50 por ciento de los trabajadores empleados en el conjunto de éstas; por el contrario, si dicho sistema afectase a un número de trabajadores inferior al 50 por ciento de los trabajadores el legislador deja en manos de la comisión negociadora la posibilidad de renunciar a la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación, pues la aplicación del art. 20 LITSE se condiciona a la existencia de una



acuerdo al respecto en el seno de la comisión negociadora. Como en el párrafo anterior, la ausencia de acuerdo no afecta a las disposiciones de referencia en materia de información y consulta, que en ambos casos deben aplicarse de manera imperativa. Finalmente, si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas de participación antes de la inscripción de la SE, se aplicarán las normas de referencia en materia de información y consulta, no siendo aplicables las disposiciones de referencia sobre participación previstas en el art. 20 LITSE.

Para finalizar el análisis aplicativo del art. 20 LITSE, conviene tener en cuenta las aclaraciones realizadas por el art. 15.3 de la propia norma. Debe comenzarse situando el ámbito de aplicación de dicho apartado, entendiendo que la referencia realizada al apartado 2 del art. 15 LITSE, debe entenderse en el sentido de que el apartado 3 es aplicable en los supuestos de aplicación imperativa del art. 20 LITSE, si bien el primer y segundo párrafos son aplicables al conjunto de las formas de constitución de la SE, mientras que el resto de párrafos son aplicables únicamente a las SE constituidas por fusión o holding, no siendo aplicables en supuestos de constitución por transformación. El primer párrafo hace referencia al origen de los sistemas de participación preexistentes a tener en cuenta que, como más arriba ya se ha dicho, han de ser todos los que pueden incluirse en el concepto definido en la letra l) del art. 2 LITSE, independientemente de su origen legal o convencional. El segundo párrafo hace referencia al supuesto de que ninguna de las sociedades participantes estuviera afectada por sistemas de participación antes de la inscripción de la SE; en tales supuestos, el art. 20 LITSE no resulta aplicable como ya hemos visto anteriormente. Pero son los párrafos tercero y cuarto los que revisten mayor interés analítico en este momento. En supuestos de constitución por fusión o holding puede suceder que en el seno de las diferentes sociedades participantes en dicho proceso hubiesen existido diferentes sistemas de participación de los trabajadores, en tales casos corresponde a la comisión negociadora pronunciarse sobre «cuál de dichos sistemas deberá aplicarse en la SE». La posibilidad de decisión de la comisión negociadora queda limitada en el tiempo, pues llegado el momento de la inscripción de la SE, si la comisión negociadora no hubiese informado al órgano competente de las sociedades participantes del acuerdo adoptado su seno, se aplicará a la SE el sistema de participación preexistente de mayor extensión, es decir el que hubiera afectado a un número mayor trabajadores. En este punto cabe advertir de cierta falta de rigor sistemático, pues el art. 20.1.b) LITSE prevé similar efecto, aunque su consecución parece producirse de manera automática, pues en el mismo no se hace referencia alguna a la posibilidad de acuerdo de la comisión negociadora.



7. LA ELUSIÓN DEL MODELO LEGAL POR ACUERDO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA Y EL SUPUESTO ESPECIAL DE LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

Aunque la constitución de la comisión negociadora responde al objetivo de negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, dos tercios de sus miembros pueden acordar también el vaciamiento de contenido de dichos derechos (art. 8.2 LITSE) o, dicho de otra manera, la renuncia a los derechos de implicación cuya implantación motiva la aprobación de la Ley (art. 1.1 LITSE). Se trata de la manifestación más clara del principio de subsidiariedad en su vertiente horizontal, la más incisiva apuesta por la autonomía colectiva, que como efecto indirecto imposibilita denominar el modelo legal previsto en las disposiciones de referencia en la LITSE como derechos mínimos⁷², pues por decisión unilateral de la comisión negociadora pueden ser lícitamente inaplicados. Desde un punto de vista técnico jurídico, se trata de reconocer a la comisión negociadora la facultad de renunciar unilateralmente al derecho/deber de negociar que motiva la aprobación de la LITSE, eludiendo además la aplicación de las normas de referencia que configuran el modelo legal de implicación de los trabajadores (art. 8.2 LITSE).

Este llamado acuerdo de la comisión negociadora de sometimiento, ha sido reconocida como una suerte de renacionalización del régimen de los derechos de información y consulta en el marco de la SE⁷³, aunque en nuestra opinión se trata de un acuerdo de renuncia, pues en tales circunstancias el sometimiento de la comisión negociadora a las normas sobre información y consulta vigentes carece de efectos reales, no en vano la letra a) del apartado 3 de la disp. adic. primera limita los efectos de la LITSE, que en cumplimiento de dicho precepto no afecta a «los actuales derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la SE de que gocen los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros»; es decir a los derechos de información y consulta vigentes tras la correspondiente aprobación de las normas de transposición de la Directiva 2002/14⁷⁴, cuyo objetivo es precisamente establecer un marco general para el ejercicio de los derechos de información y consulta por los trabajadores en el conjunto del territorio comunitario. Por ello, la decisión unilateral de la comisión negociadora no tiene más

⁷² CASAS BAAMONDE M.E.: *op. cit.*, pág. 382.

⁷³ VALDÉS DAL-RÉ F.: «El modelo legal de implicación ...», *op. cit.*, pág. 3.

⁷⁴ DOCE 23 de marzo de 2002.



efectos que la de renunciar la posibilidad de acordar derechos de implicación de ámbito transnacional y, en su caso, a la aplicación de las disposiciones de referencia, lo que supone en nuestra opinión una renuncia de derechos colectivos que por su naturaleza extraterritorial no pueden ser sustituidos por la aplicación de disposiciones nacionales de información y consulta, de cualquier forma aplicables a los centros de trabajo y a las empresas filiales de la SE. En nuestro caso, la posibilidad de renuncia unilateral no condiciona la aplicación de las normas sobre información y consulta previstas en el ET a los centros de trabajo o empresas filiales de la SE ubicadas en nuestro país; sin embargo, la renuncia unilateral impediría la aplicación de las normas de referencias que regulan la actividad del órgano de representación previsto en los arts 15 y ss LITSE.

