

**LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN
Y
CONSULTA EN
LAS REESTRUCTURACIONES DE EMPRESA**

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

Fernando Valdés Dal-Ré

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*



Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.

Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11, 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Internet: www.meyss.es

NIPO: 270-13-053-6

SUMARIO

PRESENTACIÓN	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO PRIMERO: EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.....	10
1. La cláusula general y las cláusulas particulares sobre participación ciudadana.....	10
2. La ordenación constitucional de la participación de los trabajadores en la empresa	12
2.1. La estructura compleja del art. 129.2 CE: convergencias y divergencias de los mandatos a los poderes públicos	12
2.2. La errática ubicación constitucional de los mandatos de participación social	15
2.3. La participación de los trabajadores en la empresa: su naturaleza jurídica.....	16
2.4. El ensayo de delimitación conceptual de la noción “formas diversas de participación”	19
3. Participación de los trabajadores en la empresa y libertad de empresa: sus conexiones constitucionales	23
CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO	29
1. Los estrategias comunitarias en relación con los derechos de información y consulta.....	29
2. Las fases en la ordenación comunitaria.....	30
2.1. La armonización sectorial.....	30
2.2. Una nueva política de derecho: armonización de los derechos de información y consulta y adopción por las empresas de decisiones estratégicas en materia de empleo y organización del trabajo.....	33
2.3. La configuración de los derechos de información y consulta como derechos fundamentales: la Carta de Niza.....	37
3. La ordenación jurídica de los derechos de información y consulta.....	38
3.1. La regulación transversal: la Directiva Marco 2002/14/CE	38
3.2. Las regulaciones concretas	44
CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO COMÚN DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA	52
1. El marco normativo: consideraciones generales	52
2. Los derechos de información y consulta: su configuración como derechos básicos de los trabajadores	53
3. La titularidad de los derechos de información y consulta	59
4. El objeto de la información y consulta	62
5. El contenido de los derechos de información y consulta.....	63
5.1. Las materias objeto de información.....	63
5.2. Las materias objeto de información y consulta	64
6. Otras reglas de ejercicio de los derechos de información y consulta	75
7. El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores.....	78
7.1. El art. 65 ET, norma reguladora de cabecera.....	78

7.2. Los deberes de discreción y de no divulgación externa de la documentación entregada	82
7.3. El derecho del empresario a reservarse información	84

CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO ESPECIAL DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SISTEMA ESPAÑOL (I): MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA..... 87

1. Preliminares	87
2. Derechos de información en las medidas de flexibilidad interna.....	89
2.1. Los dispares derechos de información y consulta ante los cambios funcionales	90
2.2. Reglas comunes de los derechos de información en la movilidad geográfica y en la modificación sustancial de condiciones de trabajo	95
2.2.1. Alcance de los derechos de información frente a los cambios de lugar de prestación de servicios	95
2.2.2 El alcance de los derechos de información en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo	98
2.2.3. Titularidad y alcance de los derechos de información	101
3. Reglas comunes en los derechos de consulta en el ámbito de la movilidad geográfica, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo y en el descuelgue convencional.....	103
3.1. Derecho de consulta o de emisión de informe	103
3.2. Derecho de consulta-negociación.....	104
3.2.1 Titularidad del derecho de consulta.....	104
3.2.2. Duración del período de consultas	118
3.2.3 Contenidos principales de la consulta-negociación: reglas de adopción del acuerdo.....	120

CAPÍTULO V: EL DERECHO ESPECIAL DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SISTEMA ESPAÑOL (II): PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA..... 127

1. Los derechos de información en el despido objetivo económico.....	127
2. Los derechos de consulta en los procedimientos de regulación de empleo: despidos colectivos, suspensiones y reducciones de jornada	129
2.1. Derecho de consulta ordinaria o derecho de emisión de informe.....	129
2.2. Derecho de consulta-negociación: La centralidad del período de consultas con la reforma de 2012	131
2.2.1. Reglas de interlocución en el período de consultas.....	134
2.2.2 Fijación del ámbito de la negociación: Empresa, centro de trabajo, grupo de empresas.....	137
2.2.3. Duración del período de consultas	143
2.2.4. Contenido de las consultas	147
3. Los derechos de información y consulta en la transmisión de empresa.....	155
3.1. La originaria inadaptación del ordenamiento interno a las exigencias comunitarias	155
3. 2. Los derechos de información y consulta: sus reglas comunes	157

3.3. Los derechos de información	159
3.4. Los derechos de consulta	162
BIBLIOGRAFIA FINAL.-	169

CCNCC

PRESENTACIÓN

CCNCC

INTRODUCCIÓN

1. En lo esencial, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, procedió en su momento a la transposición de dos directivas: la 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores y la 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2003, que modifica la Directiva 80/987/CE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Las citadas Directivas y, por tanto, la ley de transposición de las mismas a nuestro sistema jurídico – que, en lo que aquí importa destacar, vino a modificar los artículos 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores - ofrecen pistas bastantes para poder contrariar cualquier juicio destinado a instalar a unas y a otra en el capítulo de las normas laborales menores.

La lectura integrada de este bloque normativo evidencia la voluntad tanto del legislador comunitario de abrir un diálogo crítico con los sistemas nacionales de información y consulta aplicables en los diferentes Estados de la Unión Europea como del legislador nacional de lograr este mismo propósito respecto de nuestro derecho vigente. En todo caso, una valoración de la incidencia de la mencionada Ley 38/2007 en el sistema español de relaciones laborales ni puede ni debe hacerse depender de un dato meramente formal, cual es la existencia o no de cauces orgánicos o de procedimientos informativos y consultivos, sino de circunstancias materiales en las que se analice y valore el modo en el que la completa ordenación de esos derechos (su configuración, su ámbito material y sus modos de ejercicio) logra garantizar el efecto útil perseguido por la norma comunitaria.

Por otra parte, las Leyes 35/2010, de 17 de septiembre, y 3/2012, de 6 de julio han venido a introducir modificaciones de tono no menor en la ordenación jurídica de la mayoría de las medidas de reestructuración empresarial (flexibilidad interna y extinciones debidas al funcionamiento de la empresa), afectando tanto a sus aspectos sustantivos o materiales (como por ejemplo, la redefinición de las causas habilitantes del ejercicio por el empresario de dichas medidas) como a sus aspectos formales o procedimentales. Ahora bien, a los efectos que ahora interesa, ambas reformas, más la segunda que la primera, han provocado un cambio de envergadura en el modelo de los derechos de participación colectiva que se habías mantenido prácticamente inalterados hasta estas últimas reformas, habiendo configurado un modelo relativamente estable.

2. El presente estudio pretende efectuar un análisis integral e integrador de los derechos de información y consulta en relación con el conjunto de medidas legales de reestructuración empresarial.

Sin pretensión ahora de elaborar un sumario del estudio, incluso sintético, la primera y, de seguro, la gran *questio iuris* que se aborda es la de discernir si nuestro ordenamiento jurídico consagra o no los derechos de información y consulta como unos derechos genéricos que habilitan a sus titulares a requerir a la empresa una información o un intercambio de opiniones sobre la integridad de cuestiones que afectan – por utilizar una expresión deliberadamente amplia – a “las reestructuraciones empresariales” y al marco en el que las mismas se ejecutan (la organización del trabajo), cuestión ésta en la que se examina, con el obligado detenimiento, el ámbito material de esa facultad genérica de información y consulta, verificando el modo en que la misma queda concretada en las diferentes medidas que el empresario puede adoptar.

Despejado este primer interrogante, el estudio procede a analizar con la suficiente precisión, primeramente, las decisiones del empresario que, en nuestra legislación, pueden y deben incluirse en ese concepto, en el de reestructuraciones empresariales.

En última instancia, el objetivo perseguido es revisar los términos en que los derechos de información y consulta se materializan en todas y cada una de las citadas medidas, llevando a cabo una doble lectura del art. 64 ET con los preceptos concordantes (sin ánimo exhaustivo, arts. 39, 40, 41, 44, 47 y 51 ET): de un lado, una interpretación sistemática, en lugar de aislada, y de otro, una inteligencia garantista, en línea de coherencia con el efecto útil querido por las normas comunitarias.



CCNCC

CAPÍTULO PRIMERO: EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. La cláusula general y las cláusulas particulares sobre participación ciudadana

1. La Constitución española de 1978 (CE) no contiene, a lo largo de su articulado, un precepto que aluda a los derechos de información y consulta de los trabajadores. Este silencio mantiene un elevado nivel de coincidencia con las constituciones de los países de la Unión Europea (UE); pero se aleja de las tendencias más recientes articuladas por los textos comunitarios que, con mayor o menor eficacia jurídica, han procurado suplir, en ese espacio geográfico, la ausencia de un código de derechos fundamentales.

Sin perjuicio del examen más pormenorizado que habrá ocasión de realizar en ulterior capítulo, ya la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, firmada en la ciudad francesa de Estrasburgo en diciembre de 1989 por los entonces países integrantes de la UE como mera declaración solemne, establece en su art. 17, párrafo primero, que “la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los Estados miembros.” Más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales, suscrita en Niza en diciembre 2000, intitula el art. 27 - que es el precepto de apertura del Título IV, dedicado a formular los derechos de *Solidaridad* – “derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa”, disponiendo que “se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales”. Inicialmente desprovista de la eficacia jurídica propia de las normas del derecho originario, el art. 6º del vigente Tratado de la UE confiere a la Carta de Niza, tal y como fue adaptada en Estrasburgo en el 2007, “el mismo valor jurídico que los Tratados”. Posponiendo para ulterior momento, como ya se ha anunciado, el examen de la dimensión de estos derechos en el ámbito del sistema jurídico comunitario, me interesa dejar constancia, ya desde un principio, de la importante transformación habida en relación con dichos derechos en el espacio de tiempo que corre entre ambas Cartas. En la de Estrasburgo, el art. 17 menciona la información, la consulta y la participación de los trabajadores, término este equivalente a codecisión; la Carta de Niza, en cambio, suprime la referencia a la participación. No este un mero cambio semántico o terminológico; muy antes al contrario, refleja y traduce una revisión profunda en la comprensión de la noción de participación de los trabajadores en las empresas.

Retornando al derecho interno, la aseveración que se viene de efectuar, la de la ausencia de menciones a la información y consulta en nuestro texto constitucional, ha de estimarse correcta, siempre y cuando dicha ausencia se entienda en su sentido más estricto; esto es, como omisión de invocarlos de manera nominativa y directa. Al margen de esta restrictiva lectura, son

numerosos los preceptos de la CE que cobijan y dan cobertura constitucional a esos derechos. Por lo pronto, el art. 9.2 enuncia, en lo que aquí interesa reparar, dos mandatos, estrechamente conectados entre sí. En tal sentido, ordena a los poderes públicos, de un lado, promover las condiciones necesarias para que la libertad e igualdad de los individuos y los grupos sociales en que se integran “sean reales y efectivas”, a cuyo efecto habrán de remover “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” y, de otro, “facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Este segundo mandato enuncia así un principio de participación ciudadana en los diversos ordenes en los que pueden hacerse presentes y articularse las actuaciones tanto del Estado como de la sociedad civil y que entronca de manera estrecha con la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que propugna y aspira a implantar “una sociedad democrática avanzada” (preámbulo CE). O por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional, “refleja la dimensión social del estado de Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes” (STC 120/1990, de 27-6, FJ 4)

Centrando la atención en el segundo de los mandatos, esta cláusula general de participación es objeto de un ulterior, complejo y, en todo caso, entrelazado desarrollo. Por lo pronto, el art. 23.1 configura como derecho fundamental de los ciudadanos el “participar en los asuntos públicos”, expresión ésta que la doctrina viene identificando con la participación política (AGUIAR LUQUE/GONZÁLEZ AYALA 1996, 652) y la jurisprudencia constitucional calificando como un derecho fundamental “en el que se encarna el derecho de participación política de un Estado social y democrático de Derecho”, siendo la forma de “ejercitar la soberanía” que el art. 1.1 consagra (STC 50/1984, de 29-5, FJ 2). De su lado, el art. 129.2 vuelve a enunciar una serie de mandatos a los poderes públicos, entre los que se encuentra la promoción eficaz de “las diversas formas de participación en la empresa”. Uno y otro precepto vienen así a articular la cláusula general de participación en dos de los grandes ámbitos mencionados en el art. 9.2: el político y el económico.

Por lo demás y al margen de los preceptos ya aludidos, el texto constitucional, en otros muchos pasajes, vuelve a ocuparse de concretar la participación bien en otros diversos ámbitos públicos o sociales bien para determinados grupos sociales. En el primer sentido, la CE reconoce derechos de participación en los ámbitos educativo (“participación efectiva de todos los sectores afectados”: art. 27.5) o del consumo (los poderes públicos oirán a las organizaciones de los consumidores en los “cuestiones que les puedan afectar”: art. 51.2), para promover iniciativas legislativas (“formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley: art. 87.3), en la administración de Justicia (“mediante la institución del Jurado”: art. 125) o, en fin, en la Seguridad Social (“las formas de participación de los interesados”: 129.1). En el segundo sentido, el texto constitucional articula derechos de participación para determinados grupos sociales, tal y como se hace respecto de los jóvenes (“participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”: art. 48).

2. La ordenación constitucional de la participación de los trabajadores en la empresa

2. De entre el listado de preceptos constitucionales que se vienen de evocar, el que guarda una directa vinculación con los derechos de información y consulta de los trabajadores es el art. 129.2. Sin detenernos por el momento a comentar el carácter polisémico que en nuestro lenguaje normativo tiene la noción participación, la muy estrecha conexión entre aquellos y éste trae causa en que, desde una perspectiva sistemática o, mejor aún, sistémica, la información y la consulta son, ante todo y sobre todo, expresiones o manifestaciones de la participación de los trabajadores en la empresa.

No es nuestro propósito entrar a examinar los abundantes y variados problemas que suscita el enunciado normativo del art. 129.2 CE, en lo que concierne al mandato que impone a los poderes públicos de promover “eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”. No obstante ello, no resultará impertinente prestar atención a los que, en nuestra opinión, constituyen los problemas más complejos del mencionado pasaje constitucional: estructura, naturaleza y contenido del mandato que formula.

2.1. La estructura compleja del art. 129.2 CE: convergencias y divergencias de los mandatos a los poderes públicos

3. Lo primero en lo que conviene reparar es en la estructura compleja que adopta el tan mencionado art. 129.2 CE. El mandato destinado a la promoción de las formas de participación se integra en un precepto que enuncia otros dos mandatos que coinciden en los destinatarios, pero divergen en los contenidos; al menos en una comprensión literal. El reseñado pasaje constitucional articula, en efecto, tres mandatos dirigidos, todos ellos, a “los poderes públicos”, expresión ésta comprensiva, desde luego y en el ámbito de sus respectivas competencias, a los poderes legislativo y ejecutivo, referidos uno y otro a las diversas organizaciones territoriales que integran el Estado complejo en que se estructura España. También han de considerarse afectados en el mandato las diversas administraciones - estatal, autonómica y local -, incluyendo, en su caso, la de carácter institucional. E igualmente, en fin, ha de incluirse al poder judicial, que viene obligado a interpretar y aplicar las normas o los actos adoptados por los otros poderes del Estado en cumplimiento de lo prevenido en el art. 129.2 CE en el sentido que resulte más acorde para garantizar los objetivos constitucionalmente proclamados.

Los tres mandatos enunciados son: la promoción de las diversas formas de participación en la empresa, el fomento de las sociedades cooperativas y la facilitación del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Al margen de la identidad de destinatarios de las acciones llamadas a su concreción, estos mandatos tienen, desde una dimensión objetiva, un elemento en común, ya que todos ellos pretenden desarrollar, aunque sea en esferas diferentes, la cláusula general de participación de los ciudadanos en el ámbito económico. Como ya se puso de manifiesto, bien que

con carácter particular y no general, como ahora se pretende hacer, el art. 129.2, en su compleja estructura, desarrolla el art. 9.2. Esta inicial constatación no logra ocultar que las divergencias entre estos tres mandatos superan las convergencias.

En primer lugar, los receptores de las acciones que han de adoptar los poderes públicos con vistas a concretar cada uno de los mandatos constitucionales a examen no coinciden. Por lo pronto, el precepto constitucional solamente identifica los beneficiarios de esas acciones en relación con las medidas tendentes a facilitar el acceso a la propiedad de los medios de producción, que en este caso son, como no podía ser de otro modo, “los trabajadores”. En un sistema económico en el que los medios de producción se encuentran a disposición bien de la iniciativa privada bien del sector público, las acciones de los poderes públicos en relación con este mandato han de ir dirigidas necesariamente a favor de quienes quedan excluidos de la propiedad de las organizaciones empresariales, al margen y con independencia de la titularidad pública o privada de las mismas; o, en otras y más breves palabras, a favor de quienes se incorporan en las organizaciones productivas sin más ni otro título que el que brinda la voluntad de intercambiar trabajo por cuenta ajena a cambio de una retribución. La finalidad de las acciones reconducibles a este concreto mandato no es, por consiguiente, propiciar la estatalización de los medios de producción, sino, y ello es bien distinto, promover el denominado accionariado obrero.

El colectivo receptor de las actuaciones públicas enderezadas a remover “las diversas formas de participación en la empresa” es, en parte, coincidente con el que se identifica de manera expresa como beneficiario de las acciones de apoyo al accionariado asalariado. También ahora, el constituyente está concibiendo como sujeto activo de esas actuaciones a los trabajadores subordinados, aun cuando no los mencione nominativamente. La directa alusión a la empresa como el espacio en el que habrán de concretarse las formas de participación así lo confirma sin sombra de incertidumbre. Pero el trabajador o, si se quiere, los trabajadores no cierran en torno de sí el círculo de los beneficiarios de las medidas de participación. Además de ellos, han de entenderse comprendidos quienes desempeñen las funciones de defensa y representación de los intereses de los trabajadores en las empresas; es decir, los representantes de los propios trabajadores. En un sistema en el que la cláusula general de participación se asienta, en buena medida, en principios propios de la democracia representativa, la titularidad de las medidas participativas en las organizaciones productivas no puede dejar de reconocerse a las organizaciones que representan los intereses de los trabajadores. Más aún, los derechos de participación de unos y de otros, de los trabajadores y de sus representantes, no pueden tratarse en modo alguno con criterios de paridad o equivalencia. Muy antes al contrario y en atención a la posición privilegiada que el texto constitucional confiere a las diversas manifestaciones de democracia representativa en el ámbito sociolaboral, tal y como es dable inferir de diversos pasajes constitucionales (arts. 7, 28.1, 37.1 y 131.2), los derechos de participación de los trabajadores en la empresa tienen un carácter subsidiario respecto de los derechos de participación de los representantes de los trabajadores en la empresa, no pudiendo configurarse en modo alguno con

un alcance no ya alternativo sino, ni tan siquiera, complementario. En aquellas empresas en las que haya representantes de los trabajadores, la titularidad y el ejercicio de los derechos de participación han de serles atribuida a ellos con criterios no ya de prioridad o preferencia sino de exclusividad. Y todo ello, sin perjuicio de la libertad de la que estos pueden disponer para someter a fórmulas de democracia directa las decisiones que adopten con el empresario durante el proceso de interlocución o negociación.

Finalmente y respecto del último de los mandatos formulados en el art. 129.2 CE, el colectivo receptor de las actuaciones públicas enderezadas a fomentar el cooperativismo puede abarcar todo el espectro social. En atención al tipo de sociedad cooperativa que se fomente, los beneficiarios pueden ser, de seguro, los trabajadores individuales (cooperativa de trabajo asociado); pero también los consumidores (cooperativas de consumo), los agricultores (cooperativas agrarias) o, en fin y más genéricamente, todos los ciudadanos que pretendan acceder a una vivienda digna (cooperativa de viviendas), disponer de un crédito en condiciones más favorables que las del mercado (cooperativa de crédito) o contar con un sistema de aseguramiento más ventajoso (cooperativa de seguros).

4. Como ya se ha tenido oportunidad de hacer notar, el art. 129.2 CE enuncia dos mandatos de fomento de acciones de participación: de un lado, el que es objeto aquí de estudio, de promoción de “las formas diversas de participación en la empresa” y, de otro, el consistente el establecer “los medios que faciliten el acceso a los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”. Conforme puede deducirse con notable facilidad, este segundo mandato viene a especificar una muy concreta forma de participación en la empresa, consistente en la denominada participación financiera, accionariado obrero o, en fin, participación accionarial (LANDA ZAPIRAÍN 2004, 18). A partir de esta indiscutible realidad conceptual, un sector de la doctrina ha deducido que las “formas diversas de participación en la empresa” a las que se refiere el primero de esos mandatos son, todas ellas, formas de participación en la gestión empresarial (URIARTE 2005, p.103). Es esta una aseveración cierta, pero solo en parte.

Desde luego, el primero de los mandatos del art. 129.2 no incluye las fórmulas de participación en la propiedad de los medios de producción, fórmula ésta, por cierto, omnicomprendiva y en la que han de incluirse todo tipo de organizaciones dedicadas a la producción de bienes y servicios y no solo las empresas mercantiles. Pero de la anterior conclusión no cabe deducir que dicho primer mandato solo mire a las formas de participación en la gestión; también ha de entenderse aquí incluida la tercera de las grandes modalidades de participación, que no actúa ni sobre la gestión ni sobre la propiedad sino, y en este dato consiste su elemento definitorio, sobre los resultados o beneficios de la empresa.

2.2. La errática ubicación constitucional de los mandatos de participación social

5. Los mandatos de participación social por antonomasia, aquellos cuyo concreto ejercicio comporta limitaciones de mayor o menor intensidad de los dos ejes vertebradores del sistema económico capitalista – derechos de propiedad y facultades de gestión, ejercitados unos y otras sobre las organizaciones productivas -, se encuentran instalados en el Título VII del texto constitucional, que se abre con la rúbrica “Economía y Hacienda”. A pesar de que las normas ahí emplazadas forman parte, todas ellas, de la denominada Constitución económica y al margen de que la mayoría formulen mandatos habilitantes a los poderes públicos, bien que de muy diversa naturaleza, para efectuar intervenciones en el ámbito económico, el encuadramiento de la cláusula de participación en la empresa en el mencionado Título VII resulta de una notable extravagancia sistemática.

En primer lugar y atendiendo al contexto normativo más próximo, no resulta fácil hallar la conexión material entre los mandatos establecidos en el art. 129.2, señaladamente el de participación en la empresa, y las disposiciones integradas en el referido título. Acaso la única y tenue conexión entre ese precepto, de un lado, y el que le precede (función pública de la riqueza: art. 128) y uno de los que le subsiguen (planificación de la actividad económica: art. 131), de otro, resida en que, todos ellos, enuncian posibles actuaciones públicas limitativas de la economía de mercado. Más allá de esta consideración, lo cierto es que el Título VII CE contiene una serie de preceptos muy heterogéneos: mientras algunos de ellos, los menos, tienen objetos relativamente autónomos, tal como sucede con los arts. 134, relativo a la actividad presupuestaria del Estado, y 136, regulador del Tribunal de Cuentas, la mayoría lleva a cabo concreciones o regulaciones de aspectos parciales de normas de naturaleza diversa, enunciadas en otros pasajes del Texto constitucional.

Por otra parte y analizando la sistemática adoptada por el constituyente respecto de la cláusula general de participación en la empresa a la luz de consideraciones no solo ni tanto de orden meramente contextual sino de índole material o sustantiva, el juicio negativo no se atenúa; antes al contrario, se acentúa. Como ya se ha insinuado y más tarde habrá ocasión de razonar, la participación de índole sociolaboral en los planos tanto macro como micro o de empresa, articula una institución que entra en diálogo, a veces en convergencia y otras en divergencia, con diversos derechos y libertades fundamentales. De un lado, el reconocimiento de derechos de participación a las representaciones de los trabajadores puede concretar, complementar o, en su caso, resultar instrumental para el adecuado ejercicio de algunos derechos fundamentales, como los de actividad de la libertad sindical (art. 281.1), de huelga (art. 28.2), de negociación colectiva (art. 37.1) o de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2), así como para el desarrollo de algunos principios rectores de la política social y económica, pudiendo incluir en este capítulo las acciones de política de empleo (art. 40.1), de formación y readaptación profesionales (art. 40.2) o de seguridad y salud en el trabajo (art. 40.2). Pero de otro lado, la implantación de cualquier forma de participación a nivel micro, en la empresa,

afecta con mayor o menor intensidad a los poderes de organización y dirección de los titulares de las organizaciones productivas, introduciendo así límites y restricciones al contenido de la libertad de empresa (art. 38).

