

La modificación de los artículos 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre: Valoración general

Dr. Xavier Solà Monells,

Profesor Lector de la Universidad Autónoma de Barcelona

1. Planteamiento

La Ley 38/2007, de 16 de noviembre, ha reformado diversos artículos del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante TRLET), entre los que figuran el 64 y el 65, donde se regulan las competencias de los representantes de los trabajadores y el deber de sigilo profesional, respectivamente. La modificación de estos preceptos se justifica, según declara el Preámbulo de aquella norma legal, en la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, del Consejo y el Parlamento Europeo, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea (DMGIC). El objetivo del presente documento es realizar una primera aproximación a tales modificaciones para ofrecer una visión general sobre su significado y alcance.

2. Modificaciones relativas a las competencias de los representantes de los trabajadores

La primera evidencia de la modificación del artículo 64 del TRLET se halla en su mismo título, que ahora se concreta en "*Derechos de información y consulta y competencias*", cuando anteriormente se limitaba a referenciar estas últimas. La expresión entrecomillada resulta un tanto discutible desde un punto de vista técnico, dado que puede llevar a entender que los derechos de información y consulta no son competencias (el equívoco podría haberse evitado añadiendo "*otras*" delante de este sustantivo), pero es muy significativa, dado que pone de manifiesto el deseo de destacar esas dos competencias por encima del resto y deja entrever que la reforma incide esencialmente sobre los derechos de información y consulta.

Una simple lectura del artículo 64 del TRLET es suficiente para verificar esa intuición: la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, ha modificado de forma significativa los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. A efectos sistemáticos, los cambios pueden resumirse en cuatro puntos: primero, definición de los conceptos “*información*” y “*consulta*”; segundo, concreción de sus condiciones de ejercicio; tercero, reordenación y ampliación de las distintas competencias, particularmente las dos referidas; y cuarto, clarificación de la relación entre el artículo 64 del TRLET y otras previsiones competenciales.

La primera novedad que presenta la nueva redacción del artículo 64 del TRLET se localiza en el párrafo 2º de su apartado 1 y consiste en la definición de los conceptos “*información*” y “*consulta*”, incorporando con muy pocas variaciones las fórmulas utilizadas en los apartados f) y g) del artículo 2 de la DMGIC. La primera se define como “*la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen*”. Aún siendo lógica y previsible esta delimitación reviste un innegable valor, porque incorpora una referencia expresa sobre la función que cumple la transmisión de información que puede resultar muy útil a la hora de definir las condiciones en que debe hacerse efectiva, y también porque permite agrupar las distintas hipótesis de información previstas en el artículo 64 del TRLET con independencia de la forma como se presenten (derecho a “*conocer*”, derecho a “*recibir información*”, etc.)

Todavía más trascendente es la delimitación del término “*consulta*”, que se define como “*el intercambio de opiniones y apertura de un diálogo entre el empresario y el comité sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo*”. Posteriormente, el artículo 64.6.2º del TRLET precisa que “*la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa (...) de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones*”. La conclusión que puede extraerse de este conjunto de especificaciones es que la consulta se configura actualmente como un trámite complejo integrado por diversos elementos que superan claramente los contenidos que tradicionalmente se le habían otorgado en el ámbito del artículo 64 del TRLET, a saber: la transmisión de información a los

representados para que estos puedan manifestar, verbalmente o por escrito según los casos, su opinión no vinculante al empleador.