Buscando un sentido a la utilización del término sometimiento, podría interpretarse que la mención expresa realizada por el art. 8.2 LITSE tiene por objeto elevar el ámbito de la información y la consulta al conjunto de la SE, pues como más arriba se ha dicho la solitaria aplicación de las regulaciones de los Estados miembros, únicamente permitiría el ejercicio de derechos de información y consulta respecto a las empresas y centros de trabajo ubicados en España. Parece que dicha interpretación resulta falta de rigor por excesiva, el acuerdo previsto en el art. 8.2 LITSE precisamente tiene como objetivo central la renuncia a elevar el ámbito de la información y la consulta al máximo nivel societario, al conjunto de la SE; por ello las mayorías para su válida adopción resultan tan exigentes, «dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros» (párrafo segundo art. 8.2 LITSE), y por ello la norma los prohíbe en supuestos de constitución de una SE mediante transformación «cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control» (art. 8.2 *in fine*). Por último, la renuncia de derechos tiene carácter temporal, pues la comisión negociadora puede ser nuevamente convocada dos años más tarde, siempre y «cuando así lo soliciten por escrito un 10 por ciento, como mínimo, de los trabajadores de la SE y de sus filiales y centros de trabajo afectados, o de sus representantes» (art. 8.3 LITSE). Pero es en este punto donde se produce una de las mayores incongruencias normativas, pues podría suponerse que reiniciado el proceso de constitución de la comisión negociadora, el proceso de negociación podría igualmente darse por terminado con un nuevo acuerdo de renuncia, cuya válida adopción exigiría la triple mayoría anteriormente señalada; caso contrario, finalizado el proceso de negociación se abriría la posibilidad de aplicación imperativa de las disposiciones de referencia. Sorprendentemente, los efectos de la decisión unilateral antevista van



más allá de los comentados, la negativa a iniciar las negociaciones o finalizar las ya iniciadas (art. 8.2 LITSE) renunciando a la aplicación de las disposiciones de referencia (art. 8.3 LITSE), ya que en el mismo acto la comisión negociadora renuncia a la facultad de imponer la aplicación de las disposiciones de referencia en caso de finalización sin acuerdo de un futuro proceso de negociación, pues en tal caso, la aplicación de dichas previsiones requiere ya el acuerdo de los órganos societarios, sin cuyo concurso «seguirán sin ser de aplicación las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II» (art. 8.3. *in fine* LITSE). Dicho lo anterior, cabe afirmar que la decisión unilateral de renuncia tiene carácter irreversible, pues sus efectos se despliegan de manera indefinida, al menos en lo que respecta a la inaplicación del modelo legal de implicación de los trabajadores. La conclusión precedente pone de manifiesto la posibilidad de transmisión de determinadas facultades normativas; si en un primer momento el legislador pone en manos de la comisión negociadora la posibilidad de aplicación del modelo legal, adoptada válidamente la decisión unilateral prevista en el art. 8.2 LITSE la posibilidad de aplicación del modelo legal queda en manos del acuerdo entre la comisión negociadora y los órganos correspondientes de la SE.

A favor de la opción legislativa cabe argumentar que si la constitución de la SE se ha realizado sobre la base de la inexistencia de derechos de información y consulta de carácter transnacional, un hipotético cambio de opinión de los miembros de la comisión negociadora no ha de producir efectos directos sin el concurso de los órganos sociales. A pesar de lo dicho, no se termina de alcanzar cómo una operación mercantil de importancia tan relevante puede verse condicionada por la imposición de derechos de información y consulta de limitada incidencia en los intereses empresariales, pues ya hemos visto que la imposición de derechos de participación requiere un mayor número de condicionantes. Por el contrario, que la decisión de la comisión negociadora condicione indefinidamente la aplicación de las disposiciones de referencia sobre información y consulta, incluso contra la voluntad de las comisiones negociadoras futuras parece una consecuencia excesiva, particularmente cuando estamos ante una previsión de carácter excepcional.

Pero la dificultad aplicativa del modelo legal se incrementa cuando la decisión unilateral de renuncia, según las hemos denominado más arriba, se produce en el proceso de constitución de una SE que, a su vez, puede ser considerada una empresa de dimensión comunitaria o una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, según son definidas en las normas de transposición de la Directiva CEU, en nuestro ordenamiento en el art. 3.1 LIC. Cuando una sociedad domiciliada en España, por sus características morfológicas y sus dimensiones, queda bajo el ámbito de aplicación de la normativa reguladora de las empresas y grupos de dimensión comunitaria y de las sociedades europeas, el apartado 1



de la disp. adic. 1.^a LITSE dispone la preferencia aplicativa del régimen jurídico previsto para las SE. En otras palabras, cuando una SE cumpla los requisitos para ser considerada empresa o grupo de dimensión comunitaria, cabría la aplicación de ambas normas, pero en la medida en que LITSE y LIC tienen como objetivo común el establecimiento de derechos de información y consulta a los trabajadores a nivel comunitario, ningún sentido tiene la aplicación concurrente de ambas, que de permitirse provocaría una duplicidad de órganos de representación con similares funciones. Dado por sentido lo anterior, el legislador debe establecer un criterio de aplicación preferente, como regla general la norma opta por la aplicación de las disposiciones de implicación previstas en la LITSE porque en ella se establecen derechos de participación no previstos en la LIC. La LITSE, norma posterior y más compleja, permite la adopción de acuerdos de participación en los órganos societarios, que junto a los de información y consulta han de servir para completar los instrumentos de implicación de los trabajadores en la SE. Por ello, se excluye la aplicación de la LIC a las SE domiciliadas en España que por su forma y dimensiones se encuentren bajo el ámbito de aplicación de esta norma.