En este contexto material, el emplazamiento más adecuado de la concreción en el orden socio laboral de la cláusula general de participación ex art. 9.2 CE hubiera estado, de seguro, en el Título I. Probablemente, la errática ubicación del mandato general de participación en la empresa pudo haber respondido, en una interpretación benevolente, a la “deliberada” decisión de su dilución entre preceptos sin un alcance claro (RODRÍGUEZ-SAÑUDO 2002, 701); y, en una interpretación algo más incisiva, al propósito del constituyente de privar a dicho mandato de una buena visibilidad, alejándole lo más posible de las posiciones preferentes en las que se decidió situar, no obstante, al grueso de preceptos vertebradores del Estado social.

2.3. La participación de los trabajadores en la empresa: su naturaleza jurídica

6. La conclusión que se viene de formular en orden al encuadramiento sistemático de los mandatos contenidos en el art. 129.2, al menos de los dos de dimensión laboral, en el Título I permite encarar, en un escenario más apropiado, la compleja cuestión acerca de la naturaleza de ambos mandatos de participación. Desde luego y con independencia de su ubicación, el art. 129.2 es una norma jurídica y, en cuanto tal, esta dotada de cierta eficacia jurídica; al menos, de la general aplicable a la integridad de las normas constitucionales. En tal sentido y por tanto, el mandato que enuncia el tan citado pasaje constitucional, de un lado, legitima las opciones de política de derecho destinadas a promover la participación en la empresa, al tiempo que clausura aquellas otras que se muevan en una dirección opuesta; y, de otro, obliga a una interpretación del ordenamiento jurídico laboral en un sentido acorde al mandato formulado. Como ha señalado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional, la CE en su conjunto, lejos de ser un mero listado de principios de carácter programático, simples orientaciones privadas de eficacia, “es una norma jurídica y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y por consiguientes también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella” (por todas, STC 16/1982, de 28-4, FJ 1 y 80/1982, de 20-12, FJ 1).

Lo anterior razonado, el principal problema sobre la naturaleza reside en discernir si el art. 129.2 CE instituye o no, en beneficio de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de los trabajadores individualmente considerados derechos subjetivos directamente aplicables. Uno de los pocos autores que se ha ocupado monográficamente de la cuestión a examen ha defendido la tesis positiva, argumentando que el precepto constitucional “crea obligaciones permanentes y concretas para todos los poderes públicos y, en consecuencia, derechos subjetivos a favor de sus destinatarios, de forma que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, los trabajadores poseen”, entre otros, los derechos a participar en la gestión de la empresa y de acceder

a la propiedad de las empresas (URIARTE 2004, 330 y 2005, 108). A pesar de tan rotunda afirmación, este mismo autor reconoce que el art. 129 “no desenvuelve su eficacia plena hasta su desarrollo concreto por parte del legislador ordinario” (URIARTE 2004, 320 y 2005, 107). Para este sector doctrinal, en suma, la participación de los trabajadores en la empresa viene constitucionalmente configurada, al menos desde una dimensión material, al estilo de un derecho fundamental cuyo concreto ejercicio requiere, no obstante, una singular *interpositio legislatoris*, de suerte que el art. 129.2 pertenecería a la categoría de las normas iusfundamentales.

No es la anterior, sin embargo, una tesis que, al margen de sus indudables puntos de interés, tenga un fácil acomodo constitucional. No ha lugar en el presente estudio abrir debate sobre la naturaleza de los derechos fundamentales, a los que nuestra doctrina científica confiere alternativamente la condición de regla jurídica o de principio jurídico. A los efectos que aquí interesa, bastara recordar que, conforme a la noción más canónica y ortodoxa, lo decisivo para la tipificación de una situación como derecho subjetivo – con independencia de su configuración como derecho subjetivo fundamental – es el reconocimiento a su titular de una facultad o de un conjunto de facultades (según se trate de un derecho simple o complejo) a cuya voluntad quedan deferidos el ejercicio y la defensa. Conforme dijera hace ya más de medio siglo DE CASTRO (1949, 573), la esencia del derecho subjetivo se manifiesta en un doble valor: de un lado, en un poder de disposición sobre una concreta situación jurídica y, de otro, en un ámbito de licitud (dentro de la esfera concedida, los actos son lícitos).

Definido en esos términos el derecho subjetivo, el reconocimiento ex art. 129.2 CE de una pluralidad de derechos subjetivos de participación tropieza con serios obstáculos. Ciñendo las consideraciones al tema objeto de examen, el principal de esos obstáculos reside en la imposibilidad de identificar con una mínima precisión tanto la situación jurídica constitutiva de unas facultades de participación en la empresa como los ámbitos para el lícito ejercicio y la válida defensa de esos poderes participativos. Así lo confirma, en primer lugar, una interpretación meramente lexicológica del precepto, que se aparta de manera nítida de la estructura gramatical habitualmente empleada para la configuración, en el propio texto constitucional, de los derechos constitucionales. Pero así lo corrobora, en segundo lugar y sobre todo, una interpretación sistemática del propio precepto, que hace gala de una muy notable vaguedad en la definición del contenido de ese presumible derecho. El texto constitucional encomienda a los poderes públicos, en efecto, la promoción de “las diversas formas de participación en la empresa”, giro gramatical éste que, al estar dotado de una amplia y, por ello, difusa genericidad y vaguedad, no permite identificar, con la menor garantía de seguridad jurídica, cuál o cuáles serían, en concreto, las expresiones de participación atributivas de un ámbito de ejercicio lícito y que, en atención a ello, habrían de ser objeto del oportuno desarrollo legislativo; desarrollo éste que, en caso de no haber sido cumplimentado adecuadamente, podría ser sometido, con las oportunas consecuencias, al oportuno control de conformidad constitucional. O como razona RODRÍGUEZ-SAÑUDO (2002, 700), la expresión constitucional de “formas de participación” tiene “perfiles nada definidos, que abre todo un

abanico de posibles realidades, que no tienen porqué ser alternativas o excluyentes”.

De acuerdo a lo que se viene de razonar, el art. 129.2 CE no define derechos subjetivos, cuya vinculabilidad jurídica, en el doble plano de su ejercicio y protección, se encuentre condicionada a una ulterior iniciativa legislativa. La encomienda formulada a los poderes públicos en ese precepto entra en nuestra opinión en otra categoría jurídica enunciada en la CE; en concreto, en la propia de los “principios de política social y económica”. Un análisis comparativo entre el enunciado normativo del art. 129.2 y los enunciados normativos ubicados en el capítulo III del Título I ofrece una razonable fundamentación a la asimilación aquí defendida, pues lo definitorio de todos estos, al estilo de aquél otro, reside, precisamente, en que de manera sistemática y generalizada mandatan a “los poderes públicos” (arts. 39.1 2, 40.1.2, 41, 43.2 y 3, 44.1 y 2, 45.2, 46, 47, 48 49, 50 y 51.1 y 2) o, excepcionalmente, al “Estado” (art. 42) a adoptar medidas muy diversas, vinculadas, la mayor parte de ellas, con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho.

La atribución al concreto mandato de promoción de las diversas formas de participación en la empresa como un principio rector de la política social y económica no cierra el capítulo de los problemas relacionados con la naturaleza jurídica de dicho mandato. Y ello, por cuanto como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no todos los principios rectores tienen idéntica naturaleza; antes bien, ésta depende de los términos de su enunciado constitucional (por todas, STC 247/2007, de 12-12, FJ 13). A diferencia de lo que sucede con otros principios, en los que la heterogeneidad de sus contenidos informa los respectivos enunciados (por ejemplo, arts. 40. 1 y 2, 47 o 49), el contenido del mandato a examen del art. 129.2 resulta homogéneo, rasgo éste que consiente atribuirle una naturaleza uniforme. La homogeneidad predicable de su contenido tiene, sin embargo, una dimensión meramente formal, pues se limita a especificar que el mandato a los poderes públicos recae sobre una sola institución: la participación en la empresa. Desde una perspectiva material, el tan citado mandato posee, como ya se ha razonado, un contenido muy genérico y abstracto, por lo que su eficacia jurídica (vinculabilidad y justiciabilidad) ha de descartarse. Por otra parte, esta problemática eficacia no tolera con facilidad medidas de refuerzo como consecuencia de una eventual vinculación del mencionado mandato con un derecho fundamental. Como fue argumentado con anterioridad, la participación en la empresa entronca con la cláusula general de participación (art. 9.2 CE), cuya conexión con el principio de igualdad no ha merecido por la jurisprudencia constitucional, al menos hasta el presente, una favorable acogida (FERNÁNDEZ LÓPEZ 2009, 141). A lo sumo, la vinculación de ambos pasajes constitucionales, de los arts. 9.2 y 129.2, podría dotar de mayor justificación constitucional a determinadas medidas reguladoras de la participación en la empresa llevada a cabo por los poderes públicos (por ejemplo y en una hipótesis imaginable en nuestro sistema jurídico, formas de codecisión paritaria).

No obstante lo expuesto, y como habrá ocasión de razonar en breve, alguna forma de participación en la empresa si es directamente vinculable con algún derecho fundamental, como sucede, por citar un ejemplo sencillo, con los derechos de información reconocidos a representantes sindicales y, por tanto, conectados con los derechos de actividad de la libertad sindical. En un caso semejante, pudiera suceder que el principio rector (la participación en la empresa) pudiera ser utilizado por la jurisprudencia constitucional como canon para sustanciar la constitucionalidad de una “acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida” (STC 45/1989, de 20-2, FJ. 4).

En todo caso y en cuanto norma dirigida de manera señalada, bien que no exclusiva, al legislador, el principio rector enunciado en el art. 129.2 CE es preceptivo y vinculante desde un doble punto de vista. En primer lugar, impone el dictado de aquellas disposiciones necesarias para alcanzar el fin perseguido en el referenciado pasaje, consistente en fomentar la participación de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de los trabajadores en la empresa, al tiempo que veda, como fue anticipado, la aprobación de normas que dificulten o, más rudamente, impidan el logro de ese objetivo constitucional. Por enunciar la idea en términos de la doctrina constitucional, los poderes públicos “deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores” (STC 189/1987, de 24-11, FJ 10). Pero en segundo lugar y mirando ahora hacia el ejercicio de la jurisdicción, el TC ha señalado en reiteradas ocasiones que las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de las leyes que desconozcan o marginen los bienes o valores constitucionalmente relevantes que consagran los principios rectores incurren en falta de razonabilidad y justificación, siendo arbitrarias y vulneradoras, en atención a ello, del art. 24.1 CE (entre otras muchas, SSTC 95/2000, de 10-4, FJ 5; 154/2006, de 22-5, FJ 8 y 233/2007, de 5-11, FJ 7).

2.4. El ensayo de delimitación conceptual de la noción “formas diversas de participación”

7. Como se ha tenido oportunidad de hacer constar, el art. 129.2 CE enuncia una cláusula enormemente genérica y abierta, susceptible de incluir formas de participación muy diversas. Y es que la participación es una institución “multiforme” (RIVERO LAMAS 2010, 168), capaz de concretarse y desarrollarse en modalidades diferentes así como de proyectarse en diferentes niveles organizativos: en la empresa, pero también en ámbitos supraempresa. Cualquier examen de derecho comparado, así lo confirma; corrobora, en efecto, la pluralidad de manifestaciones a través de las cuales puede articularse la participación.

En las observaciones que seguidamente se efectúan, se procederá, en primer lugar, a identificar los diversos tipos que puede cobijar la institución de la participación, bien que centrando la atención exclusivamente en las formas de participación “en la empresa” y, por consiguiente, dando de lado los cauces participativos en niveles superiores a la empresa, los sectoriales o

interprofesionales, los cuales no se encuentran bajo la cobertura del art. 129.2 CE. Una vez concluida esta primera tarea, se intentará delimitar el alcance de la expresión constitucional “formas diversas de participación”, con vistas a dilucidar si la misma ofrece cobertura a toda la extensa y variada tipología de formas de participación o la pluralidad de tipos de participación o, por el contrario, su ámbito de imputación es más reducido.

En un esfuerzo de síntesis, dos son los grandes criterios de clasificación de las formas diversas de participación: el criterio orgánico, de un lado, y el criterio funcional, de otro. Atendiendo al primer criterio, la participación puede desarrollarse a través de tres grandes fórmulas. La primera, calificada como participación interna, se articula mediante la intervención de los trabajadores (de sus representantes) en los órganos de gobierno de la empresa, sea cual fuere su denominación (consejos de administración o consejos de vigilancia) en los que, en consecuencia, hay presencia de dos grupos de intereses: de un lado, los de la empresa, que pueden ser bien socios dominicales o, en lenguaje de la nueva gobernanza, socios independientes y, de otro, los de los trabajadores. En la segunda modalidad, denominada participación externa, los derechos de participación se atribuyen a órganos ajenos al funcionamiento de la entidad titular de la empresa, los cuales pueden responder a un doble origen: uno electivo, en cuyo caso el órgano representa los intereses de todo el personal de la empresa o, más en general, de la unidad electoral legalmente definida y, el otro, sindical (sindicato o representación sindical en la empresa). La tercera y última de las modalidades de participación atendiendo a un criterio orgánico diferencia entre la participación ejercitada mediante representantes de los trabajadores y la participación articulada de forma directa por los propios trabajadores. En esta, son los trabajadores individualmente considerados los que participan en la gestión de la empresa, aun cuando, en la mayoría de los casos, las decisiones adoptadas se efectúen “en equipo” (RIVERO LAMAS, 2010, 171); en la participación indirecta, en cambio, son los representantes de los trabajadores, bien los electivos bien los sindicales, los que ejercitan las funciones participativas.

Las experiencias de derecho comparado evidencian sin sombra alguna de incertidumbre la compatibilidad de los diferentes cauces orgánicos de instrumentación de la participación. En tal sentido y por lo pronto, la participación interna es concurrente con la participación externa en aquellos sistemas que reconocen fórmulas de codecisión; ésta se canaliza, precisamente, mediante la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos colegiados que asumen las funciones de representación y gestión de la entidad titular de la empresa, sea cual fuere la naturaleza jurídica de ésta (por ejemplo, sociedad mercantil, sociedad cooperativa o fundación). En segundo lugar, los dos cauces de articulación de la participación externa tampoco son necesariamente excluyentes o, por mejor decirlo, pueden mantener una relación alternativa o acumulativa. En los sistemas jurídicos de relación alternativa (canal único), la participación se confiere de manera exclusiva a órganos sindicales; por el contrario, en los sistemas de relación acumulativa (doble canal), la participación puede atribuirse a ambos órganos o puede repartirse funcionalmente entre ambos. Un análisis de derecho comparado muestra que, a pesar de la tendencia de los numerosos

ordenamientos jurídicos de optar por una fórmula de distribución de funciones, la asignación de esferas funcionales propias de cada uno es a menudo inobservada (BIAGI 1992, 129). Por último, la existencia de fórmulas de participación indirecta tampoco cierra la constitución de vías de participación directa, que, en tal caso, suelen expresarse mediante la constitución de grupos de trabajadores, habitualmente denominados “comités de participación” (*Quality Circle* o *Special Purpose Teams*), que comparten sus capacidades, cualificaciones, experiencias e iniciativas en la organización de trabajo con vistas al logro de diversos objetivos, como identificar problemas de muy diversa índole, tales como la coordinación, el diseño del producto o las relaciones con los clientes y proveedores.

El segundo criterio de clasificación de la participación tiene una dimensión funcional, analizando la técnica a través de la cual se instrumenta la función participativa. De conformidad con este criterio, es un lugar común referirse a una tríada de formas de participación: información, consulta y codecisión o, en nuestro lenguaje doctrinal, participación en sentido estricto. Un sencillo ejercicio de combinación de los dos criterios de ordenación de la participación, el orgánico y el funcional, muestra que las diversas funciones participativas pueden ser ejercitadas bien por los representantes de los trabajadores de órganos electivos, sindicales o de ambos simultáneamente bien por las organizaciones de representación externa a la empresa, de ordinario de carácter sindical. De su lado, las fórmulas de representación directa en el ejercicio de estas tres típicas y tópicas funciones participativas tienen un carácter subsidiario respecto de la representación directa, activándose pues de manera exclusiva en aquellos casos de ausencia de representantes elegidos o sindicales.

8. Las anteriores observaciones no han tenido otra finalidad que la de identificar con la adecuada precisión los problemas que suscita el art. 129.2 CE en lo que concierne al contenido sustantivo del mandato dirigido a los poderes públicos de promoción de las “formas diversas de participación en la empresa”. A partir de la configuración de la participación en la empresa como una institución multiforme, susceptible de articularse mediante muy diferentes vías y funciones, la cuestión a resolver, conforme ya fue anticipado, consiste en dilucidar el alcance de la expresión constitucional o, más en particular, dilucidar si dicha expresión ofrece cobertura inicial a toda la variada tipología participativa o, con menor ambición garantizadora, cierra el círculo de las formas de participación en derredor de alguno de los criterios de clasificación expuestos o, incluso, de alguna de las manifestaciones o modalidades integradas en esos criterios.

En una primera inteligencia, el art. 129.2 CE parece haber acogido la tesis amplia. La genérica locución constitucional empleada, “formas diversas de participación”, no parece consentir reducciones del contenido de las técnicas de participación misma, tal y como éstas pueden mostrarse y se muestran en el complejo universo de las relaciones laborales de nuestro país y de los países de nuestra vecindad jurídica. Por consiguiente, la fórmula constitucional

contemplantas tanto las formas de participación basadas en un criterio orgánico como aquellas otras que atienden a la naturaleza de la función participativa.

La tesis apenas expuesta debe confrontarse, sin embargo, con la interpretación que del art. 129.2 CE ha venido elaborando la jurisprudencia constitucional. Desde sus momentos fundacionales, el TC se ha preocupado de diferenciar el hecho sindical de otras fórmulas de representación de los trabajadores en la empresa, concluyendo que los órganos unitarios establecidos en el ET no tienen fundamento en el art. 28.1; se relacionan, antes bien, con el art. 129.2, aun cuando éste precepto no obliga a su constitución. La doctrina que se viene de exponer queda bien resumida en la STC 98/1985, de 29-7, que razonará así: “los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la Ley y poseen solo una indirecta relación con el art. 129.2 CE” (FJ 3; también, entre otras muchas, SSTC 208/1989, de 14-12; 189/1993, de 14-6; 134/1994, de 9-5 y, en fin, 74/1996, de 30-4). Como ha sido hecho notar con acierto, esta doctrina no comporta una “mera incardinación formal de la representación unitaria en un determinado precepto constitucional”; despliega, antes al contrario, una relevancia material, que es apreciable en la protección dispensada a las presuntas violaciones de las instituciones electivas de participación, que, al carecer de conexión con la libertad sindical, no pueden acceder al amparo constitucional (SANTIAGO REDONDO 2009, 1991).

La configuración de los órganos unitarios de representación de los trabajadores instituidos bien por el ET (delegados de personal y comités de empresa, en sus diferentes modalidades) bien por la Ley 31/1995, de 8 de mayo, de prevención de riesgos laborales (delegado de prevención y comités de seguridad y salud) como instancias representativas fruto de la voluntad del legislador, sin más que “una conexión indirecta con el art. 129.2 CE”, es una jurisprudencia de relevantes consecuencias en el ámbito objeto ahora de reflexión. La conclusión a extraer del origen estrictamente legal de estos órganos se adivina de inmediato, pudiendo ser resumida del modo siguiente: el art. 129.2 CE no exige al legislador ordinario la constitución de unas concretas fórmulas organizativas de participación. O, expresada la misma idea con un mayor y más preciso alcance, el mandato constitucional de promoción de “las formas diversas de participación en la empresa” no define su contenido por referencia a criterios organizativos; éstos son ajenos al precepto constitucional, disponiendo el legislador de un notable margen de apreciación para determinar las concretas formas de participación en la empresa, desde una perspectiva organizativa u orgánica.

La anterior conclusión ofrece una primera aproximación en negativo a la tarea de delimitación del contenido del principio rector condensado en el fomento de la participación en la empresa. Resta por dilucidar la suerte del segundo criterio de clasificación de las formas participativas, el que atiende a la función. Y también aquí ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia constitucional en la relevante sentencia 142/1993, de 22-4, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. Reflexionando sobre la posible compatibilidad del deber del empresario de ofrecer información a los representantes de los

trabajadores de los datos retributivos con el derecho de intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), dijo en aquella ocasión el TC que la citada ordenación jurídica “se enmarca dentro de la regulación de los órganos de representación colectiva de la empresa”, y en cuanto tal supone un desarrollo de la cláusula general de participación (art. 9.2 CE) así como de la cláusula específica relativa a la promoción de la participación en la empresa, concluyendo que la ley recurrida “es la plasmación en materia de información del derecho a la participación en la empresa que consagra el art. 129.2 CE” (FJ 10).

Aun cuando la argumentación del TC incurra en falta de precisión, la citada sentencia, la STC 142/1993, parece dar a entender que la noción constitucional de “diversas formas de participación” atiende, de manera primera y esencial, a la vertiente funcional de la participación, en lugar de a la orgánica, de manera que el margen de apreciación del legislador ha de entenderse referido, en lo que ahora interesa destacar, al objeto de la información y la consulta y no al reconocimiento o no de derechos mismos de información y consulta. La ley, pues, podrá dotar de mayor o menor amplitud a los hechos de los el empresario debe informar y a las decisiones que debe someter a consulta; pero no podrá, salvo confrontando de manera abierta con el principio rector enunciado en el art. 129.2 CE, eliminar o reducir a expresiones marginales los deberes empresariales de información y consulta.

En relación con la conclusión que se viene de enunciar, parece oportuno plantear un interrogante adicional, cual es el de tipificar el encaje constitucional de los derechos de información y consulta ejercitados por las representaciones sindicales en la empresa. En casos semejantes, a nuestro juicio, el enlace constitucional de estos derechos no lo ofrece el art. 129.2 CE, debiendo identificarse en el art. 28.1 del texto constitucional. Esta conexión entre derechos de participación ejercitados por representantes sindicales y libertad sindical es rica en consecuencias constructivas, la principal de las cuales consistirá en que, en tales casos, la protección de los derechos de participación será la dispensada, sin matización o reserva alguna, a ese derecho fundamental en que consiste la libertad sindical (art. 53.2 CE).

3. Participación de los trabajadores en la empresa y libertad de empresa: sus conexiones constitucionales

9. Debido seguramente a la influencia de la Constitución italiana, el art. 32 del anteproyecto de la CE consagraba, en su apartado primero, “el derecho a la libre iniciativa económica privada”; y, en su apartado segundo, atribuía al empresario “el derecho a establecer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad (...)”. Tras los intensos debates habidos en la Comisión Constitucional del Congreso, aquél primer derecho transformó su denominación por la de libertad de empresa y éste segundo desapareció. A resultas de sus sucesivas mutaciones, el art. 38, que fue el precepto en el que finalmente recaló la libertad de empresa, alcanzó un amplio y, en buena medida, sorprendente consenso, logrado, como ha sido reconocido de manera generalizada por la doctrina, gracias a que la ambigüedad de la expresión utilizada (“libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”)

permitió a las diversas fuerzas políticas su interpretación “según sus necesidades” (DE JUAN ASENJO 1984, 137).

En un estudio al estilo del presente, que persigue situar el marco constitucional de los derechos de información y consulta, en su condición de manifestaciones de la participación en la empresa, la invocación que se viene de efectuar de la libertad de empresa no tiene otro objetivo que el de elucidar la conexión constitucional existente, si alguna, entre unos y otra.

Una primera respuesta negativa ha sido defendida por RIVERO LAMAS, para quien no existe vinculación entre participación en la empresa y libertad de empresa. Para este autor, la falta de coordinación que se da entre el reconocimiento de la libertad de empresa y el derecho de propiedad (art. 33), unido a la función social que ésta última ha de cumplir, determina que “el problema de la atribución de poder sobre la empresa esté privado de relevancia constitucional directa para un futuro desarrollo del art. 129.2”. En su opinión, “las materias y el grado de participación en la gestión de la empresa es una cuestión de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad, porque no roza la garantía constitucional del derecho de propiedad ni de la libertad de empresa”, de modo que la “defensa de las prerrogativas empresariales para organizar y dirigir la empresa, esto es, el <núcleo del poder del titular de la empresa en orden a su gestión>, tiene en el texto constitucional una afectación funcional y no real: lo que se garantiza es una <potencial autonomía de gestión económica>, pero no una vinculación de la propiedad a las facultades de la empresa” (RIVERO LAMAS 2010, 40).

Desde luego, el presupuesto del que parte el ilustre y malogrado laboralista no puede dejar de compartirse. Apartándose de los ejes vertebradores del constitucionalismo liberal, el del siglo XIX, para el que la finalidad primera y esencial de las constituciones era la defensa de los derechos de propiedad y de las libertades públicas (*property and liberty rights*), y haciendo suya los principios del constitucionalismo social, la CE enuncia como derechos con autonomía propia, de un lado, la propiedad, cuya función social delimita su contenido, y, de otro, la libertad de empresa. Aceptando, como no puede ser de otro modo, este punto de partida, resulta discutible, no obstante, deducir del carácter funcional y no real del “núcleo de poder del titular de la empresa” – lo que, invocando la terminología del art. 53.1 CE, cabría denominar el contenido mínimo de la libertad de empresa – la desconexión constitucional entre los derechos de participación legalmente reconocidos y la propia libertad de empresa. En las consideraciones que siguen se intentarán aflorar y fundamentar las vinculaciones entre aquel principio rector y este derecho constitucional.