La nueva configuración del derecho de consulta implica, de una parte, la transmisión desde el empresario a los representantes de los trabajadores de toda la información que sea necesaria para que obtengan un conocimiento detallado de la cuestión sometida a consulta; y de otra, la celebración de una encuentro en el que ambas partes deben posicionarse y exponer las razones que motivan sus posturas. Junto a estos dos elementos necesarios o consustanciales a la consulta existen otros dos de carácter accesorio, dado que no siempre existirán, que vienen a reforzar e intensificar dicha competencia. El primero es la emisión de un informe previo por parte de los representantes de los trabajadores, es decir, la elaboración de un documento escrito donde se formalice su posicionamiento sobre la cuestión sometida a consulta; un documento que debe entregarse al empleador antes de la reunión y que fuerza a este último sujeto a dar una *“respuesta justificada”* a las observaciones y/o propuestas formuladas por la representación de los trabajadores. El derecho a emitir informe previo se limita a las hipótesis previstas en el artículo 64.5.3º del TRLET, a las que posteriormente me referiré. El segundo elemento de tipo accesorio es orientar la consulta hacia obtención de un acuerdo, una enfoque finalista que se presenta como una simple posibilidad, como evidencia la referencia *“en su caso”* que aparece en el artículo 64.6.2º del TRLET al enunciar tal orientación.

No cabe duda que la definición del término *“consulta”* constituye un paso adelante muy importante porque clarifica enormemente el significado de esta competencia y refuerza el papel de los representantes de los trabajadores, pero resulta criticable que esos dos elementos accesorios no se hayan configurado como constitutivos, sobre todo en el caso del segundo, en el que se aprecia una evidente *“rebaja de contenido”* en comparación con la norma comunitaria. El artículo 4.4 de la DMGIC no establece en ningún caso la obligación de llegar a un acuerdo pero si afirma que *“la consulta se efectuará (...) con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2”*. Esta clara *“funcionalización”* de la consulta implica un salto cualitativo por cuanto convierte a los contactos o reuniones en algo más que un simple intercambio de opiniones, forzando el establecimiento de una especie de negociación encaminada a la obtención de consenso. Contemplar el enfoque de la negociación hacia la obtención de un acuerdo como una simple posibilidad implica un recorte muy significativo y

difícilmente compatible con la normativa comunitaria. Resulta pues obligado reinterpretar la referencia “*en su caso*” del artículo 64.6.2º del TRLET y concluir, aunque resulte un poco forzado atendiendo estrictamente a la literalidad de la norma, que lo potestativo es el acuerdo y no la orientación de la consulta hacia su consecución, que resulta en todo caso obligada.

También se aprecian novedades importantes en lo que refiere a la delimitación de las condiciones de ejercicio de los derechos de información y consulta. El propio Preámbulo de la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, enuncia y justifica estas novedades en el párrafo 2º de su apartado II señalando que uno de sus objetivos es “*la clarificación del contenido y modos de ejercicio de estos derechos para reducir la intensa litigiosidad jurisdiccional existente*”. Como inmediatamente se comprobará, tal clarificación se lleva a cabo incorporando, con alguna pequeña variación, las reglas que sobre el particular incluye la norma comunitaria de referencia.

Respecto a la información el artículo 64.6.1º del TRLET señala que deberá facilitarse “*sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe*”. La especificación, que coincide con la establecida en el artículo 4.3 de la DMGIC, es acertada porque toma como referencia un parámetro adecuado y enormemente flexible, como es el cumplimiento de los fines propios del derecho de información. Resulta innegable que esta nueva precisión normativa no resuelve todos los problemas posibles, pero puede ayudar a solventar un buen número de dudas porque fuerza a excluir las alternativas no satisfactorias desde una perspectiva finalista. Así por ejemplo, en una hipótesis donde se discuta si la información ha de transmitirse verbalmente o por escrito y se trate de datos extremadamente complejos, la forma oportuna será la entrega de la documentación pertinente, siendo lógico, además, que se reconozca a los representantes de los trabajadores la posibilidad de solicitar y obtener las aclaraciones o informaciones complementarias que sean necesarias.

Por lo que refiere a la consulta, como se ha podido comprobar la propia definición del concepto concreta ya, en buena medida, su contenido y la forma de hacerla efectiva. El artículo 64.6.2º del TRLET incorpora, en línea con el artículo 4.4 de la DMGIC, alguna precisión adicional señalando que “*la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación*”.

correspondiente de la empresa (...)”, añadiendo en su último inciso que *“en todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones”*. Se trata de nuevo de precisiones lógicas pero no por ello innecesarias, que en la práctica se intuyen importantes para garantizar la efectividad del derecho de consulta. El último párrafo del artículo 64.6 del TRLET incorpora una última especificación, que ya se efectuaba en el anterior artículo 64.2 del TRLET y se limita a la elaboración de informes previos, en cuya virtud dichos informes *“deberán elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes”*.