Pero también esta regla general admite excepciones, porque en caso de que en las especiales SE señaladas en el párrafo anterior se adopte un acuerdo de renuncia, la LIC recobra impulso aplicativo, siendo ésta la norma aplicable de manera excepcional, en una nueva manifestación aplicativa de la remisión general prevista en el art. 8.2 LITSE, según el cual deben aplicarse las disposiciones de información y consulta previstas en la normativa nacional, entre la que debemos incluir, en su caso, las normas de transposición de la Directiva CEU. A la misma conclusión, puede llegarse por aplicación de la letra a) del apartado 3 de la disp. adic. primera LITSE, respecto de los derechos de información y consulta ya consolidados en empresas y grupos de dimensión comunitaria que participen en un proceso de constitución de una SE; en este caso, deben mantenerse los «actuales derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la SE de que gocen los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros». En otras palabras, el acuerdo de renuncia afecta al desarrollo del proceso de negociación y a la aplicación de las normas subsidiarias previstas en la LITSE, pero no al proceso de negociación y a las normas subsidiarias previstos en la LIC, pues la adopción de dicha decisión deja sin efecto la preferencia aplicativa a favor de la LITSE prevista en el apartado 1 de la disp. adic. primera de esta última. La adopción del acuerdo de renuncia abre la puerta a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta, por acuerdo de las partes (arts. 6 a 14 LIC) o por aplicación de las



normas subsidiarias (arts. 15 a 19 LIC). Como excepción a la regla general limitativa, en el supuesto descrito la LIC resulta expresamente aplicable, aunque a falta de mayores precisiones no resulten igualmente nítidos los efectos concretos de dicha afirmación. En concreto, cabe preguntarse si el acuerdo de renuncia implica la aplicación de la LIC *in toto*, es decir, permite iniciar el procedimiento de negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento de información y consulta, mediante el mecanismo previsto en el art. 7 LIC; o si, por el contrario, la remisión prevista en la disp. adic. primera LITSE se refiere únicamente a las disposiciones subsidiarias previstas en los arts. 15 y ss. LIC, que permite la constitución de un comité de empresa europeo sin necesidad de iniciar un nuevo proceso negociador.

A favor de la primera interpretación obra la redacción literal del precepto, que es similar al incluido en el art. 13.1 Directiva SE. La remisión legal, a pesar de realizarse en sentido negativo, es al conjunto de la normativa aplicable a las empresas y grupos de dimensión comunitaria, sin precisiones de ningún tipo. En segundo lugar, el art. 8.3 LITSE impide la aplicación de las normas previstas en el capítulo II del título I de la propia norma, las llamadas subsidiarias, en su conjunto tras la conclusión de los acuerdos previstos en el art. 8.2 LITSE. En el mismo sentido, el art. 14.1.b.1) LITSE impide la aplicación de las normas subsidiarias tras la conclusión de los anteriores acuerdos. Ahora bien, en ambos casos se hace referencia a la no aplicabilidad de las normas subsidiarias contenidas en la LITSE, pero no se hace referencia a las normas subsidiarias previstas en la LIC. En cualquier caso, el problema interpretativo se produce cuando nos planteamos las virtualidades aplicativas de esta primera tesis, pues desde todo punto de vista si los negociadores han decidido no iniciar las negociaciones y dar por finalizada las iniciadas, poco probable parece que tengan intención de iniciar unas nuevas negociaciones para las que es preciso constituir, conforme a la nueva norma aplicable, una nueva comisión negociadora con la posibilidad más que cierta de que su composición sea diversa a la de la precedente. Ciertamente es que en esta ocasión no queda pendiente la constitución de la propia SE, pues parece claro que tal posibilidad puede materializarse con la conclusión del acuerdo previsto en el art. 8.2 LITSE, independientemente de que se haya concluido o no cualquiera de los acuerdos previstos en la LIC, por lo que el incentivo para los representantes empresariales resulta aun inferior. Pero no es menos cierto, que dicha premisa deja expedito el camino para la conclusión de un nuevo acuerdo de renuncia, ahora en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 LIC, para cuya válida celebración es condición *sine qua non* la constitución de una nueva comisión negociadora, ahora según las reglas establecidas en el art. 9 LIC, y el voto favorable de dos tercios de sus miembros. Realmente la duplicidad de procesos negociadores



se muestra como un mecanismo extremadamente complejo para finalizar acordando la elusión de los derechos de información y consulta previstos en dos normas comunitarias, por más que dicho efecto pueda ser respetuoso con la autonomía colectiva. Igualmente respetuoso con la libertad de los negociadores hubiera sido reconocer a las decisiones unilaterales previstas en el art. 8.2 LITSE la facultad de renunciar a ambos procesos negociadores, hipótesis que con la actual redacción de la norma no puede defenderse, pero que en nuestra opinión hubiera sido más razonable.

Dicho lo anterior, resulta obvia la inutilidad de recurrir a la letra de la Ley para localizar argumentos favorables a la segunda de las hipótesis de partida. Por ello, debemos hacer nuevamente uso de recursos aplicativos para defender dicha posibilidad, para lo cual recurriremos a elementos interpretativos de carácter sistemático. Partimos de un hecho que consideramos incontestable, como es que la intención del legislador comunitario no es reducir los derechos de información y consulta en las SE con forma de empresa o grupo de dimensión comunitaria frente al resto de las SE. El apartado 1 de la disp. adic. primera LITSE tiene precisamente como objetivo reforzar las garantías en las primeras frente a las ofrecidas a las segundas, con el objetivo de impedir que la aplicación de las normas relativas a las SE, perjudique la eficacia de derechos de información y consulta reconocidos con anterioridad en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, en una manifestación más del principio antes después. No en vano, tanto la letra a del art. 13.3 Directiva SE, como el apartado 3.a) de la disp. adic. primera LITSE, apuestan por el mantenimiento de los vigentes derechos de implicación de los trabajadores, distintos a la participación en los órganos societarios, previstos en los Estados miembros por la legislación y/o prácticas nacionales. En otras palabras, las normas de transposición de la Directiva SE no deben afectar a los derechos de información y consulta de que gocen los trabajadores de la SE, independientemente de su origen, entre los que no hay duda que deben incluirse los introducidos por las normas de transposición de la Directiva CEU. A mayor abundamiento, el art. 11 Directiva SE y 26 LITSE advierten sobre la posibilidad de uso indebido de la normativa sobre la SE, que el propio precepto define como la constitución de ésta con el objetivo de eliminar o hacer ineficaces los derechos de implicación ostentados por los trabajadores; la represión de dichas prácticas corre a cargo de los Estados miembros.