10. Libertad de empresa, propiedad y mercado constituyen los ejes de vertebración de la “Constitución económica”, siendo evidente, por tanto, su conexión. Pero ello afirmado, la decisión de la CE de tratar por separado propiedad y libertad de empresa es la lógica consecuencia de los objetos distintos con que cuentan estos dos derechos fundamentales: mientras “la libertad de empresa se proyecta sobre el desarrollo de actividades económicas”, el derecho de propiedad lo hace “sobre los activos que sean

producto, en su caso, de tal desarrollo” (PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL 2002, 367). O, en otras palabras, el derecho de propiedad “protege lo adquirido”, la libertad de empresa tutela “la adquisición, la actividad en si misma” (SCHOLZ *apud* CIDONCHA, 2006, 210).

Proyectando el anterior criterio al terreno que aquí importa, puede concluirse afirmando que los derechos de participación en la gestión caen bajo la esfera del art. 38 CE, mientras los que afecten al uso y disposición del patrimonio (acceso a los medios de producción) o a los beneficios obtenidos (participación en los resultados) inciden en el ámbito del art. 33 CE. Con carácter general, las diversas formas de participación en la empresa incidirán pues, de modo diferenciado, sobre uno u otro derecho fundamental. No obstante ello, hay una forma participativa que puede afectar simultáneamente a ambos derechos. Así se deduce de las enseñanzas legadas por el Tribunal constitucional alemán en su sentencia de 1 de marzo de 1979, dictada al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la ley Cogestión o Codeterminación (*mittbestimmung*) de 1976 (GAMILLSCHEG, 1980).

Como se viene de razonar, los derechos de participación en la gestión pueden afectar a la libertad de empresa, aun cuando y de modo excepcional no solo a ella. Enunciando la idea en términos deliberadamente genéricos, esta afectación se debe a que aquellos derechos pueden desplegar una función restrictiva del ejercicio de esta libertad. En este contexto, se hace de todo punto necesario analizar, aun cuando sea en términos breves, los ámbitos de incidencia de la participación en la gestión sobre la libertad de empresa, cuestión ésta que, en definitiva, reenvía al examen del contenido de este concreto derecho fundamental.

11. Como hiciera notar la STC 37/1987, de 26-3, la definición con carácter abstracto y de general aplicación del contenido de la libertad de empresa y de los límites que pueden establecerse por las normas reguladoras de su ejercicio es una cuestión que no está exenta de serias dificultades (FJ 5). A pesar de esta constatación, con la que no puede dejar de estarse de acuerdo, la jurisprudencia constitucional se ha preocupado de ir elaborando una doctrina sobre el contenido de la libertad de empresa y sus límites. Como se ha razonado con acierto, un análisis semejante requeriría una doble y combinada tarea: de un lado, identificar la determinación del contenido (determinación positiva) y, de otro, precisar la determinación de los límites (determinación negativa) (CIDONCHA 2006, 264). Desde luego, excedería de nuestro ámbito de investigación afrontar, incluso de manera superficial, un estudio como el apenas enunciado, bastando pues circunscribir esta compleja problemática al tema que aquí importa, que es el de las vinculaciones entre libertad de empresa y derechos de participación. Con carácter preliminar, no estará de más contextualizar ese concreto debate.

En el decir de la jurisprudencia constitucional, la garantía institucional en que consiste la libertad de empresa no comprende el libre acceso de los particulares al ejercicio de toda actividad económica; estos tienen derecho a iniciar una actividad económica en aquellos sectores económicos en los que la

ley no lo haya vedado de manera expresa. No es ésta, sin embargo, una prohibición que pueda operar de manera genérica, debiendo la misma estar fundada bien en razones de interés general (art. 128.2 CE) bien en la calificación como ilícita de la concreta actividad clausurada al tráfico privado (STC 84/1993, de 8-3, FJ 2B). En aquellos casos en los que la actividad económica no esté vedada, la libertad de empresa comprende el derecho subjetivo de iniciar el ejercicio de una actividad, formula ésta que comporta el reconocimiento a los ciudadanos “de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” (FJ 3B).

Esta capacidad de decisión se desarrolla, a su vez, en un doble plano. En primer lugar y hacia el mercado, la libertad de empresa faculta la creación de empresas y la actuación en el propio mercado; esto es, la libertad de elección del mercado en que se pretende desarrollar la actividad (STC 64/1990, de 5-4, FJ 4) así como la libre transmisión de la empresa (STC 109/2003, de 5-6, FJ 8). En segundo lugar y en el interior de la empresa, la garantía institucional de la libertad de empresa comporta dos manifestaciones esenciales: el poder de autoorganización, de fijación de la estructura interna (STC 49/1988, de 22-2, FJ 12) así como – y es ello lo que interesa - el denominado por la jurisprudencia constitucional “el inherente poder de dirección empresarial” (STC 92/1992, de 11-6, FJ 3). O, en otras palabras, la libertad de empresa confiere al empresario “un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan el contrato de trabajo” (STC 208/1993, de 28-6, FJ 4).

En relación con los trabajadores, la libertad de empresa se manifiesta, en primer lugar, a través de las libertades de contratación y de extinción, ninguna de las cuales puede entenderse en términos absolutos. Como razonara el TC en la sentencia 192/2003, de 27-10, la libertad de empresa no comporta “ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho” (FJ 4). Y en segundo lugar, el tan citado derecho subjetivo también comporta, una vez celebrado el contrato de trabajo e ingresado el trabajador en la empresa, el reconocimiento de unos poderes de decisión empresarial, entre los que han de entenderse comprendidos los tradicionalmente denominados poderes de organización y dirección de la actividad laboral.

La tarea de delimitar cuáles son en concreto esos poderes excede con creces los objetivos del presente trabajo, ya que requeriría su análisis pormenorizado, a la luz de la legislación ordinaria, señaladamente el ET. Y también excedería con similar intensidad la labor de identificar los concretos límites compatibles, en este concreto ámbito de las relaciones laborales, con el derecho subjetivo de la libertad de empresa. A los efectos que aquí importa, bastará con efectuar algunas observaciones de carácter general.

Por lo pronto, la jurisprudencia constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera directa sobre la conexión entre los derechos de participación y la libertad de empresa. No obstante ello y de manera indirecta, la STC 92/1992, citada, al declarar la conformidad constitucional de la decisión de la autoridad laboral de autorizar o no la iniciativa empresarial de modificación de condiciones de trabajo en el marco del art. 41.1 ET, en la versión anterior a la reforma de 1994, valida implícitamente la participación de los representantes de los trabajadores; esto es, confirma la regularidad de la consulta establecida respecto de esa singular vicisitud de los contratos de trabajo, actualmente transformada en medida de flexibilidad interna. De su lado, la ya mencionada STC 142/1993 abordará el tema de manera frontal, no dudando en proclamar, como ya fue indicado, que la ley recurrida, la 2/1991 “es la plasmación en materia de información del derecho a la participación en la empresa que consagra el art. 129.2 CE” (FJ 10). Por este lado y al menos el derecho de información, queda respaldado constitucionalmente.

De otro lado, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho no consiente concepciones del poder empresarial como meras facultades de carácter unilateral, al margen “del funcionamiento general de las relaciones de trabajo o con pretendidos criterios autónomos de actuación jurídica” (ROMÁN DE LA TORRE 1992, 379). No es en modo alguno constitucionalmente viable claudicar la virtualidad de aquella cláusula cuando se entra en el ámbito de la gestión de personal en las empresas, ámbito éste en el que los poderes empresariales han de entrar en diálogo, de confrontación en ocasiones y de cooperación en otras, con los mecanismos de tutela de los intereses de los trabajadores entre los que ocupan un lugar de relativa relevancia las diversas técnicas de participación.

Es cierto que la participación es una institución que tanto desde una perspectiva histórica como de presente se ha prestado y se presta a ser desterrada a un escenario de meras apariencias formales, de manera que no toda intervención de los representantes de los trabajadores o, en su caso, la de estos constituye una garantía para la efectividad de los derechos e intereses de éstos. De ahí y como fue defendido hace ya tiempo por VALDES (1980, 520), los derechos de participación, con independencia de la forma que adopten, han de actuar de manera real y efectiva como medios de tutela de los derechos de los trabajadores. Pero sin desconocer el importante margen de maniobra del que disponen los poderes públicos, señaladamente el legislador, para establecer una regulación apropiada a fin de asegurar la consecución de un objetivo que entronca, como se ya se ha hecho constar, con la cláusula del Estado social, tampoco puede ignorarse que, habida cuenta de la imposibilidad de reconducir el ámbito empresarial a criterios de unidad funcional, la ordenación jurídica, bien que necesaria, suele resultar insuficiente. Las tendencias a considerar la empresa como un territorio de poder perteneciente en régimen de monopolio al empresario no solo no se han visto alteradas tras la consagración del constitucionalismo social; incluso se han acentuado, al menos si se atiende a la sustancia o, si se prefiere, si se prescinde de los cambios habidos en los argumentos manejados para su justificación, entre los que han pasado a ocupar un especial protagonismo nociones tales como competitividad, eficiencia de los mercados o productividad cuyo propósito

último es acentuar, incluso exacerbándolos, los poderes unilaterales del empresario. La reforma laboral de 2012 ilustra de manera ejemplar estas tendencias.

En todo caso y retornando al tema objeto de reflexión, puede convenirse que los derechos de información y consulta establecidos por el legislador ex art. 129.2 CE, en beneficio de los representantes unitarios de los trabajadores o de los propios trabajadores, o en conexión con el art. 28.1 CE, en caso de que su ejercicio sea desempeñado por los representantes sindicales, inciden en la libertad de empresa, en cuanto restringen la facultad empresarial de gestionar libremente la organización del trabajo y las relaciones de trabajo. Es ésta, no obstante, una limitación de la que, en modo alguno, es dable predicar con un mínimo de fundamento jurídico-constitucional que invade el contenido esencial del derecho fundamental a crear y dirigir una actividad empresarial, coartando o impidiendo el ejercicio de los poderes empresariales de dirección. Se trata, antes al contrario, de técnicas de participación que despliegan una intensidad mínima, tratándose del derecho de información, o, en el mejor de casos, media, respecto de la consulta.

CCNCC

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

1. Los estrategias comunitarias en relación con los derechos de información y consulta

1. Las iniciativas comunitarias en relación con los derechos de participación de los trabajadores – entendida esta noción en un sentido amplio, comprensivo de todas las manifestaciones de intervención de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones de las empresas - han constituido históricamente y lo siguen constituyendo en la actualidad, bien que con menor intensidad, un campo de juego en el que han convergido y convergen hasta tres distintas opciones de política de derecho. En primer lugar, la conveniencia de aproximar los plurales modelos o formas nacionales de participación de los trabajadores en la empresa con vistas a hacer converger las condiciones del mercado; esto es, a establecer condiciones equiparables a fin de reducir los costes y de facilitar las operaciones de movilidad transnacional de las empresas. En segundo lugar, la necesidad de contar, al margen de las formas nacionales de sociedad existentes, con un “nuevo tipo uniforme de sociedad”, con una nueva forma de organización que permita a las empresas “elegir su implantación en el espacio comunitario en exclusiva atención a razones económicas, abstracción hecha de consideraciones jurídicas” (proyecto Sanders sobre un estatuto de sociedad anónima europea de 1967). Por último, el interés por garantizar a los trabajadores un ámbito de intervención e influencia en los procesos de toma de decisiones en la empresa mediante unos procedimientos que, en última instancia, tienden a traducir una decidida preferencia y favor hacia modelos de relaciones laborales que, sin descartar el conflicto, procuran fomentar las vías de cooperación, entendimiento, compromiso y diálogo.

Para el logro de estos objetivos, cuyo peso relativo ha sido cambiante, la hoy Unión Europea ha desarrollado tres estrategias diferentes (WEISS 1996, 216). La primera se ha canalizado a través del establecimiento y de la armonización de derechos de información y consulta, en origen articulados limitadamente en la adopción por el empresario de determinadas medidas con incidencia en la suerte de las relaciones laborales individuales. La segunda estrategia estuvo ordenada, también en un principio, hacia la institucionalización de formas fuertes de participación de los trabajadores en ámbitos societarios. A ella respondieron las propuestas iniciales de la participación de los trabajadores en la *societas* europea (SE); y en ella también se inscribe la propuesta de V Directiva, hoy prácticamente abandonada a la memoria histórica. La tercera estrategia, en fin, estuvo orientada hacia el reforzamiento de las manifestaciones menos incisivas de los derechos de participación en las empresas o en los grupos de empresa de dimensión transnacional.

Hasta 1989, estas tres estrategias estuvieron perfectamente diferenciadas y definidas, resultando una tarea sencilla la reconstrucción, en cada una de ellas, tanto de las iniciativas que lograron incorporarse al acervo

social comunitario como de aquellas otras que se consumieron en los debates políticos internos de las instituciones europeas. A partir de esa fecha, las dos últimas comienzan a entremezclarse y perder su autonomía y sustantividad diferenciada como consecuencia, básicamente, de la acción combinada de los dos siguientes factores: el paulatino retroceso de la idea de encauzar la participación de los trabajadores en los órganos societarios de decisión y la progresiva renuncia a implantar un modelo uniforme de implicación de los trabajadores en la SE de aplicación general (ORTIZ LALLANA 2007, 221). No es cuestión ahora de entrar a narrar las vicisitudes por las que ha discurrido cada una de estas estrategias; y tampoco son estos momento y lugar apropiados para analizar las concretas iniciativas adoptadas en el ámbito de las tan repetidas estrategias. Nuestra atención estará centrada exclusivamente en el análisis de la evolución de los derechos de información y consulta.

2. Las fases en la ordenación comunitaria

2.1. La armonización sectorial

A. El programa social de 1974 y sus manifestaciones jurídicas

2. La evolución de los mencionados derechos ha transitado por tres fases, utilizada la expresión no solo con un alcance temporal, como equivalente a una concatenada sucesión de secuencias cronológicas, sino adicionalmente con una significación material. El acto germinal de esta evolución, coincidente en el tiempo y en términos más amplios con el punto de inflexión de la concepción rudamente economicista que informa los tratados fundacionales, puede datarse en octubre de 1972, fecha en que tiene lugar, en París, una cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de los miembros de Comunidades Europeas, todavía limitados al grupo de países fundadores. En aquella ocasión, los altos representantes de los seis afirmaron que “la expansión económica no es un fin en sí, sino que debe traducirse en una mejora de la calidad así como del nivel de vida”, destacando que las acciones en el ámbito social revisten “la misma importancia que la realización de unión económica y monetaria y, en razón de todo ello, invitando a las instituciones comunitarias a “establecer un programa de acción social” que, entre otras medidas, incluya “la participación de los trabajadores en la vida de las empresas”. En desarrollo de estas orientaciones, el Consejo aprueba el 21 de enero de 1974 una resolución relativa a un programa de acción social en la que, de un lado, se enuncia una serie de acciones prioritarias, entre otras la de “promover progresivamente la participación de los trabajadores o de sus representantes en la vida de las empresas en la Comunidad” (núm. 8). Y, de otro, se toma nota del compromiso de la Comisión de someter al propio Consejo, antes del 1 de abril de ese mismo año, iniciativas de muy diversa naturaleza, entre las que figuran dos propuestas de directivas relativas, respectivamente, “a armonizar las legislaciones en lo que se refiere al mantenimiento de los derechos y ventajas en caso de cambio de propiedad de las empresas y principalmente en caso de fusión” así como a “la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos”.

En cumplimiento del complejo y ambicioso programa de acción social de 1974, se dictan las dos citadas directivas, la 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, sobre despidos colectivos, y la 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre transmisión de empresa. Ambas proceden, en sus respectivos ámbitos de imputación normativa, a reconocer a favor de los representantes de los trabajadores derechos de información y consulta, plasmando así la primera fase de la evolución de estos derechos, caracterizada por su singularizado ámbito de aplicación. La secuencia de cierre de esta primera fase la aporta, en fin, la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

De las tres directivas mencionadas, es ésta última, la Directiva Marco, la que, al menos en una primera impresión, parece aportar mayores avances en el proceso de armonización de un modelo comunitario de derechos de participación de los trabajadores; de un modelo que intenta dilatar el contenido de estos derechos, que no deben detenerse en la información, en la consulta o en ambas vertientes sino que también han de comprender fórmulas participativas más intensas. Es ésta la lógica en la que parece inscribirse el art. 11 de la citada directiva cuyo número 1 comienza enunciado la cláusula general en la materia, al disponer que “los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y permitirán su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y salud en el trabajo”, para proseguir inmediatamente después detallando las singulares manifestaciones a través de las cuales se concreta dicha cláusula, la cual implica: la consulta de los trabajadores, su derecho a formular propuestas y, en fin, “*la participación equilibrada* de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales”. Concebida la participación de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo como uno de los grandes ejes de la ordenación comunitaria, la utilización por la Directiva Marco de un concepto tan indeterminado como el de “participación equilibrada” tal vez pudo contribuir a que la propia directiva fuera aprobada por unanimidad de sus entonces doce miembros, pese a que, tras la reforma operada en el Tratado de Roma por el Acta Única Europea, para la aprobación de actos normativos en materia de seguridad y salud en el trabajo hubiera bastado aplicar la regla de la mayoría cualificada. No obstante ello y precisamente por la falta de claridad de este concepto, el resultado armonizador efectivamente operado por la Directiva ha sido notablemente menor al deseable, ya que en la mayor parte de los ordenamientos nacionales europeos los derechos de implicación de los trabajadores quedan reducidos a la información y consulta, permaneciendo la vía de la participación equilibrada como una expresión vacía de todo contenido sustantivo.

En todo caso y más allá de este singular debate, lo que interesa ahora destacar es que el objetivo de este grupo de directivas comunitarias fue, desde luego, la armonización de ciertos derechos de implicación de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones de las empresa, señaladamente los derechos de información y consulta. Pero la finalidad armonizadora fue parcial o segmentada, limitada a tres grandes materias o áreas temáticas: despidos colectivos, transmisión de empresa y seguridad y salud en el trabajo. En esta

primera fase, al derecho comunitario le es por completo ajena la voluntad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en relación con los derechos de información y consulta de conformidad con un principio de generalidad objetiva; con un criterio, en suma, que reconozca el ejercicio de estos derechos en todas o, al menos, en las más significativas medidas y actuaciones con consecuencias laborales que pretendan adoptar las empresas.

B. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales

3. Pocos meses después de la aprobación de la Directiva Marco sobre seguridad y salud, el 9 de diciembre de ese mismo año, los Jefes de Estado o de Gobierno de once de los entonces doce Estados miembros adoptan solemnemente en Estrasburgo, bien que privándola de cualquier efecto jurídicamente vinculante, la denominada Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, que agrupará los puntos 17 y 18 bajo la rúbrica “información, consulta y participación de los trabajadores”. Desde una perspectiva material, el tratamiento por la Carta de los derechos de información y consulta responde a la misma lógica de las mencionadas directivas; a una lógica en la que el ejercicio de estos derechos, lejos de configurarse con un ámbito general, queda vinculado a determinadas decisiones sobre la vida de las empresas. No obstante ello, a pesar de que la Carta no aporta cambios sustanciales en el tratamiento del ámbito material de ejercicio de la información y consulta, la Carta tendrá el efecto, a nuestro juicio, de reubicar la posición de ambos derechos en la construcción de las bases del modelo europeo de relaciones laborales. En breve se retornará sobre esta contribución de la Carta, siendo aún aconsejable reseñar que, pese a sus limitaciones objetivas en relación con el tratamiento de la información y consulta, este documento lleva a cabo alguna innovación que no puede pasar desapercibida.

Tras traducir el punto 17 la renuncia expresa de las instituciones comunitarias, incluso de manera indicativa, a aproximar con carácter general los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, que habrán de desarrollarse, por tanto, “según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros”, el punto 18 enuncia, mediante la técnica de la cláusula abierta, una serie de asuntos en los que esos derechos “deben llevarse a cabo”, mencionando expresamente los cuatro siguientes: introducción por las empresas “de cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores” en lo relativo a sus “condiciones de trabajo y a la organización de trabajo”; reestructuraciones o fusiones de las empresas “que afecten al empleo de los trabajadores”; procedimientos de despido colectivo y, en fin, adopción de políticas de empleo por parte de empresas que afecten a trabajadores, “particularmente trabajadores transfronterizos”. Una superficial comparación entre la lista de materias que, conforme al citado punto 18, “deben de llevarse a cabo” y las materias en las que efectivamente tales derechos ya encuentran instrumentación jurídica en la legislación comunitaria, evidencia ciertos desajustes por exceso y por defecto.

De un lado, esa lista amplía el campo material de las directivas entonces vigentes, extendiendo la información y consulta a decisiones que trascienden los despidos colectivos y la transmisión de empresa, tal y como acontece con los cambios tecnológicos que influyan en las condiciones de trabajo o en la organización de trabajo y con las políticas de empleo adoptadas por las empresas con repercusión laboral, señaladamente si en tales empresas existen trabajadores transfronterizos. Pero de otro, la lista introduce una restricción en los derechos de información y consulta en relación con las transmisiones de empresa (“reestructuraciones o fusiones”), cuyo ejercicio, conforme a lo previsto en el art. 6 de la Directiva 77/1987/CEE, citada, no se circunscribe a los supuestos “que afecten al empleo de los trabajadores”, como reza la Carta; antes al contrario, posee un ámbito más amplio de imputación objetiva, abarcando, si se trata del derecho de información, cualquier supuesto de traspaso de empresa y, si se trata del derecho de consulta, las sucesiones de empresa en las que el cedente o el cesionario prevean adoptar “medidas en relación con sus trabajadores respectivos”, las cuales pueden afectar, no al empleo, sino y ello es diferente, a las condiciones de trabajo.

Diferente alcance debe atribuirse al contenido del punto 19 de la Carta, relativo a la protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo, que no hace otra cosa, en lo que aquí importa reseñar, que sintetizar el art. 11.1 de la Directiva Marco, reiterando el derecho que asiste a los trabajadores y sus representantes a la información, consulta y “participación equilibrada” en lo referente a los riesgos a los que se encuentran expuestos y a las medidas que se adopten para reducir o eliminarlos.

2.2. Una nueva política de derecho: armonización de los derechos de información y consulta y adopción por las empresas de decisiones estratégicas en materia de empleo y organización del trabajo

A. Los factores del cambio

4. La segunda de las fases evolutivas de los derechos de información y consulta rompe de manera resuelta con la lógica jurídica que había actuado como premisa de ordenación de tales derechos en la etapa anterior. Apartándose de las orientaciones contenidas en el punto 18 de la Carta Comunitaria de Estrasburgo, las iniciativas que se adoptan en esta secuencia ya no pretenden, tal y como en su día había realizado la Directiva Marco sobre seguridad y salud, extender a otros campos la información y consulta mediante el uso de la técnica del catálogo. El objetivo finalmente perseguido es la armonización de ambas manifestaciones del derecho de participación con carácter general a través de una nueva y más ambiciosa política de derecho. Ese objetivo abandona los escenarios de las materias concretas y se instala en un terreno tendencialmente transversal y, por tanto, capaz de afectar al conjunto de decisiones estratégicas que pretendan adoptar las empresas con incidencia tanto en la situación, estructura y evolución del empleo como en la organización del trabajo o, más ampliamente, en los contratos de trabajo.

Dos factores van a desempeñar un relevante papel en el proceso de tránsito de una a otra fase. El primero de ellos tiene mucho que ver con las importantes reformas del TCE que lleva a cabo, en octubre de 1997, el Tratado de Ámsterdam (TA), reformas éstas que, en verdad y en lo que aquí afecta, no otra cosa hacen que incorporar al referido Tratado las modificaciones previstas en el Acuerdo sobre política social al Protocolo Social (protocolo 14) del Tratado de Maastricht. En lo que ahora importa destacar, las modificaciones al TCE aportadas por el TA van a actuar en un doble frente. Por lo pronto, el Tratado amplía las competencias comunitarias en materia social, a cuyo efecto el art. 118.1 atribuye a la Comunidad la facultad de apoyar y completar la acción de los Estados miembros, entre otras materias - todas ellas sujetas al principio de subsidiariedad - la que se refiere a “la información y consulta de los trabajadores” (art. 137.1.e), del TCE consolidado). En segundo lugar y de otro lado, el TA opta por reenviar la adopción por el Consejo de la correspondiente directiva sobre esta materia, aun cuando no solo respecto de ella, al procedimiento de la mayoría cualificada (118.2 del TCE en la versión del TA, actual art. 135.2.b del Tratado consolidado), sustrayéndolo de este modo al más riguroso procedimiento de la unanimidad, al que somete, no obstante, a otras nuevas competencias comunitarias, como la relativa a “la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores (...)” (art. 118.3 del TCE en la versión del TA, actual art. 135.2.b) del TCE consolidado).