Como complemento a las indicaciones específicas sobre el contenido y puesta en práctica de los dos derechos que venimos analizando el nuevo artículo 64 del TRLET incorpora en el párrafo 3º de su apartado 1 una regla, tomada del artículo 1.3 de la DMGIC, donde se señala que *“en la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores”*. Nos hallamos ante una manifestación del principio de buena fe que refuerza todavía más las competencias de los representantes y puede resultar muy útil para resolver los problemas interpretativos que genere la aplicación de los derechos de información y consulta.

La tercera novedad destacable de la reforma que la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, introduce en el artículo 64 del TRLET es la reordenación y ampliación de las distintas competencias, particularmente del alcance material de los derechos de información y consulta, donde se aprecia un significativo esfuerzo de sistematización previa incorporación de algunas hipótesis contempladas por el derecho comunitario que no recogía nuestro derecho interno.

La delimitación del alcance material del derecho de información, esto es, de los aspectos que el empleador debe facilitar a la representación de los trabajadores, se lleva a cabo en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 64 del TRLET, dependiendo la ubicación en uno u otro de la periodicidad de la entrega (*“trimestralmente”* en el primer caso, *“anualmente”* en el segundo y *“con la periodicidad que proceda en cada caso”* en el tercero). Las hipótesis son las mismas que las contempladas anteriormente, aunque ahora aparecen más desglosadas y en un orden distinto, con la única salvedad de la contemplada en el nuevo artículo 64.2.b) del TRLET

donde se aprecia una variación de la redacción para ajustarla al artículo 4.2.a) de la DMGIC y para incorporar una referencia específica a *“las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo”*.

La identificación de los supuestos donde procede la consulta se efectúa exclusivamente en el artículo 64.5 del TRLET tomando como punto de partida la fórmula utilizada por el artículo 4.2.b de la DMGIC. Se hace referencia, en concreto, a *“la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo”*, a *“la evolución probable del mismo (...) cuando se prevean cambios al respecto”*, a *“las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa”* y a la *“adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”*. Inmediatamente después se enumeran algunas hipótesis donde el derecho de consulta se refuerza reconociendo a los representantes de los trabajadores el derecho a emitir un informe previo, hipótesis que coinciden exactamente con las contemplados anteriormente en el artículo 64.1.4º y 5º del TRLET.

Esta nueva delimitación del alcance material del derecho de consulta resulta en algunos aspectos positiva y en otros criticable. Es satisfactoria la ampliación de los supuestos donde entra en juego el derecho de consulta, porque cubre las exigencias de la normativa comunitaria e incrementa el protagonismo a los representantes de los trabajadores en la adopción de una serie de decisiones empresariales donde su participación está del todo justificada, como también lo es la ubicación que se otorga a las hipótesis anteriormente previstas en el nuevo contexto, configurándolas como supuestos de consulta reforzada por el derecho a emitir un dictamen. Por el contrario, resultan criticables tanto las reiteraciones en que incurren las reglas transcritas en el párrafo anterior como su notable ambigüedad, que generan bastante inseguridad jurídica.

La reordenación del artículo 64 del TRLET se completa agrupando en su apartado 6 una serie de competencias diversas (vigilancia y control de distintos aspectos, colaboración con la dirección de la empresa en determinados ámbitos e información a los representados) que aparecían dispersas en su anterior apartado 1, sin introducir ningún cambio de fondo.