Pero los anteriores argumentos únicamente pueden ser eficaces respecto a derechos disfrutados con anterioridad, es decir derechos de implicación disfrutados por los trabajadores de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con carácter previo a la inscripción; por el contrario, en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria cuya materialización depende de la propia constitución de la SE no podrá invocarse la apli-



cación del principio de protección de los derechos adquiridos, en la medida en que el nacimiento de tales derechos depende del propio nacimiento de la SE. De esta manera, parece claro que la hipótesis interpretativa más correcta es la que defiende, tras la adopción de un acuerdo de renuncia en los términos establecidos en el art. 8.2 LITSE en una SE con forma de empresa o grupo de empresa de dimensión comunitaria, los derechos preexistentes de implicación deben mantenerse en sus mismos términos, sin perjuicio de lo cual, cuando la nueva entidad configure una nueva empresa o grupo de dimensión comunitaria podrá iniciarse un nuevo proceso de negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta, en aplicación de lo dispuesto en la LIC, sin que su desarrollo pueda afectar al proceso de inscripción de la SE. Como se ha dicho más arriba, hubiera sido posible adoptar soluciones de menor complejidad e igualmente garantistas; sin embargo, siendo ésta la decisión del legislador, no cabe forzar los argumentos interpretativos en busca de soluciones más adecuadas a las necesidades de los protagonistas de las relaciones laborales.

8. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN PARA LA FIJACIÓN DE LOS DERECHOS DE IMPLICACIÓN EN LA SE

La determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, como la de los derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, debe realizarse en primer término por vía convencional, pues la adopción del modelo legal tiene carácter subsidiario. En ambos casos, la apuesta por el poder normativo autónomo es clara, por lo que las disposiciones que deben garantizar el adecuado desarrollo del proceso de negociación cobran un protagonismo central. No ajeno a dicha circunstancia es el hecho de que tales normas manifiesten un alto grado de similitud en la ordenación de los aspectos ligados a la citada materia⁷⁵. En este terreno, tanto las disposiciones comunitarias como las normas de transposición mantienen una gran identidad, por lo que en este trabajo únicamente nos limitaremos a realizar las referencias mínimas, destacando eso sí los aspectos que aporten alguna novedad, remitiéndonos en lo demás a trabajos ya publicadas⁷⁶.

⁷⁵ CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 387.

⁷⁶ Con relación al procedimiento de negociación previsto en la Directiva SE, CASAS BAAMONDE, ME: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, págs. 386 y ss; con respecto al procedimiento de negociación previsto en la LIC, GÓMEZ GORDILLO, R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, págs. 213 y ss.



8.1. Composición y constitución de la comisión negociadora

Frente a la diversidad de alternativas para la puesta en funcionamiento del procedimiento de negociación establecido en la LIC (art. 7), solicitud de los trabajadores o decisión de la dirección central, el art. 5 LITSE prevé únicamente la puesta en marcha del proceso de negociación a iniciativa de «los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes». La opción legal en esta ocasión está directamente relacionada con la imposibilidad de registrar la SE sin que haya finalizado el proceso de negociación. La representación empresarial, por tanto, deberá realizar «las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados»; es decir, deben ponerse en contacto con el conjunto de los representantes de los trabajadores afectados por el proceso de constitución de la SE, sin exclusiones, para informarles tanto de decisión de acometer dicho proceso, como de una serie de informaciones instrumentales al objeto de poner en marcha el proceso de negociación para ajustar los derechos de implicación de los trabajadores a las especiales características de cada SE. Estas informaciones previas, instrumentales pero de vital importancia para el desarrollo adecuado del proceso⁷⁷, configuran la fase preparatoria del proceso de negociación que en algunas ocasiones, especialmente cuando la SE haya sido constituida mediante la agrupación de varias empresas, cobra especial interés para la representación de los trabajadores. Téngase en cuenta que en ocasiones, se trata de poner en contacto a representaciones de los trabajadores de distintas tradiciones normativas, para que formen parte de una misma comisión que deben negociar con la representación de una SE, en fase de constitución, los derechos de implicación de los representantes de los trabajadores en dicha sociedad. No resulta difícil imaginar las dificultades de acordar una estrategia negociadora común entre representantes que carecen de experiencias negociadoras compartidas, a cuyo objeto será fundamental el apoyo de las grandes organizaciones sindicales internacionales y nacionales, sin cuyo concurso las posibilidades de las representaciones de los trabajadores de alcanzar un acuerdo beneficioso se reducen en gran medida.

La exactitud y la rapidez con que se produzca el trámite informativo puede condicionar el efecto útil de la normativa, por lo que la representación empresarial debe garantizar que ésta, en tiempo y forma, llega al conjunto de los representantes de los trabajadores de los centros afectados, en esta ocasión acreedores del derecho de información establecido en el art. 4

⁷⁷ CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 389.



LITSE y, por tanto, destinatarios de la comunicación de referencia. Por lo que respecta a los representantes de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en territorio español, el art. 28 LITSE identifica como tales a «las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal», excluyendo a los comités intercentros y a los comités de empresas europeos. La información ha de permitir entablar con garantías las negociaciones, por ello el art. 5 LITSE se detiene a especificar su contenido. La comunicación a los representantes de los trabajadores debe referirse a la identidad de las sociedades participantes y de todos sus centros de trabajo y empresas filiales, lo que permite determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley, el número de trabajadores que prestan servicio en el conjunto de las empresas afectadas, lo que fija el ámbito subjetivo de aplicación de aquéllas, los sistemas de participación de los trabajadores en los órganos de administración o de control (con indicación de sus características, número de trabajadores afectados por dichos sistemas y porcentaje sobre el total de trabajadores), lo que sirve de referencia para la adecuada aplicación del principio antes después, y el domicilio social propuesto para la nueva SE, lo que permite determinar la legislación aplicable. En este sentido, conviene tener en cuenta que, por disposición expresa del art. 25.2 *in fine* LITSE, las sociedades participantes no pueden oponer la facultad de reserva de determinadas informaciones, para eludir el referido deber de comunicación de los datos sobre el volumen de empleo en la empresa. Las discrepancias que puedan surgir en la aplicación del art. 5 LITSE en las SE cuya constitución haya sido proyectada en España deben sustanciarse mediante el proceso de conflicto colectivo, según establece el art. 36.1 y 3 LITSE.