El segundo factor que también contribuye a propiciar la aparición, primero, y la consolidación, más tarde, de iniciativas comunitarias destinadas a instituir un marco general para el ejercicio de la información y consulta conecta con la progresiva conformación de estos instrumentos como aquellas manifestaciones de participación de los trabajadores que mejor logran traducir los grandes ejes sobre los que se pretende construir el “modelo” europeo de relaciones laborales; esto es, un modelo asentado en el diálogo social con vistas, entre otros objetivos, a favorecer la prevención de los riesgos, a facilitar la flexibilidad de la organización del trabajo, a promover el acceso de los trabajadores a la formación, a incrementar las posibilidades de los trabajadores de intervenir en la marcha y en el futuro de las empresas o, en fin, a mejorar la competitividad de éstas.

Desde esta perspectiva es desde la que ha de valorarse, como ya se ha tenido oportunidad de anticipar, el positivo papel de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. A pesar de sus notables limitaciones, apreciables tanto en un plano jurídico general (deficiente sistemática o ausencia de vinculabilidad, por citar algunas de esas limitaciones) como en otro más relacionado con el tratamiento de los derechos que enuncia, la inclusión en la Carta de una rúbrica específica dedicada “a la información y consulta (y participación) de los trabajadores” tiene el mérito de haber dotado a estos instrumentos de visibilidad en el espacio social europeo. Desde entonces y hasta la actualidad – y no debe este dato juzgarse como casual o menor -, cuantas disposiciones comunitarias han procedido a la armonización de las legislaciones laborales respecto de los derechos de información y consulta, bien con una dimensión parcial, referida a concreta decisión, bien con un alcance más general, no han dejado de invocar en sus respectivos Preámbulos

la Carta Comunitaria y, de manera más expresa, su punto 17 como obligado referente o, tal vez e incluso, como fundamento inmediato de las políticas adoptadas a fin de reforzar y fortalecer el ejercicio de los tan mencionados derechos. Por ilustrar la idea con algunos significativos ejemplos, es ésta la opción fácilmente constatable en los considerandos (1) y (6), respectivamente, de las Directivas 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, que modifica la de despidos colectivos, y 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, que modifica la directiva sobre transmisión de empresa.

Al margen de la Carta, otras normas y documentos comunitarios van a colaborar de manera muy decidida a realzar la función de la información y consulta en la construcción de la dimensión social del mercado interior. En el capítulo de las normas, la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria constituye, probablemente, el ejemplo más significativo del impulso normativo que, en la década de los años 90, van a experimentar la información y consulta en su condición de instrumentos de canalización de la implicación de los trabajadores en la vida de las empresas europeas. El favor prestado por el legislador comunitario hacia estos instrumentos de intervención, en detrimento de otros cauces más fuertes, se deduce sin margen para la incertidumbre de la ordenación de cualquiera de los dos modelos, convencional o legal, de articulación de la participación en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. En el modelo pactado o, lo que es igual, en la regulación nacida del acuerdo, las opciones que se ofrecen a las partes sociales ya revelan ese trato de favor. De un lado, por cuanto los procedimientos de información y consulta se erigen, en sí mismos considerados, en vías de ejercicio de los derechos de participación. De otro, por cuanto y en caso de optarse por el cauce orgánico de participación, el acuerdo debe mencionar, como contenido mínimo, “las atribuciones y el procedimiento de información y consulta al comité de empresa europeo” (art. 6.2.c de la directiva). En el modelo legal, la preferencia resulta, si cabe, más visible, pues las competencias establecidas por las legislaciones europeas al comité, y dictadas al amparo de lo prevenido en las disposiciones subsidiarias, “se limitarán a la información y la consulta” (Anexo, 1.a.).

Muy abundantes son los documentos comunitarios que pueden traerse a colación a fin de fundamentar la idea que se está desarrollado. De entre todos ellos, baste citar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “Políticas sociales y de empleo: un marco para invertir en la calidad” (COM/2001/0313 final). Tras definirse la calidad en el trabajo como “un concepto relativo y pluridimensional”, la citada Comunicación identifica el “diálogo social y la participación de los trabajadores” como uno de los indicadores de calidad, dependiente de las características del “entorno laboral y del contexto general del mercado laboral”. De ahí que, y con vistas a la consecución de un buen índice en relación con ese indicador, se defina como un objetivo prioritario el asegurarse que los trabajadores y sus representantes “están informados de la evolución de sus empresas y su vida laboral y participan en la misma”.

B. La expresión normativa del cambio: la Directiva Marco 2002/14/CE

5. Con vistas a colmar las carencias relativas al ámbito material del deber de las empresas de informar a, o de consultar con, los representantes de los trabajadores la adopción de decisiones de interés laboral, la Comisión elevará al Consejo, en noviembre de 1998, una propuesta de directiva a fin de establecer un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Tras los trámites oportunos, dicha propuesta se convierte en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, de igual denominación, basada en el art. 137.2 del TCE.

Una lectura del enjundioso preámbulo de la directiva, que se corresponde con el de la propuesta con ligeras adiciones, ofrece algunas pistas de interés acerca del contexto político en que se adopta por las instituciones comunitarias esta iniciativa y, sobre todo, de los objetivos que se persiguen. En relación con el primer aspecto, con el contexto político, las instituciones comunitarias llaman la atención sobre el hecho de que la existencia de reglas jurídicas a nivel europeo y nacional, destinadas a asegurar la participación de los trabajadores en la marcha de las empresas y en las decisiones que les conciernen, “no siempre ha impedido que se hayan adoptado y hecho públicas determinadas *decisiones graves* que afectan a los trabajadores sin que se hayan observado previamente procedimientos adecuados de información y consulta” (Considerando 6). El recuerdo de algunos casos de la época en los que, en efecto, fueron tomadas medidas muy relevantes sin respetar esos procedimientos, tal y como aconteció, por ejemplo, en la factoría de Renault de Vilvoorde (Bélgica), se encuentran así implícitamente incorporadas en el considerando transcrito del preámbulo. Respecto del segundo aspecto, el de los objetivos, la directiva pretende establecer “un marco general que incluya los principios, las definiciones y las modalidades de la información y consulta” (Considerando 23), fijando “disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad” (Considerando 18). Y todo ello, en el horizonte de “reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa” (Considerando 7).

Sin entrar por el momento a examinar el contenido normativo de la Directiva 2002/14/CE, al mérito de la misma pertenece el haber culminado la segunda de las fases evolutivas de los derechos de información y consulta en el ordenamiento comunitario. Semejante valoración positiva no solo trae causa en razones formales, vinculadas con el cierre de una etapa. Este juicio favorable se debe, sobre todo, a razones de fondo o sustantivas; al menos a las tres siguientes. En primer lugar, la citada directiva inaugura una nueva opción de política de derecho en la ordenación comunitaria de derechos laborales de carácter colectivo: la información y consulta dejan de ser instrumentos de participación recluidos en ámbitos de actuación empresarial importantes pero singulares para erigirse en cauces de intervención en las decisiones sustanciales de las empresas que afectan a los trabajadores a sus servicios. En segundo lugar, la disposición comunitaria no se limita a seguir de manera mecánica las pautas normadoras de las directivas sectoriales sobre

derechos de información y consulta, centradas exclusivamente en regular los aspectos sustantivos (titularidad, momento, forma o contenido, por ejemplo). Además de ello, que no es poco, procede a instituir unos mecanismos de defensa de los derechos, mandando a los Estados miembros a establecer medidas adecuadas en caso de incumplimiento, incluido el cuadro sancionador. En tercer lugar, en fin, la mencionada Directiva apuesta de manera resuelta por un modelo participativo que debe conjugar las vertientes económica y social. Los objetivos perseguidos con el reforzamiento de los derechos de información y consulta tienen, desde luego, una dimensión social, poniendo a disposición de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de los trabajadores mismos unas herramientas para limitar los poderes empresariales de gestión; pero además de ello, pueden contribuir, cuando menos de modo colateral, al desarrollo económico, favoreciendo las relaciones empresa-trabajadores (WEISS 2004, 167). O por decirlo con las palabras del preámbulo, “la profundización y aceleración de las presiones competitivas a nivel europeo” surgidas a resultas de la entrada de la tercera fase de la unión económica y monetaria han de conciliarse con el reforzamiento de “las medidas de acompañamiento a nivel nacional” de carácter social. De seguro, es esta idea la que subyace en la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2002 sobre “responsabilidad social de la empresa” (COM (2002) 347 final) al encuadrarse “la información y la participación de los trabajadores” en el grupo de prácticas sociales responsables, junto, entre otras, la calidad en el empleo, la instrucción y la formación a lo largo de la vida, la igualdad de oportunidades o, en fin, la integración de las personas con discapacidad.

2.3. La configuración de los derechos de información y consulta como derechos fundamentales: la Carta de Niza

6. La última de las fases evolutivas de los derechos de información y consulta afecta no a su ámbito material, generalizado tras el dictado de la Directiva 2002/14/CE, sino a su naturaleza. La invocación de la Carta Comunitaria vuelve a ser obligada. A pesar de las fuertes limitaciones que rodearon la adopción de este documento, señaladamente de las derivadas de ausencia de todo rastro de vinculabilidad jurídica, la Carta ya muestra una firme voluntad del legislador comunitario de ubicar estos derechos en la franja más selecta y protegida; en la que se corresponde con la de los derechos fundamentales.

La configuración de estas dos concretas manifestaciones de participación de los trabajadores como derechos fundamentales será ratificada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptada en Niza en el 2000, cuyo art. 27 reconoce a los trabajadores o a sus representantes el derecho a que se les garantice, en los niveles apropiados, una información y consulta “en tiempo útil y en los casos y condiciones previstos” por el ordenamiento comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. En todo caso, la decisión de ubicar las disposiciones relativas a los derechos de información y consulta en el pórtico mismo del capítulo IV, que abre la rúbrica de los derechos de “solidaridad”, no puede dejar de valorarse de

manera positiva. Con ello se pretende evidenciar que, lejos de entenderse como derechos “de segundo nivel”, la información y consulta constituyen valores fundamentales; piezas esenciales de la estrategia europea en materia social, actuando como elementos de conexión entre las dimensiones económica y social de la propia Unión (ALAIMO 2010, 292).

Inicialmente desprovista de normatividad, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), en la versión introducida por el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007, ha atribuido a la Carta de Niza el rango y valor jurídicos propios de los Tratados, atrayendo hacia sí todos los atributos y mereciendo la tutela propia de estos instrumentos normativos. Por este lado, pues, los derechos fundamentales de información y consulta han devenido, conjuntamente con el resto de derechos formulados por esta Carta, jurídicamente vinculantes.

3. La ordenación jurídica de los derechos de información y consulta

3.1. La regulación transversal: la Directiva Marco 2002/14/CE

A. La apertura de un diálogo crítico con los sistemas nacionales

7. En términos generales, la adopción por las instancias comunitarias competentes de la Directiva 2002/14/CE no fue saludada como un acontecimiento normativo de especial significación. Tal vez, ésta desinteresada mirada pudo estar motivada por una doble y combinada razón. La primera, de orden doméstico o nacional, pudo proceder de la siguiente constatación: a excepción del Reino Unido, el resto de los ordenamientos de los entonces quince Estados miembros de la UE ya contaba, en el momento de la aprobación de la norma comunitaria, con unos órganos estables y obligatorios de representación de los trabajadores a los que se les venían reconociendo, con intensidad variable y a través de la legislación o de una inveterada experiencia contractual colectiva, unas facultades de información y consulta en relación con las decisiones empresariales de índole organizativa o económica con repercusión sobre la marcha (ejecución y suerte) de los contratos de trabajo. La segunda razón, a su vez, pudo estar relacionada con el ancho espacio de desarrollo normativo que la directiva misma concede a los ordenamientos nacionales y que su propia denominación parecería empeñada en realzar. “El objetivo de la presente Directiva – reza el considerando 23 de su preámbulo – se debe lograr estableciendo un marco general que incluya los principios, las definiciones y las modalidades de la información y consulta, *marco que corresponderá a los Estados miembros cumplir y adaptar a sus realidades nacionales*, concediendo a los interlocutores sociales, cuando proceda, un papel preponderante que les permita definir (...) las modalidades de información y de consulta que consideren más adecuada a sus necesidades y a sus deseos”. O, por decirlo en los términos del art. 1.2 de la norma comunitaria a examen, “las modalidades prácticas de información y de consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de relaciones laborales en cada estado miembro (...)”.

La inteligencia integrada de estas dos razones, que aportan una visión “minimalista” más que “funcionalista” o “flexible” de la Directiva 2002/14/CE, podría interpretarse en el sentido de llevar ya implícito un mediocre juicio acerca de la incidencia real y efectiva en los ordenamientos nacionales europeos: sólo los sistemas nacionales que no garantizaran los derechos mínimos de información y consulta establecidos por la directiva se verían obligados a revisar sus leyes nacionales (MENÉNDEZ SEBASTIÁN 2005, 515). De ahí, el impacto bastante escaso asignado a la directiva sobre el ordenamiento español (MERCADER UGINA 2005, 288; en sentido contrario ALVAREZ CUBILLO 2007, 296). Y de ahí, también y como reverso de la medalla, la formidable repercusión que la misma produjo en el sistema británico de relaciones laborales (DAVIES/KILPATRICK 2004), en el que una ley específica (la *Information and Consultation Regulations 2004*) reconoció a los trabajadores, por vez primera en su historia, unos derechos mínimos de información y consulta¹.

No obstante lo razonado, la propia Directiva ofrece, tanto en su preámbulo como en su articulado, pistas bastantes para poder contrariar o, al menor, atemperar cualquier juicio destinado a instalarla en el capítulo de las normas comunitarias menores. Dejando para más adelante el análisis del contenido normativo de esta directiva así como de su concreta incidencia en nuestro ordenamiento, el considerando 6 ya pone de manifiesto cómo la existencia de marcos jurídicos a nivel comunitario y nacional “no siempre ha impedido que se hayan adoptado y hecho públicas determinadas decisiones graves que afectan a los trabajadores sin que se hayan observado previamente procedimientos adecuados de información y consulta”. Y el considerando 13, de su lado, llama la atención sobre algunos de los inconvenientes de esos marcos, que se encuentran “a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio”, descuidando “los factores económicos de las decisiones” y no favoreciendo “una auténtica *previsión* de la evolución del empleo ni en la prevención de los riesgos”.

Estas declaraciones evidencian la voluntad de la propia directiva de abrir un diálogo crítico con los sistemas nacionales vigentes de información y consulta. Y, por consiguiente, sugieren que el juicio acerca de su eventual incidencia en los ordenamientos de los Estados miembros ni puede ni debe hacerse depender de un dato meramente formal, cual es la existencia o no de cauces orgánicos o de procedimientos informativos y consultivos, sino, y ello es bien diferente, de circunstancias materiales en las que se analice y valore el modo en el que la completa ordenación de esos derechos (su configuración, su ámbito material y sus modos de ejercicio) logra garantizar el efecto útil perseguido por la norma comunitaria.

¹ En la sentencia del TJE de 8 de junio de 1994 (asunto *Comisión Europea c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, C-383/92), el Reino Unido ya había sido obligado a adoptar aquellas medidas útiles para que los representantes de los trabajadores fueran designados a fin de poder cumplimentar las obligaciones de información y consulta establecidas en los arts. 2 y 3 de la Directiva sobre despidos colectivos

La identificación de este efecto es interrogante abierto a criterios divergentes. No obstante estas discrepancias, el efecto útil querido por la Directiva 2002/14/CE, a nuestro entender, se centra en la instauración o implantación de la *participación informativa y consultiva* como un elemento estructural y estructurador de los sistemas nacionales de relaciones laborales y, por encima de ello y también, como instrumento de preservación de “los valores esenciales en los que se basan nuestras sociedades” con vistas a garantizar que todos los ciudadanos se beneficien del desarrollo económico (considerando 11). En breve, de un modelo participativo de gestión de la empresa, que prima y favorece el diálogo y el compromiso social respecto del conflicto y la confrontación laboral.

Así entendido el objetivo básico de la directiva, su consecución pide algo más y algo distinto del reconocimiento a favor de órganos estables de representación de los trabajadores de unas concretas facultades de información y consulta; exige que esas facultades se conciban en un sentido, se extiendan a unos ámbitos y se ejerzan conforme a unas reglas de tiempo y procedimiento que aseguren la eficacia en el ejercicio de esas facultades. El *corpus* de la directiva pretende, precisamente, enunciar bajo qué condiciones los derechos de información y consulta logran ser eficaces. A ésta lógica responden lo que el art. 1.1 denomina “*requisitos mínimos* para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad”. La adjetivación de esos requisitos como mínimos no plantea, conforme entiende un sector de la doctrina científica, un problema de intensidad participativa. Su finalidad es bien otra, consistiendo en formular el test que debe ser utilizado para enjuiciar el grado de ajuste de los ordenamientos nacionales al derecho comunitario. En breve, la correcta transposición de los requisitos mínimos por parte de los Estados miembros ofrece el criterio, necesario y suficiente, acerca del modo en que se asegura el efecto útil en cada concreto sistema nacional. Es ésta, por lo demás, la doctrina que ya ha tenido oportunidad de declarar el TJCE que, en su sentencia de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/05), dictada al resolver una cuestión prejudicial promovida por el Consejo de Estado francés a instancia de las cinco grandes confederaciones sindicales (CGT, CFDT, CGC, CFTC y FO), ha señalado que la remisión que efectúa el art. 3º, entre otros preceptos de la directiva, a los ordenamientos nacionales no puede entenderse como ilimitada, debiendo ser respetado en todo caso el principio de garantía del efecto útil. Con amparo en los argumentos que se acaban de exponer, les asiste toda la razón a quienes en su momento sostuvieron la tesis de que la directiva está destinada a incidir en profundidad en las relaciones industriales nacionales (ROCELLA/TREU 2009, 496).

En otro orden de consideraciones, no puede dejar de destacarse la notable especificidad que, en el conjunto de las directivas comunitarias reguladoras de los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, representa la Directiva Marco, habiendo venido a introducir un punto de “discontinuidad” en la producción normativa hasta entonces precedente. En primer lugar y apartándose de las directivas de primera generación (despidos colectivos y transmisión de empresa), la directiva 2002/14/CE es una norma general y no sectorial; pero, en segundo lugar, y distanciándose ahora de las

directivas de segunda generación (comité de empresa europeo y sociedad europea), su ámbito de aplicación tiene un carácter interno, nacional, y no transnacional. Probablemente por este motivo, por cuanto su objetivo es armonizar los derechos de información y consulta en los sistemas nacionales, esta directiva asume una impronta *minimalista*, en el sentido anteriormente expuesto. La mera lectura de su preámbulo ilustra esta configuración en términos dotados de una encomiable transparencia. Así el considerando 18 dirá que la norma comunitaria “tiene por objetivo el establecimiento de disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad”. Y el considerando 22 insiste en la misma idea, al señalar que “el marco comunitario de la información y consulta debe limitar al mínimo posible las cargas impuesta a las empresas y centros de trabajo”. Intentando sintetizar su fuerza innovadora, se ha argumentado que la Directiva 2002/14/CE intenta superar, en su ámbito de imputación normativa, la dimensión transnacional y, desde una perspectiva objetiva, el carácter “patológico” de la activación de los derechos información y consulta, concibiéndolos como un elemento “fisiológico” de los procesos de toma de decisiones empresariales (LUNARDON 2010, 781).

B. Los aspectos más relevantes de su régimen jurídico

8. Con relativa frecuencia, las normas laborales que establecen reglas relativas a la participación de los trabajadores en la empresa, tanto en sus aspectos orgánicos como en los funcionales, definen sus respectivos ámbitos de imputación por referencia a parámetros de índole cuantitativa, de entre los cuales el más recurrente es, sin duda, el censo de trabajadores de la organización de empresa o de una unidad productiva inferior. En el ámbito comunitario, tal fue el criterio acogido, por citar un ejemplo significativo, por la Directiva 94/45/CE, mantenido posteriormente por la Directiva 2009/38/CE.

No ha sido éste un criterio ajeno a la directiva marco, ya que, de conformidad con lo previsto en su art. 3.1, su aplicación regirá, a elección de los Estados miembros, bien en las empresas con censo igual o superior a 50 trabajadores bien en los centros de trabajo que emplean al menos a 20 trabajadores, cuantificados, en ambos supuestos, en el interior de cada Estado miembro, al que, por otra parte, corresponde fijar el modo de cálculo de trabajadores a su servicio. En relación con éste último extremo, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que los Estados miembros no pueden adoptar medidas que comprometan la eficacia de la norma europea mediante el expediente de excluir, incluso de manera temporal, una determinada categoría de trabajadores del dicho cálculo².

En la primera plasmación de la iniciativa comunitaria, la propuesta de 1998, el legislador europeo preveía un supuesto de *opting out*, ya que facultaba a los Estados miembros para su inaplicación en relación con las empresas con plantilla inferior a 100 empleados. La opción desapareció del texto finalmente aprobado, aun cuando la directiva marco establece un amplio y generoso régimen de aplicación gradual, introducido a fin de moderar la oposición del

² Sentencia de 18-1-2007, ya citada, en la que se declaró no conforme a la directiva la norma francesa que preveía una exclusión del cómputo numérico a los trabajadores de edad inferior a 26 años.

Reino Unido y de Irlanda. De conformidad con lo dispuesto en el art. 10, que se abre con la rúbrica “disposiciones transitorias”, el Estado miembro que, en la fecha de entrada en vigor de la norma comunitaria³, no tuviere establecido con carácter “general, permanente y obligatorio un sistema de información y consulta de los trabajadores, ni un sistema igualmente general, permanente y obligatorio de representación de los trabajadores”, puede limitar la aplicación de la directiva conforme a uno de estos dos criterios: a) a empresas que empleen al menos a 150 trabajadores o a centro de trabajo que empleen al menos a 100 trabajadores hasta cinco años después de su vigencia⁴ o b) a empresas que empleen al menos a 100 trabajadores o a centros de trabajo que empleen al menos a 50 trabajadores durante el año siguiente a la fecha anteriormente indicada⁵.

Conforme a lo que se viene de exponer, y al margen de la eventual vigencia gradual, los deberes de información y consulta establecidos en la Directiva 2002/04/CE rigen en las empresas o centros de trabajo, sean privados o públicos, que alcancen los mencionados umbrales. No obstante ello, los Estados miembros, “dentro del respeto a los principios y objetivos” enunciados en la norma comunitaria a examen, pueden aprobar “disposiciones específicas” aplicables a las empresas que persigan, “directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos, artísticos” y de información o expresión de opiniones. No obstante y como es habitual en relación con este tipo de cláusulas, su ejercicio queda condicionado a que, en el momento de entrada en vigor de la directiva, disposiciones de este tenor ya existan en el derecho nacional (art. 3.2). Finalmente, los Estados miembros también pueden dictar disposiciones específicas en relación con “los tripulantes de buques que naveguen en alta mar” (art. 3.3)⁶.

9. Siguiendo la estela de las otras directivas de segunda generación, las relativas al comité de empresa europeo (CEU: 94/45/CEE y 2009/38/CE) y a la sociedad europea (SE: 2001/86/CE), también la directiva marco ha hecho suyo el principio de subsidiaridad horizontal. Pero a diferencia de la opción adoptada por esas otras directivas, el legislador comunitario, en esta otra, no ha atribuido directamente a las partes sociales la facultad de establecer normas de información y consulta diversas a las previstas en la propia directiva marco. De conformidad con lo dispuesto en el art. 5º, es a los Estados miembros a los que corresponde “confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado, incluido el de empresa o centro de trabajo”, la tarea de “definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdos, las modalidades de información y consulta

³ Lo que, conforme a lo previsto en el art. 13, aconteció el 23 de marzo de 2002, fecha de su publicación en el DOCE (L 80/29)

⁴ Es decir, hasta el 23 de marzo de 2007, que es la fecha en la que se previó la consulta a los Estados miembros y a los interlocutores sociales para revisar la aplicación de la directiva y, en su caso, proponer las oportunas modificaciones. Vid., las conclusiones de esta consulta, en COM (2008) 146 final.

⁵ No han sido pocos los países que se han acogido a esta opción (entre otros, Bélgica, Chipre, Malta, Polonia y Reino Unido).