La cuarta y última novedad que aporta la reforma que analizamos es una clarificación de la relación entre el artículo 64 del TRLET y otras previsiones competenciales, particularmente las relativas a información y consulta. Su

apartado 8 señala que *“lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales y reglamentarias”*, evidenciando que existen otros preceptos, dentro y fuera de la norma estatutaria, que atribuyen competencias a los representantes de los trabajadores, y posteriormente el apartado 9 contempla expresamente la intervención de los *“convenios colectivos”* para *“establecer disposiciones específicas relativas al contenido y las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta (...) así como el nivel de representación más adecuado para ejercerlos”*. A mi entender tanto la identificación de la fuente como de la función que puede desarrollar debe interpretarse en sentido amplio, lo cual implica, de una parte, dar entrada a instrumentos distintos del convenio colectivo, como los acuerdos marco o los acuerdos de empresa, y de otra, admitir que la negociación colectiva desarrolle no sólo una función de especificación o concreción sino también de mejora.

Interesa destacar, finalmente, que el artículo 64 del TRLET actuaba en el pasado y continúa actuando en el presente como eje vertebrador de las competencias de los representantes de los trabajadores, no sólo de los delegados de personal y comités de empresa sino también de los delegados sindicales y de otros órganos de representación específica como los delegados de prevención. Tal circunstancia hace que una parte de ese artículo, concretamente la definición de los conceptos *“información”* y *“consulta”* y la delimitación de las condiciones de ejercicio de tales derechos, trascienda sus estrictos límites y repercuta en otros muchos preceptos que prevén la comunicación de diversas informaciones a los representantes de los trabajadores o su consulta, como por ejemplo la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre. Lógicamente, deberán respetarse en todo caso las reglas específicas que se establezcan en esas atribuciones competenciales, tal como señala el apartado 9 del artículo 64 del TRLET con carácter general y el apartado 6 del mismo precepto de forma particularizada para la información y la consulta. Queda preservada, de esta forma, la singularidad de algunas hipótesis de consulta, particularmente las contempladas en los artículos 40.2, 41.4 y 44.4 del TRLET.

3. Modificaciones relativas al deber de sigilo profesional

La Ley 38/2007, de 16 de noviembre, incide también sobre el deber de sigilo profesional, regulado hasta la fecha en el apartado 2 del artículo 65 del TRLET. El objetivo de la ley reformadora en este punto es, según expresa el párrafo segundo del apartado II de su preámbulo, la *“reformulación del régimen jurídico*

del mismo incorporando la posibilidad de secreto, en términos mucho más precisos y desarrollados que los actuales, incluyendo la regulación de los posibles recursos administrativos o judiciales en materia de sigilo profesional". Tal declaración permite intuir que nos hallamos ante una modificación de cierta entidad que, como comprobaremos inmediatamente, incide sobre la práctica totalidad de los elementos que configuran aquel deber.

La primera novedad se localiza en su alcance subjetivo, esto es, a los sujetos vinculados por el deber de sigilo, que ahora no sólo vincula a *"los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto"* sino también a *"los expertos que los asistan"*. La inclusión de este último colectivo es acertada porque en la práctica cada vez se acude con mayor frecuencia al soporte técnico de asesores, ante la creciente complejidad de las tareas a desarrollar por la representación unitaria. La correcta protección de los intereses empresariales justifica, pues, la extensión del deber de sigilo a los expertos que utilice el comité de empresa; una extensión que viene impuesta por la normativa comunitaria, dado que el artículo 6.1 de la DMGIC se refiere a ellos de forma expresa, y que también sirve para neutralizar cualquier eventual negativa empresarial a suministrar información que se fundamente exclusivamente en la necesidad de impedir que accedan a la misma sujetos que acompañen a los representantes de los trabajadores para brindarles soporte técnico.

También se aprecia una pequeña variación en la delimitación del alcance temporal del deber de sigilo, cuestión que el artículo 65.3.2º del TRLET resuelve señalando que tal deber *"subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se encuentren"*, cuando anteriormente se afirmaba su operatividad *"aún después de dejar de pertenecer al comité de empresa"*. Sin introducir ningún cambio sustancial la nueva fórmula, tomada del artículo 6.1 de la DMGIC, resulta un tanto más precisa porque no sólo deja clara la subsistencia del deber una vez finalizado el mandato representativo sino también tras la extinción de la relación laboral.