La imposibilidad de registrar la SE resulta incentivo suficiente para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la representación empresarial en esta materia, por lo que entendemos que el plazo de cuarenta y cinco días establecido en el art. 5 LITSE posee una eficacia menor. La determinación del inicio del cómputo de este plazo, tiempo hábil para informar a las representaciones de los trabajadores, difiere en atención a la forma de constitución de la SE, de esta manera los días deben contarse: desde la fecha de publicación del proyecto de fusión, desde la fecha de publicación del proyecto de constitución de una sociedad holding, desde la fecha de adopción del proyecto de creación de una filial común o desde la fecha de adopción del proyecto de transformación de una SE.

Sobre la base de las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes, se procederá a la constitución de la comisión negociadora, siguiendo las normas previstas en el art. 7 LITSE, que pretenden asegurar la representatividad de la misma, respetando la proporcionalidad del número de trabajadores empleados en cada Estado miem-



bro y, en concreto, «a razón, en cada Estado miembro, de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros», con lo que la comisión negociadora debe estar compuesta por un mínimo de diez miembros. A partir de aquí, y como en anteriores materias, la comisión negociadora tendrá una composición especial en el caso de que la SE se constituya por fusión. Conforme establece el art. 7.2 LITSE, deben incorporarse miembros adicionales, con el límite del 20 por ciento del número inicial, para garantizar la presencia de un representante de cada una de las sociedades que desaparecerán tras la inscripción de la SE, aunque si la aplicación de este criterio determina la superación de dicho límite, los puestos adicionales se atribuyen a sociedades de Estados diferentes por orden decreciente en atención al número de trabajadores empleados (art. 7.3 LITSE), descontando de dicho cálculo los trabajadores cuya representación se hubiera atribuido a representantes inicialmente designados o elegidos (art. 7.4 LITSE). El art. 7.5 LITSE prevé la modificación de la composición de la comisión negociadora, por finalización del mandato representativo nacional de alguno de sus miembros o cuando se produzca una modificación de la estructura de las sociedades participantes con repercusión en la composición de la comisión negociadora, aunque en ninguno de los dos supuestos la modificación opera de manera automática, sino a petición del 10 por ciento de los trabajadores, en el primer caso el porcentaje se refiere al total y se exige que pertenezcan a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes, en el segundo caso el porcentaje se refiere a los trabajadores de la empresa o centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el representante afectado.

La aplicación de las reglas de composición de la comisión negociadora eleva el protagonismo de las normas de cálculo del número de trabajadores empleados en cada Estado miembro, en la medida en que pueden condicionar la composición de la comisión negociadora. A diferencia de la Directiva CEU, la Directiva SE no hace referencia a esta materia, circunstancia que puede ser origen de algunas dificultades aplicativas. Ciertamente es que la mayor atención prestada por la primera obedece al especial protagonismo que el volumen de empleo de la empresa o del grupo asume en la determinación de la dimensión comunitaria de éstas y aquellos, condicionando la propia aplicación de la normativa comunitaria, pero no es menos cierto que las reglas de cálculo sirven además para fijar la composición de las correspondientes comisiones negociadoras, para determinar el valor del voto de cada uno de sus miembros, para fijar la extensión de las prácticas de participación preexistentes o para determinar el número de trabajadores necesarios para decidir la reiniciación del proceso de negociación, por lo que alguna precisión al respecto entendemos que hubiera sido convenient-



te ⁷⁸. En ausencia de referencia normativa comunitaria, la LITSE realiza una regulación autónoma que tiene por objetivo fijar las reglas de cálculo aplicables extraterritorialmente, es decir, aplicables tanto a los centros de trabajo y empresas de SE domiciliadas en España, independientemente de su ubicación en nuestro país o en otro Estado miembro, excluyendo la aplicación de las disposiciones de cualquier otro Estado miembro en que la SE o las sociedades participantes cuenten con centros de trabajo o empresas filiales. Al menos, esta interpretación es la que puede desprenderse de la ubicación del art. 21 LITSE, incluido entre los que conforman el capítulo III del título I y, por tanto, «aplicable a las sociedades europeas domiciliadas en España» (art. 3 LITSE). Configurada la comisión negociadora conforme a los datos de empleo vigentes en el momento del inicio del procedimiento de negociación, su composición debe mantenerse hasta la finalización de éste, salvo que deba procederse a la modificación de dicha composición por la puesta en marcha del mecanismo revisorio previsto en el art. 7.5 LITSE.

Los miembros de la comisión negociadora serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales (art. 6.1 LITSE), sin que sea exigible la condición de trabajador de las sociedades participantes (art. 7.1 LITSE). A pesar de ello, la designación de los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo y empresas filiales de las SE situados en España, debe realizarse entre quienes formen parte de las representaciones sindicales, los comités de empresa y los delegados de personal, a quienes el art. 28 LITSE les reconoce la condición de representante de los trabajadores a tales efectos, de forma similar a lo previsto en el art. 26 LIC. La dificultad interpretativa es resuelta por el art. 29.2 LITSE, que diferencia entre miembros de la comisión negociadora y miembros del órgano de representación; en el primer caso, la designación debe recaer en un representante unitario o sindical, en este último supuesto, «miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes»; en el segundo caso, la designación ha de corresponder siempre a un trabajador de la empresa, en su condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Por lo que respecta a la designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control de la SE, el art. 30 LITSE, interpretado en sentido contrario, deja en manos de la legislación de los Estados miembros la regulación de la materia; únicamente en caso de que dicha normativa reenvíase a la legislación española

⁷⁸ Con relación a la discusión mantenida en el seno del grupo de expertos sobre la noción de trabajador y las fórmulas de cálculo del volumen de empleo, *vid.*: «CONCLUSIONS DU GROUPE...», *op. cit.*, págs. 47 a 52.



dicha regulación se aplicará la LITSE, en concreto las reglas previstas en el art. 29 LITSE, al cual se remite directamente el art. 30 LITSE, si bien en esta materia concreta, no aclara si la persona designada debe o no ser trabajadora de la SE.