⁶ Estas disposiciones pueden llegar a ser incluso derogatorias, pues, a diferencia de la anterior regla, su ejercicio no queda condicionado al respeto del efecto útil perseguido por la directiva

de los trabajadores”. Estos acuerdos pueden prever normas diferentes, “dentro del respeto de los principios” formulados en el art. 1º.

Como ya se ha señalado, la Directiva 2002/14/CE no pretende armonizar las estructuras de representación de los trabajadores en el espacio europeo; probablemente motivado por razones prácticas, su propósito, en modo alguno de todo menor, es armonizar el ejercicio de ciertas funciones expresivas de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. O por decirlo con las palabras de su art. 1.1, la directiva a examen tiene por objeto “establecer un marco general que fije unos requisitos *mínimos* para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores”. En atención a este carácter minimalista, los apartados f) y g del art. 2 suministran una noción de la “información” que resulta menos incisiva, desde una perspectiva comparativa, con otras directivas sobre derechos de implicación, como por ejemplo con la relativa a la SE. Mientras en ésta última la información se define en términos amplios, como equivalente a la transmisión de “las informaciones relativas a las cuestiones” que afecten a la SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembros, “en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles consecuencias”⁷, en aquella otra la información se define como el mero acto de puesta en conocimiento del empresario a los representantes de los trabajadores de datos. La consulta, de su lado, se define, de manera nuda, como el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo, sin aludir al modo de terminación de la misma.

El minimalismo de estas nociones queda compensado, sin embargo y en muy buena medida, por la regulación del objeto y de las denominadas por el art. 4º “modalidades prácticas de la información y consulta”. En tal sentido y por lo pronto, el art. 4.4.e) ya indica que la consulta ha de efectuarse “con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario”. Y en esa misma dirección, el art. 2.2. condiciona el ejercicio de los derechos de información y consulta ejecutados conforme a las legislaciones y prácticas nacionales a la garantía de su eficacia.

Las materias sobre las que han de recaer la información y consulta son, en parte, comunes para ambos derechos/deberes y, en parte, hay materias propias de la información. En este segundo capítulo se integran las cuestiones referentes a la evolución “reciente y probable” de las actividades de la empresa así como “de su situación económica” (art. 4.2.a). En el capítulo de materias que han de ser objeto de información y consulta se incluyen dos en concreto. De un lado, la situación, la estructura y la evolución probable del empleo, así como “las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo” (art. 4.2. b) y, de otro, “las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo”, incluyendo los despidos colectivos y las transmisiones de empresa (art. 4.2.c).

⁷ Cfr. art. 2.i) Directiva 2001/23/CE. Vid. Art. 2. f) de la directiva sobre CEU de 2009

De conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Carta de Niza, el ejercicio de los derechos de información y consulta ha de efectuarse “en los niveles adecuados” y “con la suficiente antelación”. Esta última expresión es igualmente manejada en el considerando 9 de la Directiva 2002/14/CE, dejando constancia de que el cumplimiento de estos derechos en el *tempus* adecuado constituye “una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas” a las condiciones derivadas de la globalización de la economía. Esta conexión entre momento de ejecución de los derechos y evaluación de las medidas de adaptabilidad adoptadas por las empresa tiene una notable relevancia, ya que pone de relieve la dimensión “preventiva” o “anticipatoria” que el legislador comunitario tiene de la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones (ALAIMO 2010, 298 y FULARDON 2010, 779).

El articulado de la directiva marco hace suyo y traduce esa configuración, ordenando que la transmisión de los datos se facilite y la consulta se efectúe “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados” (arts. 4.3 y 4.4.a). Este genérico enunciado se concreta luego para ambos derechos en términos muy parecidos. Así, la información ha de permitir a los representantes de los trabajadores llevar a cabo un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta (art. 4.3), destacándose así su carácter instrumental. Lejos de agotarse en la simple puesta a disposición de unos datos, el derecho/deber de información es una herramienta al servicio de otros derechos, en este caso la consulta. De su lado, ésta última ha de llevarse a cabo de modo que igualmente permita a los representantes de los trabajadores “reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen” (art. 4.4.d). Por lo demás y como ya se anticipó, tampoco el efecto útil que se persigue con la regulación de la consulta es el mero intercambio de pareceres entre los interlocutores sociales, sino el de alcanzar un acuerdo sobre las decisiones empresariales sobre las materias objeto de la consulta misma.

3.2. Las regulaciones concretas

A. La relevancia de los derechos de información y consulta

10. Los derechos de participación de los trabajadores en la empresa constituyeron el núcleo fuerte de las garantías colectivas instituidas por las directivas de la primera generación, las dictadas con motivo de la aplicación del programa de acción social, aprobado mediante Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974; esto es, la Directiva 75/129/CEE, del Consejo, de 17 de febrero de 1975, “referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos” (directiva sobre despidos colectivos, en adelante) y la Directiva 77/187/CEE, del Consejo de 14 de febrero de 1977, “sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad” (directiva sobre transmisión de empresa en adelante). Como ha reconocido de manera

prácticamente unánime la doctrina científica, la organización de una información y consulta constituye, desde una perspectiva sustantiva, el denominador común de ambas; el elemento que las conecta y vincula.

Este denominador común ha logrado mantenerse tras las modificaciones efectuadas en ambas normas y operadas, de un lado, por la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, y la ulterior disposición codificadora, la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 y, de otro, por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 y la posterior disposición codificadora, la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo⁸. Más aún; estos derechos salieron reforzados tras estos cambios normativos. No es por casualidad, en tal sentido, que el considerando 6 del preámbulo de la Directiva 98/59/CEE evoque, de manera parcial, los puntos 17 y 18 de la Carta de Estrasburgo, que son los que, como ya se ha hecho constar, reconocen estos derechos. Y tampoco se debe al azar que el considerando segundo de la Directiva 98/50 confiese paladinamente, tal y como puede seguir leyéndose en el considerando sexto de la directiva de codificación, que una de las finalidades perseguidas por la versión originaria de esta disposición comunitaria fue el establecimiento de unos deberes de información y consulta a los cedentes y cesionarios así como unos recíprocos derechos de esta misma naturaleza a los representantes de los trabajadores en sus ámbitos de imputación normativa.

Innecesario resulta poner de manifiesto la finalidad a la que responden y la función que cumplen las garantías colectivas objeto de examen. Los derechos de información y consulta son los instrumentos técnicos de los que ha venido sirviéndose el legislador comunitario para articular la participación de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones relativas a lo que, muy probablemente, pueden calificarse como las dos grandes manifestaciones de los procesos de estructuración de empresas: despidos y transmisión de empresa. Por lo demás, un superficial análisis comparativo entre los regímenes jurídicos de los derechos de información y consulta establecidos en las versiones iniciales y consolidadas de estas dos relevantes normas comunitarias arroja un alto nivel de coincidencias, demostrativo, en definitiva, de unas comunes opciones de políticas de derecho.

Una última e importante observación resta aún por efectuar. El sujeto activo de la recepción de las informaciones facilitadas con ocasión de la transmisión así como aquél con el que el empresario debe abrir el trámite de consultas con vistas a llegar a un acuerdo es la representación de los trabajadores; o, por decirlo en el lenguaje de la directiva, "los representantes de los trabajadores". La ausencia de órgano de representación determinará, por consiguiente, la inaplicación de estas garantías. No obstante y como ha señalado la jurisprudencia comunitaria, la decisión de constituir o no tales órganos y de reconocerlos como legítimos representantes de los trabajadores a efectos de la norma comunitaria no puede quedar deferida a la discrecional voluntad del empresario; ha de depender, exclusivamente, de decisiones objetivas u

⁸ La Directiva 98/50 introdujo un cambio en la rúbrica de la norma, que pasó a denominarse directiva sobre "la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresa, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad"

objetivables, establecidas por las disposiciones legales o convencionales de los ordenamientos internos. Más aún, el TJE ha hecho notar que el legislador comunitario "no ha querido permitir que los diferentes ordenamientos jurídicos comunitarios toleren la falta de designación de los representantes de los trabajadores cuando dicha designación resulte necesaria para que se cumplan las obligaciones previstas" en las normas comunitarias ahora objeto de atención⁹.

Pues bien, en defecto de representación colectiva de los trabajadores, "por motivos ajenos a su voluntad", el deber de información del empresario no decae. Este habrá de facilitar a los trabajadores información sobre los mismos hechos o datos que habría de suministrar a los representantes, de existir ellos; información ésta, por lo demás, que es independiente y se suma a la que, con carácter más general, establece la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo.

B. Los derechos de información y consulta y los despidos colectivos

11. A diferencia de lo acontecido años después con la revisión de la directiva sobre "transmisión de empresa", la modificación en 1992 de la directiva original sobre "despidos colectivos" va a afectar de manera señalada, precisamente, a los derechos de información y consulta. Y lo hará en un doble plano. De un lado y en el estrictamente formal, el art. 2 cambia su rúbrica inicial, intitulada como "procedimiento de consulta", por una nueva que intenta dotar ahora de la oportuna visibilidad a los dos derechos ahí regulados: "información y consulta". Pero de otro y sobre todo, el contenido de ese pasaje normativo experimenta muy relevantes modificaciones tanto en una perspectiva metodológica, al mejorar su sistemática interna, como en un enfoque sustantivo o material, al reforzar ambos derechos.

De manera un tanto sintética, el art. 2º de la Directiva 75/129/CE imponía una doble obligación al empresario que tuviera la intención de efectuar despidos colectivos: de un lado, "consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo" (núm. 1), consulta ésta que habría de tratar "por lo menos de las posibilidades de evitar o reducir" los despidos así como de "atenuar sus consecuencias" (núm. 2) y, de otro, una obligación de suministrar a dichos representantes, con vistas a que los mismos puedan formular "propuestas constructivas, cualesquiera "informaciones útiles", que habrían de ser por escrito respecto de los siguientes aspectos: motivos del despido, número de trabajadores afectados, número de trabajadores empleados habitualmente y período en que se prevé efectuar los despidos (núm. 3).

En la actual ordenación, la prevista en la directiva de consolidación de la original de 1975 y de la revisada en 1992, el art. 2º ha experimentado cambios de índole no menor. Al margen de la ya comentada alteración de la rúbrica, los cambios afectan, en primer lugar, a la estructura interna del precepto, que cuenta ahora con 4 apartados en vez de los 3 iniciales y, en segundo lugar, a sus

⁹ Sentencia *Comisión v. Reino Unido* (núm. 24). Vid. nota (2) del presente capítulo

contenidos normativos. Las reglas jurídicas enunciadas en los tres primeros apartados coinciden, en lo que concierne a la materia objeto de regulación, con las formuladas en idénticos apartados de la Directiva 75/129/CE. El contenido del apartado 4º es nuevo, procediendo, todo el, de la directiva de revisión.

12. La vigente directiva sobre “despidos colectivos” establece dos diferentes pero vinculados deberes, información y consulta, cuyo destinatario es el empresario que tenga la intención de realizar despidos colectivos y cuyos beneficiarios son los representantes de los trabajadores. Aun cuando la norma comunitaria tienda a configurarlos como deberes, la información y consulta tienen una doble naturaleza: además de obligaciones empresariales, son derechos sociales. En cuanto a la consulta, la aportación de la directiva de 1992 fue doble. De una parte y como consecuencia de las previsiones formuladas en el punto 18 de la Carta Comunitaria de Estrasburgo, ha de efectuarse “en tiempo hábil”, fórmula ésta dotada de un carácter abierto y en modo alguno indeterminado; a pesar de la omisión en la fijación de plazo, el momento de celebración de la consulta ha de garantizar su efecto útil, que no es otro que el de intercambiar pareceres sobre determinadas materias “con vistas a llegar a un acuerdo”. El diálogo y la negociación han de estar enderezados, así pues y por expreso mandato de la norma comunitaria, hacia la búsqueda del acuerdo, por lo que no solo le queda vedada al empresario la adopción de despidos sin haber procedido a la apertura de la oportuna consulta sino que, además, ambas partes tienen proscrito el uso de aquellas prácticas que, enjuiciadas en función de las concretas circunstancias del caso, pretendan bloquear el acuerdo o, más en general, impedir su consecución. La segunda aportación de la directiva de 1992 vino a incidir, ahora, en el objeto de la consulta o, mejor aún, en el modo de encauzar las dos grandes funciones que la misma cumple: “evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias”. Esta doble función – la evitación o reducción de los despidos mismos y la moderación de sus consecuencias - ha de lograrse, ahora, “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. Con semejante previsión, la directiva pretende realzar la estrecha conexión que ha de existir entre objeto sobre el que versa la consulta y empleabilidad. Las medidas que se incorporen al acuerdo que en su momento pueda suscribirse no han de ocuparse, al menos con carácter prioritario, de las reparaciones económicas vinculadas a la pérdida por los trabajadores afectados de sus empleos. La atención ha de prestarse, de modo preferente, a asegurar y fortalecer la propia empleabilidad de los trabajadores de la empresa; y no solo de los afectados por el despido sino, también, de los que sigan prestando servicios en la misma entidad, prestación de servicios esta que, probablemente, deba efectuarse bajo unas condiciones de trabajo acaso no idénticas, lo que podría requerir precisamente la práctica de procesos de adaptabilidad.

En lo que concierne al derecho/deber de información, la directiva de revisión, además de extender el cumplimiento de la regla “en tiempo hábil”, ha ampliado el contenido de los datos que han de entregarse por escrito a los representantes de los trabajadores. En concreto, el vigente art. 2.3, tras proclamar el carácter instrumental del derecho de información, que ha de permitir a la representación de los trabajadores el que puedan formular propuestas

constructivas "durante el transcurso de la consulta", procede a identificar los hechos objeto de la información, utilizando al efecto un doble criterio. De un lado, el empresario deberá proporcionar "toda la información pertinente"; de otro, el legislador comunitario, probablemente en razón de la relevancia atribuida, define cuáles, de entre esos hechos que componen la información pertinente, han de ser facilitados por escrito. Son ellos: los motivos del proyecto de despido; el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos, en caso de que la legislación o la práctica nacionales confiera al empresario competencia al respecto y, finalmente, el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de la legislación o práctica nacionales.

Finalmente, el apartado primero del art. 2.4 de la norma comunitaria, saliendo de seguro al paso de algunas prácticas nacidas y desarrolladas en el ámbito de las empresas y, señaladamente, de los grupos de empresa transnacionales, dispone que las obligaciones de información y consulta han de cumplimentarse con independencia de que la decisión de los despidos colectivos "sea tomada por el empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él". De su lado, el apartado segundo, a fin de asegurar la vigencia de la anterior previsión, priva de todo fundamento jurídico, como posible justificación para levantar las posibles sanciones que se hubieren impuesto al empresario por incumplimiento de los deberes de información y consulta, al hecho de que la empresa que adoptó la decisión sobre los despidos colectivos no hubiere facilitado la información necesaria sobre los mismos.

Dos últimas observaciones conviene aún realizar. Por una parte, la directiva sobre despidos colectivos es inaplicable en los tres siguientes supuestos: despidos de trabajadores con contratos de duración determinada, salvo si esta tuviere lugar antes del cumplimiento del término o de la condición de éstos; trabajadores de las administraciones públicas y de instituciones de derecho público y tripulaciones buques marítimos (art. 1.2). Por otra y como es regla generalizada en las normas sociales comunitarias, los derechos de información y consulta regulados por la directiva tienen el carácter de derechos mínimos, pudiendo las legislaciones y la negociación colectiva, en el ámbito de los Estados miembros, establecer disposiciones más favorables (art. 5).

C. Los derechos de información y consulta en la transmisión de empresa

13. Ubicados sistemáticamente en la Sección III, que se abre con la expresiva rúbrica "información y consulta", el contenido normativo de estas garantías colectivas, contenidas inicialmente en el art. 6º de la directiva de 1977 y actualmente en el art. 7º de la directiva en vigor, no experimentarían grandes cambios tras la reforma operada por la Directiva 98/50/CEE. Como se razonará de inmediato, las novedades aportadas por esta Directiva estuvieron encaminadas a reforzar el cumplimiento de los derechos de información y consulta en dos situaciones muy concretas: transferencia de una entidad

económica bajo control de una empresa matriz o dominante y ausencia de órgano de representación en las empresas transmitente y adquirente.

Apreciadas en el contexto normativo del derecho comunitario en el momento de su juridificación, las novedades introducidas por la Directiva 98/50/CEE tuvieron un carácter relativo. La primera de ellas no hizo sino extender a la disciplina sucesoria una regla que ya había incorporado la Directiva 92/56/CEE al ejercicio de los derechos de información y consulta en los despidos colectivos. La segunda, por su parte, no hizo sino proseguir la lógica iniciada por la Directiva 91/533/CEE, ya citada, relativa a la obligación de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo.

La regulación de los derechos de información y consulta llevada a cabo por el art. 7º de la Directiva sobre transmisión de empresa, tanto en su versión originaria como en la reformada, obedece en su sistemática interna y en su estructura jurídica a los principios generales que informan el resto de garantías colectivas: enunciado de un régimen general que, no obstante, puede ser limitado o moderado, al menos en algunos aspectos, por los ordenamientos internos bajo determinadas condiciones.

La participación de los trabajadores en las operaciones de transmisión de empresa se articula a través de dos derechos-deberes, la información y la consulta, cuyos respectivos presupuestos de hecho difieren: mientras que la información rige con carácter general para toda transmisión sujeta a la disciplina de la norma comunitaria, el ámbito material de la consulta es más limitado, quedando circunscrito a aquellas transferencias que lleven asociadas la adopción de medidas en relación con los trabajadores. Pero al margen de ello, los derechos de información y de consulta comparten una serie de elementos comunes. Por lo pronto, hay identidad en la definición de los sujetos activos y pasivos. La titularidad del derecho corresponde a los representantes de los trabajadores, entendiendo por tales los que ostenten esta condición en los ordenamientos internos. De su lado, el deber de informar, de consultar o de ambos recae sobre las dos partes del negocio transmisorio; en breve, sobre los empresarios cedente y cesionario. No son estas obligaciones cuyo cumplimiento pueda ser satisfecho alternativamente por uno y otro; y tampoco subsidiariamente por el cesionario para el supuesto de inobservancia por el cedente. La Directiva 2001/23/CE, la consolidada, impone estos deberes tanto al empresario cedente como al cesionario, que han de cumplimentarlos por separado y de manera independiente ante los representantes de sus respectivos trabajadores.

También hay identidad, en segundo lugar, en la determinación del momento hábil en que estos derechos-deberes pueden y deben ser ejercitados, utilizando al efecto la norma comunitaria una fórmula que logra aunar la flexibilidad con la precisión. Las informaciones han de facilitarse y las consultas celebrarse "con la suficiente antelación", referida ésta al supuesto de hecho que activa el respectivo derecho: la transmisión o, en el caso de la consulta, la adopción de medidas en relación con el personal. La "suficiente antelación" es un estándar jurídico del que el legislador comunitario se sirve para delimitar temporalmente el correcto cumplimiento, por parte de los sujetos pasivos, de los deberes de información y consulta. En tal sentido, los ordenamientos nacionales

aseguran la consecución del efecto útil querido por la Directiva al instituir estas garantías cuando garanticen que las informaciones y la consulta se producen en el momento hábil necesario para lograr que la representación de los trabajadores pueda participar de manera efectiva y real en el proceso transmisorio.

Idéntico es, en tercer lugar, el tratamiento que regula la información y la consulta en los casos de transferencias de entidades económicas sometidas al control de una empresa dominante. A tales efectos, dispone la Directiva 2001/23/CE, de conformidad con la reforma introducida por la Directiva 98/50/CEE, que las obligaciones de información y consulta, que el art. 7º regula, resultarán aplicables con independencia de que la decisión sobre la transmisión haya sido tomada por el empresario "o por una empresa que lo controle" (art. 7.4), sin que este hecho pueda alegarse como causa justificativa del incumplimiento de dichas obligaciones. E idénticas son, en fin, las limitaciones que los Estados miembros pueden implantar en el desarrollo de los derechos-deberes de información y consulta. De ellas nos ocuparemos de inmediato; antes, conviene concluir la exposición del régimen general, aludiendo al contenido de los tan mencionados derechos.

Ubicado en el umbral inferior en la escala que gradúa los medios de que disponen los trabajadores para intervenir en las decisiones adoptadas por el empresario, el derecho de información es, en su versión primera y más genérica, un instrumento ordenado a facilitar la participación de los trabajadores en la empresa; una herramienta de cooperación o colaboración entre aquellos y el titular de ésta. Situando la reflexión en un terreno más próximo, el objeto de la información regulada por la Directiva 2001/23/CE versa sobre ciertos hechos o datos relativos a la transmisión y que el párr. 1 del art. 7.1 enuncia: fecha de la transferencia, sus motivos, consecuencias jurídicas, sociales y económicas de la operación para los trabajadores y medidas previstas por el empresario en relación a estos.

El derecho de información, además de estar dotado de sustantividad y autonomía, tiene, como en su momento fue razonado, una clara dimensión instrumental: actúa como soporte lógico y jurídico para el ejercicio de otras fórmulas de intervención de los trabajadores, las cuales, salvo lo que se ha de decir en breve, quedan extramuros de la regulación comunitaria. En tal sentido, y por citar la fórmula más significativa, la información sobre los datos relativos a la transmisión facilita o puede facilitar la celebración de pactos de reorganización.

Como ya fue anticipado y ahora se repite, el deber de los empresarios cedente y cesionario de facilitar información sobre los datos reseñados tiene un alcance general; es decir, rige en cualquier supuesto sucesorio sometido a la disciplina de la propia normativa. El deber de consulta, por el contrario, tiene un alcance más limitado, pues se aplica de manera exclusiva en aquellos casos en los que el transmitente o, en su caso, el adquirente hubieren proyectado la adopción "de medidas en relación con sus trabajadores respectivos".

Qué tipo de medidas son las que determinan la consulta, es interrogante que la Directiva no despeja; pero tampoco es difícil de precisar. Con fórmula deliberadamente amplia, puede afirmarse que queda incluida en el ámbito de

imputación normativa del art. 7.2 de la directiva cualquier medida que altere el estatuto jurídico de los trabajadores. O enunciada la idea en otros términos, la consulta se activa en caso de ejercicio por parte de los empresarios de sus poderes de organización empresarial, distintos del mero poder de especificación de la prestación laboral pero incluido el poder de extinción. El capítulo de medidas es así amplio: traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones de la relación laboral y despidos, por citar las más significativas.

15. La vigente directiva, la consolidada, consiente a los Estados miembros la moderación de las obligaciones de información y consulta. Dos son, en concreto, los supuestos que se contemplan de restricción de estos derechos. Y en ambos, la limitación no tiene un alcance sustantivo, reductor del contenido de las informaciones facilitadas o de las consultas celebradas, que siguen las reglas generales; su alcance es recortar los supuestos de hecho que determinan la aplicación de unas y otras.

Dispone el párr. 1º del art. 7.3 de la norma comunitaria que los Estados miembros cuyo ordenamiento prevea la posibilidad de que los representantes de los trabajadores recurran a un arbitraje para obtener una decisión sobre "las medidas que deban adoptarse" podrán limitar las obligaciones de información y consulta a los exclusivos casos en los que la transmisión "provoque una modificación en el centro de actividad que pueda ocasionar perjuicios sustanciales para una parte importante". El requisito habilitante de esta primera limitación es la posibilidad de la representación de los trabajadores de utilizar fórmulas arbitrales para solventar las controversias surgidas de la decisión del empresario de adoptar "medidas". Si tal es la previsión contenida en los derechos internos, la directiva les autoriza, entonces, a que los deberes de información y consulta rijan exclusivamente cuando la transmisión proyectada lleve asociada una situación definida por referencia a tres notas: la adopción de una medida que cause una modificación en la posición contractual de los trabajadores, el perjuicio sustancial de esa modificación en el patrimonio jurídico de estos y, en fin, el elevado número de trabajadores afectados.

La segunda moderación afecta al elemento locativo de ejercicio de los derechos de información y consulta. El art. 7.5 de la norma comunitaria consiente a los Estados miembros limitar el juego de estos derechos al ámbito de aquellas empresas o centros de actividad que, en función del censo laboral, "cumplan las condiciones necesarias para la elección o designación de un órgano colegiado que represente a los trabajadores". Como fácilmente puede observarse, esta previsión no otra finalidad persigue que el permitir a las legislaciones nacionales la decisión de inaplicar las garantías colectivas que ahora se comentan a las pequeñas y medianas empresas, que son, precisamente, aquellas que carecen, por razones derivadas del volumen de plantilla, de órganos colegiados de representación. En tales casos y por lo demás, la eventual inaplicación de estas garantías comprende no sólo el ejercicio del régimen general de información y consulta; también puede alcanzar al régimen de excepción contemplado en el art. 7.3 de la norma comunitaria.

CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO COMÚN DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

1. El marco normativo: consideraciones generales

1. Tal y como ya se encarga de anunciar su exposición de motivos y lo declara su Disposición Final Cuarta, cumplimentando así una expresa exigencia del derecho comunitario, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, procedió a la transposición de dos directivas: de un lado, la 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores y, de otro, la 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2003, que modifica la última de la trilogía de directivas adoptadas en la denominada “edad de oro” del derecho social comunitario que permanecía aún sin revisar; esto es, la Directiva 80/987/CE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

A pesar de ser ésta la finalidad perseguida por esta norma, cuya aprobación tuvo el efecto inmediato de modificar por enésima vez el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), el legislador nacional aprovechó la ocasión para acometer dos adicionales reformas, de tono menor. El objetivo de la primera fue acomodar la dicción del art. 33.1 ET a la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal, sustituyendo los términos allí empleados – “suspensión de pagos, “quiebra” y concurso de acreedores” - , expresivos de una pluralidad de procedimientos concursales, por el único procedimiento ahora instituido: el “concurso de acreedores”. La segunda reforma aportó una nueva redacción del art. 48 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), precepto ese que procedió a actualizar las cuantías de las sanciones administrativas. Si a todo ello se añade que esta disposición legal también enuncia algunas reglas de carácter procesal, modificando así la entonces denominada Ley de Procedimiento Laboral (LPLP), no parece aventurado afirmar que el impacto de la Ley 38/2007 sobre el derecho entonces vigente fue notable, afectando a tres grandes leyes laborales, de orden tanto sustantivo (ET) como adjetivo (LPL y LISOS). El contenido innovador no responde, sin embargo y en cada una de estas leyes, a un mismo e idéntico criterio. Mientras las reformas operadas sobre la ley rituarial laboral y sobre la ley reguladora del *ius puniendi* administrativo en el orden social han de calificarse de relevancia socialmente escasa o, a lo sumo y en relación solamente con la LISOS, de relevancia media, la intensidad de las modificaciones del ET resulta muy variable: simples retoques semánticos o

meros ajustes técnicos de factura sistemática conviven con otras reglas normativas que, en algunos casos, como acontece con los derechos de información y consulta, alteran los elementos estructuradores de esos derechos: concepto, contenido y modo de ejercicio.

En el presente capítulo nos ocuparemos de analizar los aspectos sustantivos del derecho común de los derechos de información y consulta, el establecido en el art. 64 ET, dejando para un capítulo posterior el examen detallados de los regímenes especiales de estos mismos derechos. Por lo demás, y no es un aspecto menor, la Ley 38/2007 ha vuelto a demostrar el ya crónico y criticable incumplimiento por parte del legislador español del deber de transposición de las directivas comunitarias dentro del plazo expresamente previsto por ellas mismas. En esta ocasión, el retraso ha sido superior a los dos años y medio: a pesar de que el art. 11.1 de la norma europea fijaba el 23 de marzo de 2005 como la fecha de expiración del período de transposición, la ley nacional entró en vigor el 18 de noviembre de 2007.

2. Los derechos de información y consulta: su configuración como derechos básicos de los trabajadores

2. Ni en la versión original del ET, la de 1980, ni en las posteriores, hasta la aprobación de la Ley 38/2007, el art. 4.1 del ET venía aludiendo de manera expresa y directa a los derechos de información y consulta en el catálogo de los “derechos básicos” de los trabajadores. No obstante, la información y la consulta podían entenderse implícitamente incluidos en la genérica mención que el apartado g) de aquél pasaje legal hacía a “la participación en la empresa”. En nuestro lenguaje conceptual y normativo, tanto histórico como vigente – aunque no sólo en el nuestro -, la participación es una noción dotada de un doble sentido. De un lado, comprende y alude al conjunto de las expresiones a través de las cuales se articula la intervención de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones empresariales, incluidos las cauces más débiles, como son la información y la consulta. De otro, se identifica con la modalidad fuerte de intervención, con la cogestión. Así lo corrobora de manera terminante el art. 129.2 de la Constitución (CE), al afirmar que “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”. También ha sido éste el criterio dominante seguido por las instancias comunitarias hasta mediados de los años 90 del siglo pasado, momento en el que el término “participación” pierde su doble condición de género y especie para conservar, limitadamente, ésta última, siendo reemplazada aquella primera por la inexpresiva e ideológicamente neutra locución de “implicación”. A partir de entonces, el derecho de implicación se erige en la noción de cabecera, siendo definida la participación como el derecho de los representantes de los trabajadores de elegir, de designar, de recomendar o de oponerse a la designación de parte de los miembros de los órganos societarios de dirección y control.

La primera de las modificaciones operadas por la Ley 38/2007 en el texto refundido del ET afecta, precisamente, al art. 4.1.g, cuya vigente redacción ya incluye, en el listado de los derechos básicos de los trabajadores,

“la información, consulta y participación en la empresa”. Con semejante cambio normativo, los derechos de información y consulta quedan reconocidos de manera directa y nominativa como derechos básicos de los trabajadores. Pero fue ésta, de seguro, una ventaja de muy corto alcance, pues, como se ha señalado, la práctica unánime, y no solo mayoritaria, interpretación doctrinal del concepto participación ya incorporaba la información y la consulta en el elenco de aquellos derechos laborales. Pero al margen de ello, el reseñado pasaje legal habría de quedar a partir de entonces desalineado con el art. 129.2 CE. Por éste lado, la Ley 38/2007 vino a contrariar innecesariamente el canon hermenéutico por excelencia de los estados constitucionales; a saber: los textos legales han de ser interpretados a la luz de la Constitución y no a la inversa.

A partir de esa reforma legislativa, en efecto, pudiera entenderse que el mencionado precepto constitucional, el art. 129.2, ha sido privado de buena parte de su contenido normativo, pues no resulta fácil identificar cuáles pueden ser esas “*otras formas* de participación en la empresa” distintas de la información y consulta que resulten, claro está, compatibles con la libertad de empresa. La única que resta es, precisamente, el derecho de influir de manera directa (eligiendo o designando) o indirecta (recomendando u oponiéndose a la designación) en la composición de los órganos de administración y gestión de las entidades que revisten ciertas formas societarias. La única vía para salvar este inútil enredo es proceder a una relectura del art. 4.1.g) ET en clave constitucional, considerando que la información, la consulta y la participación constituyen, todas ellas, concretas manifestaciones de un derecho genérico, que es el de la participación¹⁰. En este nuevo entorno conceptual, la inteligencia que ha de atribuirse al derecho específico de participación al que alude separadamente el precepto legal a examen ha de resultar coincidente con la manifestación fuerte del derecho de los trabajadores a intervenir en las decisiones de la empresa. Pero entonces, el reproche que debe hacerse al legislador reformista es el de no haber llevado hasta sus últimas consecuencias su opción de actualización conceptual, procediendo a armonizar el renovado lenguaje introducido en aquél precepto estatutario con la dicción que empleaba y sigue empleando la rúbrica del art. 61 ET, que maneja una noción muy genérica de participación, que comprende tanto la vertiente funcional, que es precisamente la única acogida en el tan citado art. 4.1.g) ET, como la vertiente orgánica, articulada a través de la representación que el propio texto estatutario regula: la unitaria o electiva.

Pero dando de lado esta querrela, de alcance menor y, en última instancia, demostrativa una vez más del mimetismo de nuestro legislador respecto del legislador comunitario, la *questio iuris* que suscita la reforma de los arts. 4.1g) y 64 ET es la de discernir si nuestro sistema jurídico ha consagrado o no los derechos de información y consulta como unos derechos genéricos que habilitan a sus titulares a requerir a la empresa una información o un intercambio de opiniones sobre la integridad de cuestiones que afectan – por utilizar una expresión deliberadamente amplia – a “las relaciones laborales” y al marco en el que las mismas se ejecutan (la organización del trabajo).

¹⁰ Vid. apartado 2.4 del Capítulo I

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2007, la jurisprudencia tuvo oportunidad de afrontar tan relevante cuestión, ofreciendo una respuesta negativa. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999 (rec. 1387/1999) sentó la siguiente doctrina: “los derechos de información de los representantes de los trabajadores, propios de los sistemas de democracia industrial, aún teniendo origen en el art. 129.2 CE, en conexión con el art. 9.2 y siendo un instrumento imprescindible para que aquellos puedan desarrollar las funciones que le son propias, implican una evidente limitación del derecho de dirección del empresario que también consagra la propia Constitución en su art. 38 y recoge el ET en su art. 20. Por esta razón se trata de derechos que no son susceptibles de interpretación extensiva”, siendo evidente que el ejercicio del derecho de información “no deberá interferir más de lo necesario en lo que es competencia del empresario, ni podrá superar, por ende, los límites fijados por la ley o el convenio colectivo, que puede ampliarlos”, ya que “el ET no contiene un catálogo cerrado o *numerus clausus* de derechos de información” (FD 3.4). Por aplicación de esta doctrina, la sentencia confirma la resolución recurrida, desestimando el oportuno recurso de casación, que había denegado a un comité de empresa el derecho a recibir información sobre una concreta materia (unos determinados complementos salariales) no recogida expresamente ni en el ET ni en el convenio colectivo de aplicación.

Una vez promulgada la Ley 38/2007, esta interpretación restrictiva también fue defendida por algún autor. Así, GÓMEZ ABELLEIRA (2008, 83) procederá a descartar la tesis de que del párrafo primero del art. 64 pueda “desprenderse un derecho o facultad concreta” para el órgano de representación, “puesto que tales derechos o facultades definen con mayor precisión los apartados subsiguientes del artículo: de ahí la precisión final” de aquél pasaje legal: < en los términos previstos en este artículo>. O en otras palabras, los representantes de los trabajadores no tienen derecho a ser informados y consultados “sobre todo aquello que pueda eventualmente <afectar a los trabajadores>, de modo tan general, sino que su derecho se define más exactamente por las habilitaciones informativas o de consulta repartidas en distintos apartados” del propio art. 64.

Al menos en una primera impresión, la jurisprudencia, antes de la vigencia de la Ley 38/2007, y la doctrina, después de dicha vigencia, manejan dos argumentos para negar a los derechos de información y consulta la condición de derechos dotados de un alcance general, recluyéndolos en el capítulo de los derechos de ámbito material concreto y específico. El primer argumento tiene factura constitucional. La información y consulta constituyen un límite al ejercicio del poder de dirección empresarial, manifestación de la constitucional libertad de empresa. Y, en razón de ello, esos derechos de participación no pueden ser interpretados de manera extensiva o, lo que es igual, han de ejercitarse exclusivamente en relación con las materias expresamente mencionadas en las leyes o en los convenios colectivos. El segundo argumento se desarrolla, por el contrario, en el marco estricto de la legalidad ordinaria: la privación a los derechos de información y consulta de la capacidad de activarse respecto de cualquier decisión empresarial con

incidencia laboral se fundamenta en una estricta y, a menudo, literalista más que literal interpretación de los textos legales.

En la estructura interna de la argumentación jurisprudencial y doctrinal antes transcrita, la imposibilidad de atribuir a los derechos de información y consulta de un alcance general se fundamenta en un doble y en parte combinado razonamiento. El primero afecta a la incidencia de estos derechos sobre el ejercicio de un derecho constitucional: la libertad de empresa. De ahí, la imposibilidad de llevar a cabo una “interpretación extensiva” de esa libertad o la necesidad de establecer interferencias de la misma que no excedan “de lo necesario”. El segundo razonamiento ya pierde el anterior carácter relacional, instalándose en un escenario que mira exclusivamente a los derechos de información y consulta en sí mismos considerados. En tal sentido, nuestro Alto Tribunal, citando de manera expresa distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en concreto, la sentencia 142/1992, de 22 de abril), señala que el legislador, al regular el derecho de información, en cuanto manifestación de la participación a la que alude el art. 129.2 CE, dispone de un amplio margen de maniobra, margen éste que es el que se ha expresado en la ordenación jurídica del entonces vigente art. 64 ET cuyo marco puede ser ampliado por la negociación colectiva, pero no por la vía de una interpretación extensiva.

3. En la inteligencia de la jurisprudencia expuesta, nada impediría pues que el legislador ordinario configurara los derechos de información y consulta como unos derechos de alcance general, configuración ésta que habría de reputarse constitucionalmente irreprochable a condición de que las limitaciones impuestas a la libertad de empresa resultasen “necesarias”; esto es, fuesen adecuadas, razonables y proporcionadas. Así planteado, el interrogante que obligadamente hay que despejar es el de conocer si nuestro ordenamiento consagra o no a los tan citados derechos de información y consulta como unos derechos de alcance general.

Ya se ha dicho que el art. 4.1.g) ET incluye de manera expresa la información y la consulta en la nómina de los derechos básicos de los trabajadores. A esta inclusión, sin embargo, no se la puede atribuir, en nuestro sistema jurídico, un carácter verdaderamente innovador ya que, como también se ha hecho notar con anterioridad, el ejercicio de esos derechos quedaba suficientemente amparado en el genérico derecho de “participación”. La nueva dicción de ese precepto no ofrece pues argumentos sólidos para despejar el primer interrogante, aportando, a lo más, pistas o sugerencias que precisan luego ser corroboradas con datos más concretos. Estos datos los suministra, precisamente y a mi juicio, el primer párrafo del reformado art. 64, a tenor del cual: “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo, en los términos previstos en este artículo”.

Sin entrar por el momento a discutir la titularidad de estos derechos y ubicando el nivel de análisis en el contexto normativo inmediato en el que se mueve la reforma del art. 64 ET, no resulta impertinente recordar que el

objetivo perseguido por la Directiva 2002/14/CE es la armonización de los derechos de información y consulta a través de una nueva y más ambiciosa política de derecho, que abandona los escenarios de las materias concretas (despidos colectivos, transmisión de empresa y seguridad y salud en el trabajo) para instalarse en un terreno más generalista, capaz de afectar, con estas manifestaciones débiles del derecho de participación, al conjunto de decisiones que pretendan adoptar las empresas con incidencia tanto en la situación, estructura y evolución del empleo como en la organización del trabajo o, más ampliamente, en los contratos de trabajo. La citada norma comunitaria, en suma, inaugura una nueva fase en la ordenación comunitaria de los derechos laborales de carácter colectivo: la información y consulta dejan de ser instrumentos de participación recluidos en ámbitos de actuación empresarial importantes pero singulares para erigirse en cauces de intervención en las decisiones sustanciales de las empresas que afectan a los trabajadores a sus servicios¹¹

Tal es y no otro el sentido y alcance que ha de asignarse al párrafo primero del art. 64.1 ET, cuya función excede con creces la de actuar como “obertura o presentación general del contenido” de los derechos de información y consulta (GÓMEZ ABELLEIRA 2008, 83). Dotado de una potente valencia normativa, ese pasaje legal procede a definir con notable claridad terminológica y con no menor precisión técnica los ámbitos materiales en los que se ejerce el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados y que no son otros que “las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo”. Un cotejo entre el presente enunciado normativo y las reglas formuladas en los párrafos primero y segundo del art. 64.5 pone de manifiesto la estrecha conexión entre ambos: aquél establece de manera sintética el marco general de actuación de la información y de la consulta, mientras estos otros desarrollan ese marco sin operar, empero, ni ampliaciones ni restricciones.

En este contexto normativo, desde el que se postula una interpretación del art. 64 ET a la luz de la Directiva 2002/14/CE y no a la inversa, las diversas referencias a unas específicas cuestiones materiales que se contienen en otros pasajes de este mismo precepto legal no cumplen en modo alguno la función de cerrar, vez por vez y de manera estanca, el ámbito sustantivo de los derechos de información y consulta. O por ilustrar la tesis con algunos ejemplos normativos, los números 2, 3 y 4 del art. 64 ET no tienen un carácter constitutivo; no atribuyen ni distribuyen, en suma, “habilitaciones informativas”. Muy antes al contrario, tales preceptos cumplen la finalidad única de detallar o especificar, sin estatuir legalmente un *numerus clausus*, la cláusula general del derecho de los representantes a ser informados de cuantas cuestiones “afecten a los trabajadores” así como a la “situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”. Por lo demás, y probablemente no es lo de menos, el ejercicio de los derechos de información y consulta no solo pide delimitar su objeto; esto es, identificar los datos o las opiniones sobre los que los representantes de los trabajadores pueden requerir al empresario información o

¹¹ Vid. apartado 3.1.A del capítulo II

intercambio de opiniones. El primero de los elementos estructurales de cualquier norma jurídica, el supuesto de hecho, ha de proceder a definir el conjunto de condiciones que han de concurrir para la activación de la consecuencia jurídica, so pena de anegar la aplicación de esta en un estadio de inseguridad jurídica, contrario a las más elementales exigencias del estado de Derecho. Tal es, y no otro, el sentido que ha de atribuirse al inciso de cierre del párrafo primero del art. 64.1, que remite “a los términos previstos” en el propio precepto el ejercicio de los derechos de información y consulta sobre las cuestiones de afectación “a los trabajadores” así como a la “situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”. Una interpretación distinta equivale, como con acierto se ha razonado, “a confundir el carácter condicionado o limitado de este derecho general y activo, como el de cualquier otro, con el del carácter tasado de su ámbito de ejercicio” (MOLINA NAVARRETE 2008, 22).

4. Razonada que ha sido la relevante reconfiguración jurídica que la Ley 38/2007 ha llevado a cabo de los derechos de información y consulta, una última cuestión interesa aún realizar, antes de dar por concluido este epígrafe. Se trata de dilucidar si los términos con los que el legislador ha procedido a trazar el ámbito material de dichos derechos instituyen unos límites a la libertad de empresa, calificables como razonables y proporcionadas al fin perseguido. En tal sentido y como ya se ha tenido oportunidad de hacer constar, no estará de más recordar que, ateniéndose al objetivo de la norma comunitaria, la reforma del art. 64 ET también ha pretendido implantar un modelo de gestión empresarial moderadamente participativo; un modelo en el que la información y consulta no solo actúan, en sentido negativo, como restricciones al derecho del titular de la organización productiva a la libertad de empresa sino, además y simultáneamente, como derechos sociales básicos a través de los cuales los representantes de los trabajadores pueden intervenir en algunas (no todas) decisiones empresariales. Por este lado, tanto la directiva como la ley nacional procuran conjugar en la ordenación de los derechos de información y consulta dos grandes vertientes: la económica, en la que se hacen visibles y ponderan los intereses de los empresarios, y la social, que atiende y valora los intereses de los trabajadores. Enjuiciado desde esta perspectiva, estos derechos pueden servir, como paladinamente confiesa el preámbulo de la directiva, una pluralidad de intereses.

En primer lugar, los derechos de información y consulta sirven intereses sociales, como pueden ser el aumento de “la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo” o la promoción “de la participación de los trabajadores en la marcha y futuro de la empresa”. En segundo lugar, intereses económicos, ya que fomentan prácticas de flexibilización de “la organización de trabajo”, conciencian a los trabajadores “acerca de las necesidades de adaptación” o, en fin, fortalecen “la competitividad” de la propia empresa. Finalmente, la información y la consulta son instrumentos para la defensa de intereses compartidos, tales como el “refuerzo del diálogo social” o el fomento de “las relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos” del empleo (considerando 7). Y es que y en última instancia y

como también argumenta la norma comunitaria, “la profundización y aceleración de las presiones competitivas a nivel europeo” surgidas a resultas de la entrada de la tercera fase de la unión económica y monetaria han de conciliarse con el reforzamiento de “las medidas de acompañamiento a nivel nacional” de carácter social (considerando 12).

En un contexto como el descrito, la ordenación de los derechos de información y consulta llevada a cabo por la citada ley con vistas a la promoción y defensa de esa constelación de intereses de variada naturaleza no impone sacrificios desproporcionados a la libertad de empresa. Ni los impone en atención a las modalidades participativas elegidas, que son las más débiles; ni tampoco los impone en razón del objeto de esos derechos, que versa sobre unas materias que resultan instrumentales a la consecución de los intereses de naturaleza social y económica. Tal acontece, de seguro, con las materias dotadas de contenido laboral, tanto en una dimensión estática o de presente (relacionadas “con los trabajadores” <párrafo primero art. 64.1> o con “los contratos de trabajo”, <párrafo segundo art. 64.5>) como en otra dimensión dinámica o evolutiva (“evolución del empleo” <párrafo primero art. 64.1; “situación y estructura del empleo”, incluido la “evolución probable del mismo”, <párrafo primero art. 64.5> o, en fin, “medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”, párrafo segundo art. 64.5). Pero el juicio también puede predicarse del grupo de materias de alcance organizativo laboral e incidencia en el empleo (“situación de la empresa”, <párrafo primero art. 64.1>, u “organización del trabajo”, <párrafo segundo art. 64.5>). Por estas solas razones, a las que de seguro podrán añadirse otras muchas más, la opción de política de derecho tomada por el legislador reformista al configurar la información y la consulta como un derecho de alcance general en estos dos grandes grupos de cuestiones es de todo punto irreprochable desde la óptica constitucional. O por formular la tesis con el lenguaje de nuestra jurisprudencia ordinaria, el ejercicio de los derechos de información y consulta instaurado por la Ley 38/2007 “no interfiere más de lo necesario en lo que es competencia del empresario”; interfiere lo razonable y proporcionado para asegurarse la consecución de los objetivos perseguidos: el refuerzo de un modelo participativo que logre conjugar la promoción de intereses sociales y económicos, creando adicionalmente espacios propios para el desarrollo de intereses compartidos.

3. La titularidad de los derechos de información y consulta

5. Los diferentes apartados en los que se estructura el art. 64 comienzan con la misma expresión; a saber: “el comité de empresa tendrá derecho (...)”. Sin embargo, el órgano colegiado de carácter unitario, en sus diversas expresiones (comités de empresa ordinario o conjunto), no es el único titular de los derechos de información y consulta, cuyo ejercicio también corresponde, en virtud de lo establecido en el último inciso del párrafo primero del art. 62.2 ET, a los órganos unipersonales; esto es, a los delegados de personal. Por su parte y en la medida en que su constitución y sus funciones tienen un origen estrictamente convencional colectivo, el comité intercentros no es titular

originario de estas facultades. No obstante, podrán asumirlas y ejercitarlas en los términos que le sean establecidos en el correspondiente convenio colectivo.

Por lo demás, la razón de la atribución de la titularidad de los derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores conecta, de manera directa, con las funciones que los mismos ejercen. O como argumentara tempranamente la STC 39/1982, de 30-6, estos derechos tienen como titulares a los órganos unitarios, comité de empresa y delegados de personal, “en cuanto órganos de representación de los trabajadores en la empresa”(FJ 3)¹².

Adicionalmente a lo que se viene de exponer, el art. 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) confiere a los delegados sindicales el derecho de acceder “a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa”. Nuestro ordenamiento instituye, así pues, una plena paridad en el ámbito y en el contenido de los derechos de información atribuidos a los representantes unitarios y a los sindicales. Estos, en consecuencia, tendrán derecho a recibir la información, en las mismas condiciones y con idéntico contenido, expresamente mencionada en los números 2, 3, 4 y 5 del art. 64 ET.

No ha sido esta, sin embargo, la respuesta legal en el tratamiento del derecho de consulta, que no enuncia una cláusula general de asimilación entre ambas categorías de representantes. En un contexto normativo como el descrito, el problema que de inmediato ha de suscitarse y al que es preciso dar respuesta es el de discernir si resulta o no aplicable la cláusula general de equiparación del mencionado art. 10.3.1ª LOLS respecto de los derechos reconocidos en los dos primeros párrafos del art. 64.5 ET, que confieren al comité de empresa, de manera simultánea, “el derecho a ser informado y consultado”. Aun cuando el interrogante abierto pueda prestarse a discusión, una interpretación finalista de los derechos establecidos en estos preceptos legales abona una respuesta afirmativa. Y ello, por cuanto la información suministrada en estas hipótesis no puede en modo alguno desvincularse de la propia consulta; o, en otras palabras, dado que el derecho de información no constituye un derecho dotado de sustantividad propia, sino que despliega una naturaleza exquisitamente instrumental, los representantes sindicales tienen, en principio, el derecho a ser consultados, siempre y cuando la información recibida vaya destinada, precisamente, a ser valorada de cara a la adopción por el empresario de alguna de las medidas expresamente mencionadas en el art. 64.5 ET. El establecimiento por el art. 64.6 ET como condición de aplicación de la consulta el que ésta se realice “sobre la base de la información recibida”, así lo confirma.