Más significativos son los cambios que se introducen en la delimitación del ámbito material del deber de sigilo o, lo que es lo mismo, la identificación de las informaciones sobre las que opera tal deber. Como es bien sabido, en el régimen jurídico precedente esta delimitación o identificación se llevaba a cabo por una doble vía: de un parte, se ofrecía un listado concreto de informaciones sobre las que operaba siempre y en todo caso del deber de sigilo (concretamente las referidas en los apartados 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del apartado 1 del artículo 64 del

TRLET); de otra, se facultaba expresamente al empresario para que *“señale expresamente el carácter reservado”* de otras informaciones. El Tribunal Supremo, mediante STS de 13 de diciembre de 1989, precisó que la calificación unilateral por parte del empresario de determinada información es insuficiente exigiéndose que *“desde una plano objetivo efectivamente lo sea”*.

El nuevo artículo 65 del TRLET, siguiendo el esquema adoptado por el artículo 6 de la DMGIC, se limita a utilizar la segunda de las vías referidas, variando un poco su formulación. El actual apartado 2 de dicho precepto estatutario señala concretamente que el deber de sigilo debe observarse *“con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado”*. Ello implica, en primer lugar, que la calificación de una información como reservada deberá estar siempre justificada, una exigencia que se concreta en la presencia de un *“interés”* que debe ser *“legítimo y objetivo”*, como podría ser el riesgo de sufrir un perjuicio económico de cierta entidad en caso de que la información sea revelada. La norma reformadora combina en este punto la expresión *“legítimo interés”*, utilizada en el artículo 6.1 de la norma comunitaria de referencia, con la necesidad de objetividad introducida por nuestra jurisprudencia. Aunque la exigencia es un tanto ambigua y generará, a buen seguro, importantes conflictos aplicativos, mejora un tanto la regulación precedente, que no requería ningún tipo de justificación.

Una segunda conclusión que puede extraerse del nuevo artículo 65.2 del TRLET, es que el deber de sigilo no entrará en juego si el empresario no lo indica de forma clara y directa, dado que ya no existe ninguna hipótesis donde aquél se active automáticamente por mandato legal. Nada se dice sobre el momento en que producirse tal indicación, pero lo más lógico es entender que debe efectuarse simultáneamente a la transmisión de la información o justo antes, aunque si se produce en un momento posterior también desplegaría efectos a partir de ahí en adelante.

La novedad más relevante del nuevo régimen jurídico del deber de sigilo se localiza en el apartado 4 del artículo 65 del TRLET, que incorpora al derecho interno español la facultad de negativa prevista en el artículo 6.2 de la DMGIC. Este último precepto señala que *“los Estados miembros, dispondrán que, en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales, el empresario no esté obligado a facilitar información o a proceder a consultas que, por su naturaleza, pudieran según criterios objetivos crear graves*

obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles". Se configura de esta forma una especie de "ius resistentia" empresarial ante los derechos de información y consulta de los representantes, por cuanto se legitima al empleador para incumplir válidamente las obligaciones que derivan de tales derechos cuando concurren determinadas circunstancias. Nuestro ordenamiento no reconocía esta relevante facultad y ello generaba un desajuste que la ley reformadora intenta corregir. Veamos los términos concretos en que se ha sido incorporada.

En primer lugar y por lo que refiere al alcance de la facultad de negativa es obvio que incide tanto sobre las obligaciones derivadas del derecho de información como las ligadas al derecho de consulta, aunque el artículo 65.4 del TRLET sólo se refiera expresamente a las primeras, dado que toda consulta requiere la previa transmisión de una información adecuada y suficiente. La norma estatutaria resulta en este punto menos precisa que su referente comunitario, donde esa doble afectación queda absolutamente clara.