La forma de designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora, idéntica a la de los miembros del órgano de representación, se establece en el art. 29 LITSE, siguiendo también en este aspecto el camino trazado por el art. 27 LIC. Los miembros de la comisión negociadora serán designados mediante acuerdo de «aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados». La opción legal desestima, en principio, la posibilidad de elección directa por el conjunto de los trabajadores que forman la plantilla de la empresa o del grupo. Por ello, puede decirse que el legislador nacional prefiere que la designación de los representantes de los trabajadores se produzca mediante elección de segundo orden; en esta ocasión, la voluntad de los trabajadores sólo será tenida en cuenta de manera indirecta, ya que la decisión corresponderá directamente a los representantes elegidos por estos. Se trata de un procedimiento que en absoluto puede considerarse extraño a las pautas generales que rigen el sistema español de relaciones laborales, si se tiene en cuenta que similares mecanismos han sido tradicionalmente empleados para la elección de los componentes de órganos representativos como el comité intercentros (art. 63.3 ET), los delegados de prevención de riesgos laborales (35.2 LPRL) y el comité de empresa europeo (art. 27 LIC). A pesar de lo dicho, en esta ocasión el legislador ha completado la regulación prevista en la LIC, que como ya se había comentado dejaba espacio a la adopción de acuerdos entre varias representaciones minoritarias, siempre que en conjunto sumasen la mayoría de los miembros de los órganos de representación unitaria afectados, apartando a las representaciones mayoritarias⁷⁹. Por el contrario, el art. 29.1 LITSE exige que la designación refleje de manera proporcional la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo; sin perjuicio de lo cual, cuando la representación de los trabajadores empleados en España sea plural, en su número, se deberá procurar también la pluralidad en cuanto a su procedencia, es decir, en la medida de lo posible deben ser designados representantes de cada una de las sociedades participantes (art. 29.3 LITSE).

⁷⁹ GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo», *op. cit.*, pág. 247.



8.2. Competencias y régimen de funcionamiento de la comisión negociadora

Aunque el legislador comunitario ha creído conveniente promover el establecimiento de sistemas convencionales de implicación de los trabajadores en la SE, esta intención no constituye, según hemos visto ya, más que la posibilidad preferida por el legislador comunitario; de una parte, porque el proceso de negociación puede darse por terminado sin que dicho sistema sea adoptado y, de otra parte, porque si el plazo de negociación finaliza sin acuerdo, debe aplicarse el modelo legal de implicación de los trabajadores previsto en las normas de transposición. Dicho lo anterior, los miembros de la comisión negociadora gozan de un amplio abanico de posibilidades, entre las que elegir la opción que más se adapte a las especiales características de cada SE, siempre y cuando no se superen los límites establecidos en aplicación del principio antes después, a saber:

- No iniciar negociaciones o dar por terminadas las negociaciones en curso, para someterse a las disposiciones sobre implicación vigentes en los Estados miembros en que la SE emplee a trabajadores (art. 8.2 LITSE), salvo cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control
- Acordar con los órganos de dirección de la SE la aplicación de las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II del título I (art. 14.1.a LITSE).
- No acordar con los órganos de dirección de la SE el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 10 LITSE, dar paso a la aplicación de las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II del título I (art. 14.1.b LITSE)
- Acordar con los órganos de dirección de la SE una sola prórroga de 6 meses de la duración del proceso de negociación (art. 10.1 LITSE)
- Acordar con los órganos de dirección de la SE el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE (art. 8.1 LITSE)

La normativa reguladora no se detiene en demasía en la ordenación del régimen de funcionamiento de la comisión negociadora, aunque expresamente permite la elección de un presidente entre sus miembros, dejando en manos de estos la elaboración de un reglamento interno de funcionamiento (art. 9.3 LITSE), y la decisión sobre la conveniencia de dejarse asistir por expertos de su elección, «incluidos representantes de las organizaciones sindicales europeas correspondientes» (art. 9.5 LITSE). Pero la diversidad de opciones más arriba detallada y la aplicación del principio antes después obliga a realizar una más minuciosa regulación de las reglas de adopción de acuerdos en su seno. En concreto, como regla general, la comisión negocia-



dora adoptará sus acuerdos por doble mayoría absoluta, es decir, por mayoría absoluta de sus miembros que, a su vez, representen a la mayoría absoluta de los trabajadores, teniendo en cuenta que cada miembro de la comisión negociadora dispone de un voto (art. 9.1 LITSE). A efectos de determinar la representatividad de los miembros de la comisión negociadora, el art. 29.1 *in fine* LITSE prevé la atribución a cada representante de la que le correspondiera mediante su acta de designación si bien, en caso de no constar, se presumirá «que todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representan al conjunto de dichos trabajadores».

Pero la abundancia de reglas especiales, puede hacer que la anterior regla general se aplique en escasas ocasiones, convirtiendo la triple mayoría de dos tercios en regla habitual, es decir, al menos dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros. En concreto, el acuerdo requiere esta triple mayoría cuando de su adopción se desprenda la reducción de los derechos de participación de los trabajadores, esto es, el establecimiento de un número de miembros en los órganos de la SE inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes (art. 9.2 LITSE)⁸⁰; también se precisa dicha mayoría para la adopción de un acuerdo de renuncia, actualización de la previsión anterior, en la medida en que no supone la reducción de derechos de implicación preexistentes, pero sí supone la renuncia al modelo legal de derechos de implicación previsto en la LITSE (art. 8.2 LITSE).