El derecho de consulta ex art. 64.5 ET que pueda corresponder a los representantes sindicales ha de configurarse, sin embargo, con un carácter subsidiario respecto del que asiste a los representantes unitarios. A diferencia de lo que sucede con los deberes de información enunciados en el art. 64 ET, que han de ejecutarse por el empresario de manera independiente y

¹² Pese a que la sentencia alude exclusivamente al derecho de información, la extensión de esta idea al derecho de consulta se encuentra al abrigo de toda objeción, sistemática y de fondo.

diferenciada tanto respecto de los representantes electivos como de los sindicales, el cumplimiento por el titular de la organización productiva de los deberes de consulta ha de entenderse íntegramente satisfecho cuando éste inicia el intercambio de pareceres, solicita el informe previo o, en su caso, abre el proceso negocial con alguna de las dos representaciones de trabajadores prevista en nuestro sistema de relaciones laborales.

El problema que a renglón seguido se plantea y al que es preciso dar respuesta es el de determinar el modo en que el derecho de consulta se atribuye a las representaciones que forman el denominado doble canal representativo, cuando concurren en el ámbito de una misma organización productiva (empresa o centro de trabajo). El interrogante que se viene de formular tiene, al menos en teoría, dos posibles soluciones: entender que la consulta es un derecho reconocido a ambas representaciones en situación de paridad, pudiendo por tanto ser ejercitado a su libertad por una o por las dos, o, por el contrario, considerar que la titularidad de este derecho responde a un criterio prioritario o preferente. Con independencia de que el tema se preste a debate, nuestro sistema jurídico no consiente, a nuestro juicio, una respuesta unívoca, susceptible de predicarse de todos los supuestos en los que las leyes confieren a los representantes de los trabajadores un derecho de consulta. Como ya se ha tenido oportunidad de razonar, el art. 64 instrumenta el derecho de consulta a través de diversos cauces, acumulables a veces, y reconducibles, en esencia, a estos dos: elaboración de un informe por escrito y apertura de un proceso de intercambio de pareceres con vistas a alcanzar un acuerdo. Partiendo de esta dualidad de vías, una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento permite defender la tesis que a continuación se expone. En primer lugar y respecto de la primera modalidad, el derecho de consulta corresponde y, por consiguiente, puede ser ejercitado por las dos representaciones, debiendo el empresario dar la oportunidad de expresar la opinión, en sus respectivos ámbitos de actuación representativa, tanto a los órganos unitarios como a las representaciones sindicales. No es ésta, sin embargo, una conclusión exportable cuando la consulta se articula mediante la celebración de tratos contractuales, supuesto éste en el que, por aplicación analógica de la regla establecida en el párrafo segundo del art. 41.4 ET y demás preceptos concordantes de este mismo texto legal (art. 51.2), ha de reconocerse a las secciones sindicales una prioridad a participar en dichos tratos, siempre y cuando se cumpla la doble exigencia formulada en esos pasajes legales: que las representaciones sindicales así lo acuerden y que dispongan, en conjunto, de una audiencia electoral equivalente, al menos, a la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal.

Lo anterior razonado, es obligado abrir un problema adicional, cual es el de determinar si, en ausencia de los representantes, sean unitarios o sindicales, pueden aplicarse por analogía las reglas especiales sobre titularidad del derecho de consulta establecidas, primero, por la Ley 35/2010 y, más tarde, por la Ley 3/2012, a tenor de las cuales, y en semejante hipótesis, los trabajadores pueden atribuir su representación bien a una comisión *ad hoc* de trabajadores de la empresa bien a una comisión sindical, integrada por representantes de los sindicatos más representativos y representativos del sector al que

pertenezca la empresa. Aun cuando el tema se preste nuevamente a debate, las anteriores reglas especiales, a nuestro juicio, han de aplicarse con un alcance restrictivo a los supuestos expresamente mencionados y solo a ellos. Por consiguiente y en los casos sujetos al derecho ordinario de consulta, la inexistencia de comités de empresa o delegados de personal (y representaciones sindicales) libera al empresario de cumplimentar este deber.

4. El objeto de la información y consulta

6. El párrafo segundo del art. 64.1 ET define los derechos de información y consulta mediante un criterio objetivo; esto es, identificando el objeto de estos derechos. En tal sentido, define la información como “la transmisión de datos” por parte del sujeto pasivo del derecho, el empresario, a los sujetos titulares, los representantes de los trabajadores. La finalidad de la citada transmisión, sin embargo, no se agota o consume en la entrega o facilitación de los datos; muy antes al contrario, la información es un derecho de carácter instrumental, al servicio de un objetivo general y, adicionalmente, de objetivos singulares. Aquél primero es, sin sombra de incertidumbre, la garantía para un ejercicio real y efectivo de las tareas de representación y defensa de los intereses de los trabajadores; o, enunciada la idea en otros términos, la información es una herramienta para un ejercicio adecuado del mandato representativo. Estos otros varían en razón a criterios funcionales; es decir, en atención a la conexión que se instaure entre la naturaleza de los datos transmitidos y la incidencia de los mismos. En tal sentido, dicha función puede ser la consultiva, en cuyo caso la información se convierte en instrumento al servicio del derecho de consulta. En otras ocasiones, en cambio, la información cumple funciones diferentes, como la vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes o el control de las condiciones de seguridad y salud o, en fin, la elaboración del escrito de promoción de un proceso negociado (art. 89.1 ET). Sea como fuere, lo que importa destacar es que este carácter instrumental del derecho de información ha quedado expresamente recogido en diferentes pasajes del art. 64 ET. En tal sentido y por lo pronto, el primer inciso del párrafo segundo del art. 64.1, tras definir la información como la transmisión de datos, establece un vínculo entre el objeto de la información y la finalidad por la misma perseguida; la información se entrega “a fin de que” los representantes de los trabajadores “tenga(n) conocimiento de una cuestión determinada y pueda(n) proceder a su examen”. Con una mayor precisión, el párrafo primero del art. 64.6 del texto estatutario no se limita a mencionar como fin de la información el permitir a los representantes de los trabajadores proceder a un “examen adecuado”, añadiendo con encomiable claridad, ahora sí, la previsión instrumental: “y preparar, en su caso, la consulta y el informe”

En cuanto a la consulta, la misma se define igualmente en el art. 64.1 ET mediante la descripción de su objeto: “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario” y los representantes de los trabajadores “sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de un informe previo”. De nuevo con mayor rigor, el párrafo segundo del art. 64.6.d este mismo texto legal cierra el círculo de las actividades incluidas en la consulta, que no se circunscriben de manera exclusiva al intercambio de

pareceres y apertura de un diálogo. Este diálogo ha de tener como objeto, en su caso, el “poder llegar a un acuerdo sobre” las cuestiones que se mencionan de manera expresa en el art. 64.4 ET. En suma, la consulta puede exigir algo más y algo diferente a un diálogo; confiere a sus titulares, en determinadas ocasiones, un verdadero derecho a la apertura de un trato contractual, que habrá de efectuarse, como ordena el párrafo segundo del art. 64.1 ET, “con espíritu de cooperación”, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes. Por lo demás y ni que decir tiene, ese derecho se consume en un derecho a iniciar un proceso negocial, sin atribuir a los representantes de los trabajadores, en modo alguno, un derecho a acordar. En caso de que la consulta se cierre con acuerdo, la medida empresarial habrá de someterse a las condiciones que se hubieren pactado. En otro caso y como se encarga de recordar el precepto a examen, bien que con una criticable generalidad, el empresario podrá ejercer las facultades que le sean reconocidas en relación “con cada una de las cuestiones” que se hayan sometido a consulta.

5. El contenido de los derechos de información y consulta

5.1. Las materias objeto de información

7. El art. 64 ET establece una clasificación de las decisiones empresariales sujetas a información en atención a un criterio de temporalidad en el suministro de la información misma, distinguiendo al efecto tres grupos de materias según dicho suministro deba facilitarse trimestral (art. 64.2), anualmente (art. 64.3) o “con la periodicidad que proceda en cada caso” (art. 64.4). Con la única excepción del art. 64.2.b), que extiende el deber del empresario de informar sobre “la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión en el empleo”, todas las restantes materias objeto de la información, ahora reordenadas con arreglo al mencionado principio de temporalidad, ya venían enunciadas en la legislación anterior a la reforma de la Ley 38/2007.

En concreto, las materias que han de informarse con periodicidad trimestral son las que afectan a: 1) la evolución general del sector económico de pertenencia de la empresa; 2) la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como la evolución y ventas, incluido el programa de promoción; c) las previsiones sobre nuevas contrataciones laborales, con indicación del número de contratos y las modalidades y tipos utilizables, así como los supuestos de subcontratación y 4) las estadísticas sobre los índices de absentismo y las causas, de accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y sus consecuencias, y de siniestralidad, así como los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

La información que el empresario ha de suministrar con carácter anual versa sobre la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de

oportunidades entre mujeres y hombres, en la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales sí como, en su caso, las medidas que se hubieren adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, la aplicación del mismo. Finalmente, la información que ha de facilitarse con la periodicidad que resulte pertinente en cada supuesto específico, bien que la misma ha de respetar la regla general de suministrarse “en momento apropiado”, se refiere a las materias siguientes: 1) el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en su caso, los documentos que se den a conocer a los socios, tratándose de empresa con forma de sociedad por acciones o participaciones; 2) los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa y los documentos relativos a la terminación del contrato de trabajo y 3) todas las sanciones impuestas por faltas muy graves. Por último, el comité tendrá derecho a recibir información sobre la “copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes” a su producción”

Por su parte, tampoco el catálogo de “cuestiones” sobre las que el comité de empresa tiene derecho a emitir informe previo introduce cambio alguno, incluso parcial. El párrafo tercero del art. 64.5 ET se limita a reproducir en su más estricto tenor literal el contenido de los puntos 4º y 5º del anterior art. 64.1 ET. No obstante y como habrá ocasión de razonar más adelante, los derechos que, en relación con las cuestiones que forman parte de ese catálogo, pueden ejercer los representantes de los trabajadores ya no se limitan a la emisión de un informe o dictamen; también comprende el intercambio de opiniones o de pareceres, propio de la consulta.

5.2. Las materias objeto de información y consulta

8. El párrafo primero del art. 64.1 ET, en la versión introducida por la Ley 38/2007, ha consagrado los derechos de información y consulta como unos derechos genéricos que habilitan a sus titulares a exigir a la empresa la entrega de información o la apertura de un diálogo, de un intercambio de opiniones, sobre cuantas cuestiones afecten “a los trabajadores” así como a “la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”. Desde una perspectiva material, en la que se pondere el objeto de esos derechos, el mencionado precepto legal enuncia el marco general de actuación de la información y de la consulta, marco éste que, a su vez, los números 2, 3, 4 y 5 de este mismo artículo proceden a desarrollar o, por decirlo en términos más correctos, a complementar. Por consiguiente, la relación entre aquél primer pasaje estatutario y estos otros responde a la lógica de la relación entre norma básica y normas complementarias; una y otras tienen preceptividad o, si se quiere, normatividad, careciendo de todo razonable fundamento las tesis que niegan al tan citado párrafo primero del art. 64.1 la condición de verdadera regla jurídica distributiva, de modo directo e inmediato, de derechos y de deberes.

Las novedades aportadas por la Ley 38/2007 a la regulación del derecho del comité de empresa de ser informado y consultado sobre cuantas cuestiones afecten “a los trabajadores, a la situación de la empresa y a la evolución del empleo” se enuncian en lo esencial en los dos primeros párrafos del tan citado art. 64.5 ET, los cuales transponen los apartados b) y c) del art. 4.2 de la Directiva 2002/14/CE. Apartándose del mimetismo que ha presidido con carácter general la tarea de transposición, el legislador nacional ha introducido aquí algunos cambios. Un cotejo entre los preceptos a examen pone de manifiesto, por lo pronto, una alteración sistemática que, sin perjudicar la comprensión de su contenido normativo, le resta, sin embargo, claridad. En la estructura interna de la directiva, el art. 4.2.b) menciona como materias objeto de información y consulta las que, en el lenguaje utilizado por el párrafo primero del art. 64.1 de la norma española, se relacionan “con la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”. En cambio, el art. 4.2.c) alude a aquellas materias que se vinculan con lo que el precepto nacional de cabecera identifica como “cuestiones que puedan afectar a los trabajadores”. Esta neta y razonable diferenciación, incorporada en el tan citado párrafo primero del art. 64.1 ET, desaparece en el art. 64.5 ET, que en su párrafo segundo mezcla ambos objetos: el que atiende a la marcha de la empresa, de un lado, y el que conecta con las condiciones contractuales de los trabajadores, de otro. Pero al margen de ello, aquél cotejo también muestra que la ley española de transposición ha operado dos cambios materiales o de fondo. En primer lugar, y se trata de una modificación de tono menor, condiciona la consulta sobre “la evolución probable del empleo” a la previsión de “cambios al respecto”. En segundo lugar - y es ésta una alteración de alcance mayor, sin perjuicio de su razonabilidad -, transforma el concepto comunitario: el *cambio sustancial* experimenta una mutación en el derecho nacional, que emplea otra dicción, la de *cambio relevante*.

En concreto, tres son las materias objeto de un simultáneo derecho de información y consulta: “la situación y estructura del empleo en la empresa o centro de trabajo” (párrafo primero art. 64.5 ET), “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” (párrafo segundo art. 64.5 ET) y “la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo” (párrafo segundo art. 64.5 ET). Finalmente y como ya se ha anticipado, “la evolución probable del empleo” está sujeta a consulta exclusivamente cuando se prevean “cambios al respecto” (párrafo primero art. 64.5 ET).

Al margen de lo anterior, el último párrafo de este mismo precepto, del art. 64.5 ET, formula un listado de cuestiones sobre las que el comité de empresa tiene derecho a emitir informe; esto es, a expresar de manera razonada y por escrito su parecer. Dichas cuestiones son: 1) las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella; 2) las reducciones de jornada; 3) el traslado total o parcial de las instalaciones; 4) los procesos de fusión, absorción o modificación del estatuto jurídico de la empresa que repercuta en el volumen de empleo; 5) los planes de formación profesional y 6) la implantación y revisión de sistemas

de organización y control del trabajo, estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

El informe es una de las posibles expresiones a través de las que puede articularse el intercambio de opiniones en que el derecho de consulta consiste. Pero ha de dejarse bien claro que la emisión del informe no siempre satisface, en si misma considerada, el cumplimiento por el empresario de su deber de consulta. Como con notable claridad expositiva, sencillez gramatical y precisión técnica señala el párrafo segundo del art. 64.6, la consulta ha de permitir a los representantes de los trabajadores “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”. Elaboración del informe y apertura de un trato con vistas a alcanzar acuerdo pueden constituir y de hecho así sucede en nuestra legislación respecto de determinadas cuestiones obligaciones empresariales de carácter acumulativo.

Dentro del catálogo de materias objeto de información y consulta formulado por el nuevo art. 64.5 ET, la que abre el párrafo segundo es, de seguro, la que aporta las novedades más significativas. Pero de ella también puede afirmarse, con idéntico grado de certidumbre, que es la que abre los mayores interrogantes jurídicos sobre su sentido y alcance. Este dato justifica la mayor atención que se prestará a este concreto supuesto de derecho de información y consulta.

Las dudas que suscita el enunciado normativo del pasaje legal a consideración traen causa tanto en razones internas, vinculadas con el lenguaje normativizado, como en razones externas, derivadas de la obligada interpretación de dicho enunciado a la luz del ya de por si complejo y variado bloque normativo que regula, en nuestro sistema jurídico, decisiones de la empresa de alcance muy similar, aunque no resulte idéntico. Como es sabido, en efecto, la norma estatutaria disciplina en diversos pasajes una serie de decisiones empresariales que despliegan una directa incidencia sobre las relaciones laborales de los trabajadores. A veces, estas decisiones requieren, para su regularidad jurídica, la apertura de un proceso de consultas con vistas a alcanzar un acuerdo. En otras ocasiones, en cambio, el empresario puede adoptarlas sin necesidad de contar con la participación de los trabajadores; incluso sin contar con su manifestación menos intensa: la información. El problema principal que plantea el régimen jurídico común, general u ordinario de los derechos de información y consulta es así pues el de aclarar el sentido y alcance de la regla establecida en el primer inciso del párrafo segundo art. 64.5 ET. O, por decirlo con un giro gramatical que anticipa en parte la conclusión, el problema que se suscita es el de delimitar con la obligada precisión la extensión y la intensidad de la reforma operada por el reseñado pasaje legal.

9. Como ya se ha hecho notar, el art. 4.2.c) de la Directiva 2002/14/CE impone al empresario el deber de información y consulta de aquellas decisiones “que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo”. Y también se ha indicado que la norma española, al transponer esta regla, la ha reproducido en su más

estricta literalidad, sin otra salvedad que la modificación del término que adjetiva los cambios. Enjuiciada a la luz del derecho interno vigente con anterioridad a la ley de transposición, la modificación operada ha de calificarse como de todo punto acertada. Sin perjuicio de lo que habrá ocasión de razonar más adelante, creo que no resulta aventurado sostener que la consecuencia inmediata de la utilización por nuestro legislador de la expresión comunitaria hubiera imposibilitado la consecución, en nuestro sistema jurídico, del efecto útil perseguido por la propia norma comunitaria. Y ello, por la extensa e intensa restricción del ámbito material del derecho de consulta que, entre nosotros, hubiera significado la implantación, como condición de aplicación de este derecho, de la nota de sustancialidad a los cambios adoptados por el empresario en el campo de la organización del trabajo y de las relaciones de laborales. No obstante lo acertado de la sustitución operada por el legislador nacional, tampoco pueden desconocerse los agudos problemas que suscita la interpretación de la nueva locución, la de “cambio relevante”, en nuestro tradicional y consolidado marco jurídico.

La tarea de descodificar el concepto debatido, dotándole de contenido sustantivo, puede acometerse razonablemente a través de un doble y combinado proceso de interpretación: de inclusión, el uno, y de exclusión, el otro. Comenzando por la labor de delimitación positiva, no parece impertinente comenzar recordando que tanto la norma comunitaria como la norma interna ya ofrecen algunas pistas interpretativas de interés sobre el ámbito objetivo de la decisión adoptada por el empresario (el cambio relevante) que ha de ser informada y consultada con los representantes de los trabajadores. En su enunciado semántico, dicho ámbito afecta a dos realidades distintas: “la organización del trabajo” y “los contratos de trabajo”. Sin desconocer sus diferencias, una y otros también tienen lazos comunes, el principal de los cuales reside, a nuestro juicio, en su dimensión colectiva o, por decirlo con mayor corrección técnica, en su vertiente supraindividual. Desde luego, la noción de organización de trabajo ni contempla funcionalmente ni se vincula jurídicamente con cada uno de los trabajadores que prestan servicios en una empresa, considerados desde su singularizada individualidad. En su acepción más común, esa noción alude a los criterios básicos de coordinación por parte del empresario de los diferentes medios (técnicos, productivos o personales), elegidos en función de muy diversas variables (económicas, organizativas o tecnológicas, por ilustrar la idea con algunos ejemplos significativos), para producir el bien o prestar el servicio objeto de su actividad económica. Por su parte, la segunda de las realidades evocadas, la de “contratos de trabajo”, pone de manifiesto también esa misma nota de supraindividualidad, nota que se fundamenta tanto en una interpretación gramatical (empleo del plural) como, y sobre todo, en una interpretación finalista de los derechos de información y consulta, que, con carácter general, sirven intereses de participación de los trabajadores o, si se quiere, de defensa y tutela de los intereses de los trabajadores en cuanto miembros de un grupo cuyo punto de conexión es la pertenencia a una determinada organización de producción de bienes o de prestación de servicios.

La inclusión de la nota de supraindividualidad en la delimitación del ámbito objetivo de imputación normativa del primer inciso del párrafo segundo

del art. 64.5 ET arroja una muy importante consecuencia constructiva; a saber: la afectación a una pluralidad de trabajadores de las decisiones adoptadas por el empresario que comporten un cambio relevante constituye y forma parte de los elementos estructurales del ámbito objetivo de imputación normativa de ese pasaje legal. Por consiguiente y en una interpretación a contrario, los derechos de información y consulta ni se ejercen ni se activan en relación con medidas empresariales de estricta repercusión individualizada.

Desde una perspectiva práctica, el mencionado principio de afectación plantea o puede plantear significativos problemas en un orden aplicativo, derivados, en última instancia, de las facilidades que puede disponer el empresario para ocultar la verdadera naturaleza de su medida. No son estos unos problemas nuevos en nuestro ordenamiento jurídico, que ha tenido que enfrentarse a ellos al regular algunas de las instituciones laborales que utilizan umbrales cuantitativos como elementos definidores de sus respectivos ámbitos de imputación normativa. Así sucede, por ilustrar la idea con unos ejemplos sencillos, con los despidos económicos y con los traslados. La principal diferencia entre los regímenes jurídicos de las instituciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 38/2007 y la que introduce esta norma reside en la diversa función atribuida al referido elemento numérico. En aquellas primeras, el factor cuantitativo no juega de manera única, habiendo procedido el legislador a complementarlo con un factor temporal cuyo mero transcurso marca una nueva y diferente situación jurídica. Por el contrario, en el art. 64.5 ET no se adiciona un ulterior criterio a la comentada regla de afectación plural, al menos de manera directa o expresa. Sin embargo y de modo indirecto o reflejo, el elemento numérico también puede contribuir a delimitar, al menos en algunas ocasiones, el ámbito aplicativo de la propia regla de afectación enunciada en este último artículo. Tal ocurre, como habrá ocasión de razonar de inmediato, en la conexión entre la aplicación de la consulta por cambios relevantes y la inaplicación de la consulta por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET.

Con todo, el ejercicio de los derechos de información y consulta en relación con las decisiones del empresario que comporten cambios relevantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo ni queda siempre ni en modo alguno puede quedar deferido al arbitrio del empresario al exteriorizar su voluntad modificativa. En primer lugar, la afectación plural del cambio relevante puede encontrarse ya implícita en la naturaleza misma de la medida adoptada, tal y como sucede, por ejemplo, respecto de las decisiones del empresario de modificar una jornada de trabajo o un sistema de retribución nacidos de actos unilaterales suyos con efectos colectivos. Y en segundo lugar y de manera genérica para todo tipo de cambios relevantes, el ordenamiento jurídico pone a disposición de los titulares de derechos y facultades la posibilidad de combatir la elusión de la aplicación de bloques normativos. Tal es precisamente la función que cumple la figura del fraude de ley regulada en el art. 6.4 CC.

En este apartado de presentación general del derecho de consulta formulado en el primer inciso del párrafo segundo del art. 64.5 ET, resulta de todo punto pertinente efectuar una observación final. Como ya se ha dicho con

cierta insistencia, este pasaje legal, siguiendo muy de cerca la literalidad del art. 4.2.c) de la Directiva 2002/14/CE, reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informados y consultados respecto de las decisiones adoptadas por el empresario que produzcan cambios relevantes en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo. En relación con esta última previsión, los cambios relevantes sobre los contratos de trabajo no pueden ser entendidos como equivalentes a novaciones en el tipo o en la modalidad contractual. Una inteligencia como la expuesta vaciaría de todo contenido sustantivo la previsión ahora examinada, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, las novaciones de esa naturaleza, de tipos o de modalidades contractuales, requieren acuerdo de ambas partes, no bastando pues la sola voluntad del empresario, aun cuando se trate de una voluntad sometida a límites causales o procedimentales.

10. Dentro de este mismo capítulo de delimitación positiva del ámbito de aplicación del primer inciso del párrafo segundo del art. 64.5 ET, no pueden ni deben desconocerse las conexiones normativas existentes entre “sustancialidad” y “relevancia” o, si se prefiere, entre la noción de “modificaciones sustanciales” ex art. 41 ET y el concepto de “cambios relevantes”. De estas conexiones no puede inducirse, sin embargo y a mi juicio, una correspondencia en sus respectivos campos de imputación normativa, los cuales no se encuentran en situación de plena coincidencia sino, y ello es bien diferente, de parcial superposición. Por decirlo con un lenguaje más directo, *toda modificación sustancial lleva asociado un cambio relevante, pero la funcionalidad del cambio relevante no se agota en el instituto de la modificación sustancial*. Una concreción aplicativa de la delimitación de la vertiente inclusiva del concepto de cambio relevante como la que se viene de enunciar exige, para su mejor inteligencia, un desarrollo algo más acabado.

A los efectos del art. 41 ET y solo a esos efectos, la fórmula que se viene de emplear identifica el instituto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con un cambio relevante. Esta identidad ha de estimarse plena desde una perspectiva conceptual; pero semejante atributo no es predicable de los respectivos regímenes aplicativos que rigen una y otro. En otras palabras, la afirmación de que toda modificación sustancial lleva asociado un cambio relevante ha de ser entendida no como la nuda aplicación de las reglas reguladoras del instituto de las modificaciones sustanciales a los cambios relevantes o a la inversa sino, exclusivamente, como la completa identidad entre “sustancialidad” y “relevancia”, concebidas ambas nociones como primer y esencial criterio de delimitación de los respectivos ámbitos de imputación normativa de los regímenes de las modificaciones sustanciales y de los cambios relevantes. En contra de lo que pudiera pensarse en una primera y, a nuestro juicio, precipitada impresión, la Ley 38/2007 no ha introducido un nuevo concepto, un *tertium genus*, en el catálogo de las dos grandes y tradicionales nociones que trazan la divisoria de la aplicación o inaplicación del art. 41 ET y, por encima de ello, la divisoria entre las facultades empresariales pertenecientes a los poderes ordinarios de dirección y organización y aquellas otras facultades que precisan, para su ejercicio, de la concurrencia de requisitos causales o procedimentales.