La cuestión clave es la identificación de los supuestos donde puede ejercerse la facultad de negativa y respecto a esta cuestión la transposición efectuada resulta un tanto decepcionante porque se limita a reproducir lo establecido en la norma comunitaria señalando que debe tratarse de "informaciones específicas" la divulgación de las cuales "pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica". Tan solo se incluye una idea adicional: que esas informaciones deben estar "relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales", una precisión que resulta bastante pobre teniendo en cuenta el papel reservado al legislador interno (delimitación de las "condiciones" y los "límites") y la enorme trascendencia de la facultad que se está causalizando,

La problemática que pueden generar las insuficiencias detectadas en cuando a la delimitación de las causas que justifican la negativa empresarial a cumplir las obligaciones derivadas de los derechos de información y consulta, y también la derivada de la ambigua exigencia de justificación en las decisiones empresariales que atribuyen carácter reservado a la información transmitida, podría verse matizada articulando un sistema de control rápido y eficiente sobre las decisiones que el empresario adopte en ejercicio de las facultades que le otorgan los apartados 2 y 4 del artículo 65 del TRLET. De hecho, el artículo 6.3 de la DMGIC se refiere expresamente a esta cuestión señalando "sin perjuicio de los procedimientos nacionales existentes, los Estados miembros preverán recursos

administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2". Queda clara pues la obligación de articular de mecanismos específicamente diseñados para llevar a cabo aquel control, aunque no se predetermina su naturaleza, que puede ser tanto administrativa como judicial, ni tampoco el momento en que debe actuar, admitiéndose tanto el control previo a la toma de la decisión como el control "*ex post*"; una obligación que contrasta con la libertad que se otorga en la protección del interés empresarial en garantizar la confidencialidad de determinadas informaciones, manifestada en el último inciso de ese mismo precepto comunitario donde se señala que "*podrán establecerse*" adicionalmente "*procedimientos destinados a salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión*".

El apartado 5 del artículo 65 del TRLET es el encargado de concretar esos "*recursos*" o mecanismos de control y lo hace en términos que resultan muy criticables por varias razones. En primer lugar, porque no articula ninguna vía específica para controlar las decisiones empresariales de atribución de carácter reservado o de no transmisión de determinadas informaciones limitándose a apuntar la posibilidad de exigir responsabilidad administrativa en base al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2000, y a aclarar que la impugnación de tales decisiones "*se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos regulado en el Capítulo VII del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril*", al igual que se hace en relación a procesos relativos al incumplimiento del deber de sigilo. En relación a esta última hipótesis la remisión es válida porque no existe obligación de crear ningún instrumento de supervisión adaptado, pero no lo es en el primer caso, en el que se aprecia un claro defecto de transposición. La regulación estatutaria de los mecanismos de control también resulta criticable, en segundo lugar, por su escasa operatividad y eficiencia. A los inconvenientes que plantea un mecanismo verificación "*ex post*" frente a los sistemas de control previo cabe añadir la inadecuación del proceso de conflicto colectivo, que no garantiza una resolución rápida del conflicto. El problema podría verse reducido cuando argumentando una posible lesión del derecho de libertad sindical pueda acudir al proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, previsto en los artículos 175 y siguientes de la norma procesal laboral, pero este recurso no siempre existirá y tampoco garantiza una solución idónea.

En resumidas cuentas, la nueva regulación del deber de sigilo, forzada por la transposición de la DMGIC, otorga un papel preponderante al empresario, a quien corresponde decidir, en base a criterios objetivos, cuáles de las informaciones que se transmiten a los representantes de los trabajadores tienen carácter reservado y también, excepcionalmente, cuáles no se les transmitirán, pero olvida algo extremadamente importante: articular mecanismos de control específicos que permitan llevar a cabo una revisión rápida y eficiente de esas decisiones empresariales. Las posibilidades que existían en este punto eran muy diversas, dada la flexibilidad otorgada por la norma comunitaria: crear un mecanismo de control administrativo previo similar al previsto respecto a otros derechos de los representantes de los trabajadores (concretamente el establecido para el local y el tablón de anuncios en el artículo 81 del TRLET); articular un control judicial, previo o posterior, mediante la creación de un proceso específico o adaptando uno de los previstos actualmente; etc. La falta de mecanismos de control específicos conjugada con la amplitud de los conceptos jurídicos indeterminados que emplea el nuevo artículo 65 del TRLET generará previsiblemente una notable conflictividad que podría haberse evitado o, cuando menos, mitigado.