9. LOS ACUERDOS DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

Aunque como se ha dicho en los apartados anteriores el proceso de negociación puede finalizar de manera diversa, el objetivo típico de las reunio-

⁸⁰ La aplicación de lo dispuesto en el art. 9.2 LITSE requiere además:

«a) En el caso de una SE que se constituya por fusión, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 25 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes.

b) En el caso de una SE que se constituya mediante la creación de una sociedad «holding» o de una filial común, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 50 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes.

De conformidad con lo previsto en el artículo 11.2, lo dispuesto en este apartado no será de aplicación en el caso de una SE que se constituya mediante transformación» art. 9.2 LITSE



nes celebradas entre la comisión negociadora y la dirección de la sociedad es la adopción de un acuerdo sobre los mecanismos de implicación de los trabajadores en la SE, que permitan a estos recibir información, ser consultados y participar en los órganos de control o administración de la SE. Como hemos visto en el apartado anterior, los negociadores, con la mayoría adecuada, pueden adoptar acuerdos que reduzcan derechos de implicación preexistentes, pero la libertad de los negociadores para establecer mecanismos menos favorables para los trabajadores es severamente limitada en las SE constituidas por transformación, en las que únicamente les está permitido acordar el reconocimiento de derechos de implicación de los trabajadores, como mínimo, «equivalentes en todos sus elementos a los existentes en la sociedad que se transforma en SE» (art. 11.2 LITSE).

Estos acuerdos son fuente directa de regulación del sistema de implicación de los trabajadores en la SE, permitiendo a los negociadores la fijación del modelo más adecuado a las particularidades de cada SE. Sin perjuicio de lo anterior, los particulares modelos convencionales deben cumplir una serie de requisitos que pueden condicionar la validez del acuerdo, dando paso a la aplicación del modelo legal, en todo o en parte. En este sentido puede hablarse de contenido necesario o, más propiamente, de elementos configuradores del modelo de implicación establecido por vía convencional. El art. 11 LITSE establece los elementos que deberá contener todo acuerdo de implicación, a saber:

- a) La identificación de las partes que lo conciertan
- b) El ámbito de aplicación del acuerdo
- c) La composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus empresas filiales y que será el interlocutor a este respecto del órgano competente de la SE, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores
- d) Las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto
- e) La frecuencia de las reuniones del órgano de representación
- f) Los recursos materiales y financieros asignados al órgano de representación para el adecuado cumplimiento de sus funciones
- g) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, en lugar de la creación de un órgano de representación, las modalidades de aplicación de dichos procedimientos



- h) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de normas de participación, los elementos esenciales de dichas normas, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos
- i) La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de sus denuncia, prórroga y renegociación

Como puede comprobarse, la relación anterior es similar, *mutatis mutandis* a la prevista en el art. 12 LIC, por lo que nos remitimos a lo en su momento comentado respecto a los acuerdos adoptados en aplicación de dicha norma⁸¹. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 11 LITSE introduce dos nuevas letras (g y h) que desde nuestro punto de vista merecen diversa valoración⁸², si bien debe tenerse en cuenta que en ambos casos la norma española se limita a reproducir el contenido de las letras f y g del art. 4.2 de la Directiva SE. En primer lugar, la referencia a los procedimientos de información y consulta concede a tal posibilidad una relevancia que la experiencia aplicativa obtenida tras la adopción de la Directiva CEU no parece justificar. Bien es cierto que la ausencia de referencia podría permitir la adopción de acuerdos de información y consultas sin contenido concreto; con ello la previsión normativa tendría un objetivo garantista, obligando a quienes decidan establecer uno o más procedimientos de información y de consulta a dar a conocer públicamente las modalidades de aplicación de tales procedimientos. En segundo lugar, la referencia a las normas de participación resulta coherente con el resto del articulado. A modo de conclusión, las materias relacionadas en el art. 12 permiten dibujar el contenido típico de los acuerdos previstos en el art. 8.1 LITSE, que en aplicación del mismo pueden satisfacer los derechos de implicación de los trabajadores en la SE por tres vías, dos de ellas necesarias y alternativas, una tercera contingente y complementaria de las anteriores, salvo cuando la aplicación del principio antes después, obligue a estipular un nivel de implicación de los trabajadores equivalente en la sociedad en proceso de transformación (arts. 8.2 y 9.2 *in fine* LITSE)⁸³. En concreto, el acuerdo debe establecer unos derechos de información y consulta cuyo ejercicio se materializará a través de un órgano de representación de los trabajadores o, en su lugar, mediante uno o varios procedimientos de información y consulta. En ambos supuestos, se

⁸¹ GÓMEZ GORDILLO R.: «EL comité de empresa ...», *op. cit.*, págs. 282 a 290.

⁸² La novedad prevista en la letra g del art. 11.1 LITSE es relativa, pues similares previsiones respecto a las empresas y grupos de dimensión comunitaria contenía el art. 12.2 LIC.

⁸³ CASAS BAAMONDE ME: «La implicación de los trabajadores...» *op. cit.*, pág. 407.



trata de fórmulas ya ensayadas, modelo orgánico e inorgánico de información y consulta, con ocasión de la Directiva CEU, a cuyos comentarios nos remitimos ⁸⁴. Adicionalmente ⁸⁵, las partes pueden acordar el establecimiento de normas de participación que, en esto sí que la norma es bien clara, tienen como objetivo la regulación de los aspectos sustanciales que definen dicho mecanismo de implicación, entre los que la norma considera expresamente incluidos la elección de alguno de los cuatro instrumentos alternativos mediante los que el art. 2.1 LITSE materializa la influencia de los representantes de los trabajadores en la SE.

Finalmente, las disposiciones relacionadas con la eficacia jurídica del acuerdo contenidas en el art. 12 LITSE y las normas supletorias sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo previstas en el art. 13 LITSE, reiteran lo anteriormente dispuesto en los arts. 13 y 14 LIC, extendiendo el ámbito de aplicación del acuerdo al conjunto del ámbito afectado, reforzando su eficacia jurídica mediante su registro, depósito y publicación oficial, y fijando las normas aplicables cuando los negociadores no hubiesen cumplido la obligación prevista en el art. 11.1.i) LITSE ⁸⁶.

10. EL MODELO LEGAL DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

La superación de las condiciones aplicativas previstas en el art. 14 LITSE abre paso a la aplicación imperativa del modelo subsidiario previsto en los arts. 15 a 20 LITSE, aunque las condiciones de partida determinan si dicho modelo se aplica en su totalidad o de manera parcial. En concreto, la aplicación de las normas subsidiarias puede conducir a la creación de un órgano de representación de los trabajadores con competencias de información y consulta, similar al comité de empresa europeo, o un órgano de representación de los trabajadores con competencias de información, consulta y participación. En ambos supuestos, se trata de un órgano colegiado, compuesto únicamente por trabajadores, de carácter transnacional, cuyo ámbito es toda la SE, con competencias informativas y consultivas de carácter ordinario y extraordinario, y de carácter provisional.

En ambos casos, la obligación de iniciar los trámites de constitución del órgano de representación de los trabajadores corre a cargo de la dirección de la SE, cuyos órganos competentes deben dar instrucciones a los cen-

⁸⁴ GÓMEZ GORDILLO, R.: «El comité de empresa europeo...», *op. cit.*, págs 325 a 341.

⁸⁵ VALDÉS DAL-RE F.: «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», *op. cit.*, pág. 9.

⁸⁶ GÓMEZ GORDILLO R.: «El comité de empresa europeo...», *op. cit.*, págs. 273 a 281.



tros de trabajo y a las empresas filiales en los Estados miembros, al objeto de que estos pongan en marcha los procedimientos de elección o designación que correspondan conforme a las legislaciones nacionales, en nuestro caso, el proceso de designación previsto en el art. 30 LITSE. La participación de las representaciones en este proceso tiene sentido si se advierte la necesidad de colaboración que el proceso demanda, conforme más adelante se verá, pero dicha colaboración debe limitarse a los aspectos instrumentales y a la coordinación con los órganos de dirección de la SE, pues el protagonismo del proceso de designación corresponde exclusivamente a los trabajadores y sus representantes. La constitución del órgano de representación de los trabajadores por aplicación de las normas subsidiarias tiene carácter temporal, pues transcurridos cuatro años el órgano deberá decidir sobre su continuidad. En concreto, el órgano puede decidir prorrogar su actividad durante otro período de cuatro años o, por el contrario, iniciar un nuevo proceso de negociación (art. 15 LITSE). Sin perjuicio de lo anterior, la oportunidad de reiniciar el proceso queda permanentemente abierta al consenso de las partes, pues «el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE podrán decidir de común acuerdo, en cualquier momento, la apertura de negociaciones» (art. 15.4 LITSE).

Como el comité de empresa europeo, el órgano de representación de los trabajadores estará compuesto por trabajadores de la SE, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores, aunque también se permite la elección directa por los trabajadores de la SE (art. 16.1 LITSE). La distribución de puestos en el órgano de representación de los trabajadores se realizará teniendo en cuenta el número de trabajadores de la SE en cada Estado miembro, «a razón de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores» (art. 16.2 LITSE). La singular estructura de la SE no aconseja abrir el órgano de representación a la participación de representantes elegidos por los trabajadores de empresas vinculadas a la SE en Estados no miembros, como permite para el supuesto del comité de empresa europeo el art. 17.3 LIC. Por su parte, las normas sobre competencias (art. 17 LITSE) y régimen de funcionamiento (art. 18 LITSE) corren paralelas a la regulación del comité de empresa europeo previsto en la LIC, salvo la expresa referencia al «permiso de formación sin pérdida de salario», expresamente previsto en el art. 18.5 LITSE y en lo referente a la posibilidad de modificación de la composición del órgano de representación de los trabajadores, circunstancia que el art. 19 LITSE denomina renovación con discutible técnica jurídica, cuando se produzca una alteración de las dimensiones, composición o estructura de la SE, que afecte al número o distribución de los puestos en dicho órgano, o cuando algún miembro del órgano de representación o los representantes que lo eligieron hubiesen perdido su mandato representativo nacional. En ambos supuestos, la modificación no



se produce de manera automática, pues es preciso la correspondiente petición de, al menos, el 10% de los trabajadores de la SE, en el primer caso, y de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de las cuales fue elegido o designado, en el segundo caso (art. 19 LITSE).

Pero como hemos dicho, cuando en aplicación de lo previsto en el art. 14 LITSE deba establecerse un sistema de participación de los trabajadores en la SE, el órgano de representación de los trabajadores asume nuevas competencias. En concreto, al órgano de representación de los trabajadores le corresponde decidir sobre la forma de elección o designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control, y la facultad de distribuir dichos puestos atendiendo al número de trabajadores empleados por la SE en cada Estado miembro. Alternativamente puede decidir sobre la forma en que los trabajadores de la SE pueden recomendar u oponerse al nombramiento de miembros de dichos órganos de la SE (art. 20.4 LITSE). Las anteriores previsiones conectan el órgano de representación de los trabajadores con los representantes de los trabajadores en el consejo de administración o control, lo que permite un más adecuado desarrollo de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE.

El modelo legal de participación de los trabajadores en la SE es tributario de los derechos de participación preexistentes y de la forma de constitución de la SE. En el caso de una SE constituida por transformación, deberán extenderse al conjunto de la SE los elementos de participación existentes en la sociedad de origen (art. 20.1.a LITSE); en los demás casos, los trabajadores de la SE o sus órganos de representación tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes (art. 20.1.b LITSE). Ahora bien, una vez que se ha producido el nombramiento de los representantes de los trabajadores como miembros del órgano de administración o control, estos desempeñarán su labor en pie de igualdad con el resto de miembros que representan a los accionistas, incluido por supuesto el derecho de voto (art. 20.5 LITSE). Adicionalmente, los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o administración de la SE gozarán de la misma protección que el resto de los representantes de los trabajadores (arts. 23 y 31 LITSE). Por último, cuando en virtud de lo dispuesto en la norma de transposición aplicable corresponda a la legislación española establecer la forma de elección o designación de representantes españoles en el órgano de administración o control, el art. 30 LITSE se remite a las normas de designación de los representantes de los trabajadores en el órgano de representación prevista en el art. 29 LITSE.