Desde una perspectiva material, que atienda a la entidad del cambio de la medida adoptada por el empresario sobre la prestación de trabajo, la relevancia opera en un plano en todo idéntico al de la sustancialidad, de modo que extramuros del marco normativo del primer inciso del párrafo segundo del art. 64.5 se sitúan las mismas alteraciones que se sustraen a la disciplina del art. 41 ET; esto es, las variaciones de carácter accidental o accesorio. En consecuencia, la compleja y doctrinalmente discutida jurisprudencia elaborada en torno al concepto de sustancialidad resulta extrapolable al concepto de relevancia. Por este lado, pues, la calificación jurídica del cambio operado por el empresario requerirá verificar si, en el caso a examen, concurren o no los diversos factores manejados por esa jurisprudencia para deducir si la variación es de tal naturaleza como para haber transformado aspectos básicos sobre la organización del trabajo o sobre los contratos de trabajo; es decir, habrá de ponderarse la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o sacrificio que la alteración produce en los trabajadores afectados o su carácter temporal o definitivo (entre otras muchas, sentencias Tribunal Supremo de 9-4-2001; 22-9-2003; 10-10-2005 y 26-4-2006). Por lo demás y como se ha razonado con fundamento, estos factores “resultan meramente orientativos, sin que ninguno de ellos por sí mismo otorgue una solución definitiva”, de manera que será la valoración de conjunto de los mismos el patrón hermenéutico que terminará decantando la calificación jurídica hacia la accidentalidad o, en su caso, hacia la sustancialidad o la relevancia (MOLERO MARAÑÓN 2008, 32).

La identidad conceptual entre sustancialidad y relevancia se refleja, como no puede ser de otro modo, en el plano causal. Como acontece con aquella primera noción y con los efectos a ella asociados, también la relevancia actúa como llave de paso de la entrada en acción del art. 64.5 ET, de modo que, si la alteración de los contratos de trabajo no reviste esa cualidad, los cambios operados por el empresario entran a formar parte del ejercicio regular de sus poderes de dirección y organización (art. 20.1 ET). O lo que es igual, estos poderes podrán ser activados y aplicados sin la concurrencia de causa habilitante distinta de la que delimita su legítimo ejercicio.

11. En los razonamientos que se vienen de exponer se ha acotado el plano desde el que puede y debe postularse la identidad entre sustancialidad y relevancia y que no es otro que el meramente dogmático o conceptual. Es preciso ahora analizar las divergencias que corren entre la modificación sustancial y el cambio relevante y que se contraen, lo que no es poco, en la falta de coincidencia de los respectivos ámbitos aplicativos de ambas instituciones.

La primera de las causas determinantes de esta falta de coincidencia procede del juego del principio de afectación plural en la delimitación del ámbito de imputación normativa del régimen de los cambios relevantes. En atención a este juego, las modificaciones sustanciales de aquellas condiciones de trabajo de las que disfrutaban los trabajadores a título individual (párrafo tercero del art. 41.2 ET) se sitúan extramuros del ámbito aplicativo de los cambios relevantes. Pero esta falta de coincidencia por defecto entre ambos regímenes jurídicos

también puede traer causa en las previsiones procedimentales establecidas en el propio art. 41, que articula un específico trámite de consulta para ciertas modificaciones que, en general, son las definidas como colectivas. En otras y más precisas palabras, el art. 64.8 ET resuelve los posibles conflictos de concurrencia normativa en materia de aplicación de procedimientos de información y consulta mediante la declaración, como norma aplicable, de la *lex specialis*, que es la de “las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales o reglamentarias”, frente a la *lex generalis*, condición que tiene el propio art. 64.5 ET.

Una interpretación sistemática de ambas exclusiones por defecto permite dibujar con trazos ya más precisos la aplicación del nuevo régimen de los derechos de información y consulta a las decisiones empresariales que provoquen cambios relevantes en los contratos de trabajo. Desde la entrada en vigor de la Ley 38/2007, las modificaciones plurales no sujetas al específico trámite del proceso de consultas ex art. 41.4 ET quedan ahora sometidas al procedimiento de información y consulta contemplado en el art. 64.5 ET. Si se pondera adecuadamente que tales modificaciones, tras las relevante reforma operada por la Ley 3/2012, son las expresamente mencionadas por el párrafo segundo del art. 41.1 ET (jornada de trabajo, horario y distribución del contrato de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimientos y funciones) que no alcancen, en un período de noventa días, los umbrales de trabajadores afectados previstos en el párrafo segundo del art. 41.2 ET, queda corroborada la anterior conclusión de que, en algunos supuestos, como en el ahora contemplado, el factor temporal también colabora, aunque sea de manera refleja, en la tarea de delimitar el ámbito aplicativo de los derechos de información y consulta que versan sobre las medidas empresariales generadoras de cambios relevantes. Pero al margen de ello, lo que conviene destacar es que, en virtud de la aplicación conjunta de los arts. 41 y 64.5, ambos del texto estatutario, la integridad de las decisiones adoptadas por el empresario que comporten modificaciones sustanciales/relevantes que afecten a un grupo de trabajadores exige, sea cual fuere la condición alterada, la apertura de un período de consultas.

12. La falta de coincidencia entre los respectivos ámbitos de imputación normativa de las instituciones a comparación se aprecia no solo, y como se acaba de argumentar, por defecto; también es constatable por exceso. O por reiterar esta idea con palabras ya expuestas: *la funcionalidad del cambio relevante no se agota en el concreto instituto de la modificación sustancial, extendiéndose a cualquier otra variación que afecte a la organización del trabajo o a los contratos de trabajo*. En este capítulo entran o pueden entrar al menos, siempre que haga acto de presencia el principio de afectación plural, dos series de decisiones empresariales. La primera serie está compuesta por aquellas medidas de los empresarios que producen un cambio cuya relevancia se encuentra reconocida, además de expresa o implícitamente en el art. 64.5, en otro precepto de la norma estatutaria. En este apartado se ubican los traslados, los desplazamientos, la movilidad funcional extragrupo profesional, los despidos económicos, las reducciones de la jornada de trabajo por causas

económicas, organizativas, productivas y técnicas y, en fin, las suspensiones de los contratos de trabajo basadas en causas económicas. La distinta incidencia del nuevo régimen de información y consulta instituido por el art. 64.5 ET sobre cada una de estas medidas aconseja su examen singularizado.

Desde luego, el traslado constituye un cambio relevante en la ejecución de la prestación laboral, no siendo preciso consumir un amplio razonamiento para poder apreciar en esta variación los tres factores que jurisprudencialmente definen la sustancialidad (*recte*: la relevancia). El cambio de lugar de trabajo que lleva aparejado un cambio de residencia tiene una muy notable entidad, puede potencialmente producir serios perjuicios o sacrificios al trabajador y, adicionalmente, es definitivo. No obstante ello, no todo traslado lleva asociada la entrada en vigor del art. 64 ET. El procedimiento de información y consulta introducido por la Ley 38/2007 solo se activará, por aplicación de la regla prevista y ya comentada del art. 64.8 ET, en relación con los dos siguientes tipos de traslados: 1) los parciales que se adopten por el empresario en un período de noventa días y siempre que, adicionalmente, afecten a una pluralidad de trabajadores que no alcance los umbrales legalmente previsto para la consideración del traslado como colectivo (art. 40.2 ET) y 2) los totales que tampoco entren en la categoría de traslados colectivos. En todo caso y en la medida en que el derecho de consulta es de titularidad colectiva, correspondiendo su ejercicio a los representantes unitarios de los trabajadores, la inexistencia de representantes en los supuestos de traslado recién mencionados lleva aparejada la no aparición del supuesto de hecho del art. 65.4 ET. Por este lado, puede afirmarse con razonable fundamento que el efecto más inmediato y, acaso, perceptible en el doble orden constructivo y práctico del nuevo régimen del derecho de consulta instaurado por la Ley 38/2007 con respecto a la regulación anterior enunciada en el art. 40 – y la conclusión también puede predicarse, aunque sin la misma intensidad, respecto de los despidos económicos – es el haber difuminado, desde un ángulo procedimental, la distinción entre traslados colectivos y traslados plurales. Bien que con sujeción a reglas procedimentales diferentes, el trámite de consulta resulta aplicable tanto a aquellos como a éstos otros.

La alineación de la figura de los desplazamientos a los que alude el art. 40.4 ET con el régimen de consultas ex art. 64.5 ET resulta, en principio, completa a condición, claro está, de que concurra el principio de afectación a una pluralidad de trabajadores. Al estilo de lo que sucede con los traslados, tanto los individuales y los plurales como los colectivos, también los desplazamientos sometidos a la disciplina del citado art. 40.4 ET han de estimarse constitutivos de un cambio relevante, de una alteración fundamental del régimen pactado del contrato de trabajo. En razón de su relevancia, la decisión empresarial de desplazar a un grupo de trabajadores, al no estar sujeta a un específico período de consultas, queda incluida, tras la vigencia de la Ley 38/2007, al genérico procedimiento de consultas del art. 64.5 ET.

La movilidad funcional que sobrepasa el poder ordinario de dirección del empresario, comportando así pues una asignación de funciones no correspondiente al grupo profesional que se hubiere contratado, también ha de calificarse como un cambio relevante a los efectos de lo establecido en el tan

reiterado primer inciso del párrafo segundo del art. 64.5 ET siempre y cuando, como se ha venido insistentemente haciendo notar, la decisión empresarial de variar el contenido funcional de la prestación laboral afecte a un grupo de trabajadores o, lo que es igual, no se ejecute en el marco de una decisión adoptada y aplicada de modo individual.

Con anterioridad a la entrada en vigor, primeramente, del Real Decreto 3/2012 y, más tarde, de la Ley 3/2012, el ámbito del derecho de consulta respecto de esta concreta decisión empresarial quedaba limitado, con criterios de normalidad, a los supuestos de movilidad funcional ascendente y, en su caso, horizontal, quedando así excluida la movilidad funcional descendente. Ello se debía a que la necesaria concurrencia de la nota de perentoriedad o de imprevisibilidad, como condición de ejercicio por parte del empresario de esta variación funcional, no permitía razonablemente la apertura de un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores, bastando pues con la comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores de “esta situación”; es decir, de la situación perentoria e imprevisible que le habilita para la encomienda a un grupo de trabajadores, “por el tiempo imprescindible”, de funciones inferiores a las de su grupo profesional o su categoría profesional equivalente¹³.

Las reformas adoptadas en 2012 han procedido a unificar el presupuesto causal de todas las modalidades de movilidad funcional (ascendente, descendente y horizontal), unificación ésta que, al margen de haber comportado la ampliación de las posibilidades concedidas al empresario de encomendar a los trabajadores el desempeño de tareas, funciones o especialidades profesionales correspondientes a grupos profesionales inferiores, ha incidido de manera directa en el ámbito de imputación normativa del art. 64.5 ET en relación con la movilidad funcional. La supresión de la exigencia de la nota de perentoriedad e imprevisibilidad para el ejercicio de la movilidad funcional descendente ha tenido la muy relevante consecuencia de someter a idéntico procedimiento a todas las modalidades de movilidad funcional. A partir de la reforma de 2012, la integridad de los tipos de movilidad funcional ha de someterse a un trámite de consultas, siempre y cuando las mismas tengan, como se ha señalado con reiteración, una dimensión supraindividual.

13. El párrafo primero del art. 64.5 ET instituye un deber del empresario de informar y consultar al comité de empresa respecto de la “evolución probable” del empleo, “cuando se prevean cambios al respecto”. Por su parte, el párrafo segundo de ese mismo precepto legal establece un deber semejante en relación con “la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”. Al amparo de la primera de esas cláusulas, no es dable albergar dudas sobre la necesidad del empresario de iniciar un período de consultas en los despidos objetivos fundados en causas económicas, técnicas, productivas u organizativas que afecten, en un

¹³ Cfr. art. 39.2, versión anterior a la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012

periodo de noventa días, a una pluralidad de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el art. 51.1 ET.

Y con fundamento en la segunda de las causas, tampoco parece dudosa la aplicación de ese mismo deber, y por esas mismas causas, a una doble decisión empresarial: de un lado, la de suspender el contrato de trabajo a un grupo de trabajadores ex art. 47.1 ET y, de otro, la de reducir la jornada de trabajo conforme a lo establecido en el art. 47.2 del mismo texto legal. Son estas medidas típicamente preventivas del empleo, tal y como, de otro lado, se deduce de la noción de prevención del empleo reiteradamente manejada en la elaboración, por las instancias comunitarias, de la Estrategia Europea del Empleo. O por decirlo en los términos del preámbulo de la propia Directiva 2002/14/CE, “la Comunidad ha definido y está aplicando una estrategia para el empleo basada en los conceptos de “anticipación”, “prevención” y “empleabilidad”, que deben ser incorporadas como elementos clave en todas las políticas públicas, incluidas las políticas de empresa, que pueden influir positivamente en el empleo mediante la intensificación del diálogo social a fin de facilitar un cambio compatible con la salvaguardia del objetivo prioritario del empleo” (punto 10).

En todo caso, la apertura de un trámite de consultas respecto de los despidos económicos y las suspensiones de los contratos de trabajo así como de las reducciones de la jornada de trabajo basadas en causa económica encuentra un segundo apoyo legal en el párrafo tercero del art. 65.4 del texto estatutario. De una interpretación finalista de este pasaje legal es dable deducir que el derecho que ahí se concede al comité de empresa respecto de las cuestiones expresamente mencionadas - entre las cuales se encuentran “las reestructuraciones de plantilla y los ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella” (apar. a) – no se detiene en la emisión de un informe previo a la adopción de la medida sino que también comporta la activación de un intercambio de pareceres, que se instrumenta, precisamente, a través de la consulta (MOLINA NAVARRETE 2008, 31).

La segunda tanda de decisiones empresariales que igualmente quedan sujetas a la disciplina del régimen de consulta establecido en el art. 65.4 ET enlaza, precisamente, con la conclusión que se viene de enunciar. El párrafo tercero del art. 65.4 lista, en efecto, una serie de medidas empresariales cuya adopción ha de ir precedida de informe previo del comité de empresa. La lectura de este catálogo evidencia que, en relación con algunas de las medidas ahí enunciadas, la norma estatutaria contempla, al margen de la emisión del informe previo, la eventual apertura de un período de consultas. Tal sucede con el ya citado cese total o parcial, pero definitivo, de la plantilla (art. 51), con las reducciones de jornada (art. 41.1.a), con el traslado total o parcial de las instalaciones (art. 40), con los procesos de fusión o absorción de la empresa que impliquen incidencia en el volumen de empleo (art. 44.9), con la implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo (art. 41.1.e), con los estudios de tiempo (art. 41.1.e) y con el establecimiento de sistemas de primas e incentivos (art. 41.1. d). Una interpretación finalista de la reforma operada por la Ley 38/2007 fundamenta ahora la tesis de la aplicación del derecho de consulta consagrado en el art. 64.5 ET a todas aquellas

cuestiones contenidas en el referido catálogo, siempre y cuando las mismas reúnan dos requisitos: el positivo de afectar a una pluralidad de trabajadores, exigencia ésta que forma parte de la naturaleza de la práctica totalidad de las medidas empresariales ahí enunciadas, y el negativo de que no quedar sometidas, en virtud de la aplicación del principio de especialidad, a una período de consulta de carácter específico.

6. Otras reglas de ejercicio de los derechos de información y consulta

14. El art. 64.6 constituye, de seguro, el precepto encargado de enunciar las reglas de ejercicio de los derechos de información y consulta. Antes de proceder a su estudio, no resultará impertinente efectuar una doble observación, formal una y sustantiva la otra. Desde una perspectiva formal y apartándose, al menos parcialmente, de la opción referente al objeto, el reseñado pasaje legal formula de manera separada las reglas aplicables a estos dos derechos/deberes: mientras el primer apartado mira a la información, los apartados segundo y tercero lo hacen a la consulta. No obstante y al margen de este tratamiento diferenciado, los enunciados normativos de las reglas de uno y otro derecho mantienen un alto nivel de semejanza, derivada de la fuente de la que los mismos traen causa, y que no es otra que el art. 4 de la Directiva 2002/14/CE. En breve habrá ocasión de comprobar la influencia de la norma comunitaria en el derecho interno, que ha optado en estas materias por un criticable mimetismo.

Por otra parte y desde una perspectiva sustantiva, la regulación contenida en el art. 64.6 ET tiene un carácter general; esto es, instituye un marco de aplicación a todos los supuestos de ejercicio de los derechos/deberes de información y consulta, sin perjuicio de la vigencia y consiguiente observancia, adicionalmente, de las reglas especiales que se prevén para casos concretos. Es esta una configuración que, respecto de la información, se infiere de manera indubitada de la literalidad de los términos empleados por el párrafo primero del art. 64.6 ET, a tenor del cual “la información se deberá facilitar (...), *sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso (...)*”. No es esta, sin embargo, una conclusión que, al menos en una primera impresión, resulte aplicable a la consulta, pues la dicción del párrafo segundo del mencionado precepto legal (“la consulta deberá realizarse, *salvo que expresamente esté establecida otra cosa <...>*”) introduce la duda acerca de la naturaleza que deba conferirse a la regulación ahí establecida, ya que la expresión “salvo que” puede ser interpretada en el sentido más estricto de la *lex specialis*, como regulación alternativa a la establecida en la ley general, en lugar de con un alcance carácter acumulativo o, mejor aún, complementario. A pesar de que una inteligencia literal milita a favor de la primera tesis, una comprensión sobre el contenido de los párrafos segundo y tercero del art. 64.6 ET abona la tesis contraria, no resultando discutible que todas y cada una de las previsiones ahí enunciadas han de ser respetadas en el ejercicio del derecho de consulta, al margen y con independencia de que, en determinados supuestos, tales previsiones hayan sido objeto de complemento o integración. En todo caso y con un alcance predicable del régimen jurídico común de los derechos/deberes de información y consulta, el art. 64.8 ET establece la

compatibilidad entre dicho régimen y las disposiciones específicas previstas “en otros artículos de esta Ley o en otras normas legales o reglamentarias”

15. Comenzando con el examen de las reglas relativas a la información, el párrafo primero del art. 64.6 ET dispone que la información deberá facilitarse por el empresario “en un momento, de una manera y con un contenido apropiado, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”. El precepto transcrito no hace sino reproducir en su más estricta literalidad el art. 4.2 de la directiva marco, quedando limitadas las diferencias a un aspecto menor, consistente en la identificación de los concretos objetivos instrumentales a los que puede servir en nuestro ordenamiento el ejercicio del derecho de información. Mientras que para la norma comunitaria dicho objetivo es solamente la consulta, el pasaje legal a examen enuncia como objetivos, además de la consulta, el informe.

Conforme puede deducirse con notable facilidad, la norma nacional, al estilo de la comunitaria, se encuentra atravesada de estándares jurídicos, utilizados para identificar las reglas de ejercicio de la información. El tiempo y el modo de ejercer la información así como el contenido de la misma han de resultar “apropiados”, noción ésta cuyo grado de cumplimiento depende de una circunstancia muy concreta: la capacidad de los titulares de la información de poder efectuar un “examen adecuado” de los hechos dados a conocer con vistas a satisfacer los diferentes objetivos, el general y algunos singulares, a los que la información sirve. Como ya se ha señalado, el párrafo primero menciona dos concretos objetivos, cuales son la elaboración de informes y la apertura de un trámite de consultas. Pero con semejante precisión legal no se cierra, desde luego, el cuadro de los objetivos que pueden cumplir y cumplen las informaciones facilitadas por el empresario; ni de los singulares ni del general. En los sistemas de relaciones laborales, el derecho de información es una herramienta especialmente útil, una pieza básica para el desempeño real y eficaz, por parte de los representantes de los trabajadores, de sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores. Tal es el objetivo general que ha de asegurar la información y tal es, por consiguiente, el canon de enjuiciamiento del carácter apropiado o no del momento, modo y contenido del cumplimiento por el empresario de sus obligaciones informativas.

Las reglas reguladas en el párrafo primero del art. 64.6 ET tienen la condición de reglas comunes. Pero al margen de lo ahí prevenido, y como ya se ha hecho constar, otros apartados de este precepto formulan reglas específicas, complementando o integrando el marco general. En concreto, el art. 64 ET instituye una clasificación de los hechos objeto de información en función de un criterio temporal, disponiendo que ésta habrá de suministrarse con carácter trimestral (art. 64.2 ET), anual (art. 64.3 ET), con la periodicidad que proceda (art. 64.4 ET) o, en fin, y tratándose de la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias contractuales, en el plazo de diez días a su producción (último párrafo, art. 64.4 ET).

El párrafo segundo del tan mencionado art. 64.6 ET se ocupa de formular el marco de ejercicio del derecho de consulta, con muy parecidos criterios de genericidad a resultados de la utilización de la misma fuente directa de inspiración normativa; en este caso, el art. 4.4 de la directiva marco. Desde una perspectiva meramente formal, la principal diferencia apreciable entre ambos es de orden sistemático, pues mientras el precepto se estructura en cinco apartados, la norma nacional transcribe el contenido del reseñado pasaje de la Directiva 2002/14/CE en un extenso inciso, que utiliza las comas como único criterio de ordenación interna de los mandatos ahí recogidos.

Entrando ya en cuestiones de fondo, el art. 64.6 ET dispone que la consulta habrá de efectuarse: 1) en un momento y con un contenido apropiados; 2) en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa; 3) de 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 contratar sus puntos de vista y opiniones y 4) con el fin de llegar a un acuerdo sobre las materias sujetas al trámite de la consulta y “sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas” materias. Desde un ángulo no ya formal sino sustantivo, no puede silenciarse que el reseñado precepto estatutario insta ahora con el art. 4.4 de la norma comunitaria una relación que discurre, sin lógica aparente, entre un acusado nivel de mimetismo semántico y un manifiesto distanciamiento o elusión gramatical. Las condiciones mencionadas en los apartados 3) y 4) ilustran el mimetismo semántico; la condición formulada en el apartado 2), de su lado, ofrece un buen ejemplo de elusión terminológica. La ley nacional, en efecto, dispone que la consulta se realizará “en el nivel de dirección y representación correspondiente en la empresa”, rebajando la claridad del lenguaje empleado por la norma comunitaria, a tenor de la cual esa consulta ha de efectuarse “al nivel pertinente de dirección y representación, *en función del tema tratado*”.

Tres son las reglas de aplicación establecidas en el pasaje legal a examen, relativas, respectivamente, al momento y al contenido, que han de ser los “apropiados”, y al lugar de celebración de la consulta misma, que ha de realizarse “en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa”. Con la tercera regla, con la de carácter locativo, la norma nacional – y la comunitaria que reproduce (apar. 4.4.b) – pretende garantizar un principio de correspondencia entre la cuestión objeto de consulta y el ámbito de la empresa en el que la misma se gestiona y decide, garantía esta de especial significación práctica en las organizaciones empresariales de estructura compleja (empresas multicelulares o grupos de empresa, señaladamente). Por otra parte, también el precepto estatutario a consideración formula un canon con vistas a enjuiciar el correcto cumplimiento por el empresario de sus deberes de consulta, canon éste que se define, al estilo de lo razonado respecto del derecho de información, por referencias a la adecuada satisfacción de los objetivos perseguidos por la consulta misma. Son ellos: reunirse con el empresario, obtener una eventual “respuesta justificada a su eventual informe” y poder “contrastar” los puntos de vista y opiniones de ambos interlocutores al objeto de poder llegar a un acuerdo.

El art. 64.6 ET instituye, finalmente, una regla respecto al momento de emisión por los representantes de los trabajadores de los informes, que han de elaborarse en el plazo máximo de 15 días desde que hubieren sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes.

16. De conformidad con una consolidada orientación jurisprudencial, la adopción por parte del empresario de una medida empresarial que repercuta en las relaciones laborales sin observar los trámites procedimentales legalmente establecidos – como puede ser el trámite de consulta – varía en función de la propia medida. Como regla general, la decisión del empresario, si impugnada judicialmente, es declarada injustificada, teniendo entonces derecho los trabajadores afectados, al menos en un principio, a ser repuestos en la situación *quo ante*. Excepcionalmente, sin embargo y como sucede con los despidos económicos objetivos, la inobservancia del procedimiento produce la nulidad de la propia decisión empresarial (art. 53.4 ET).

El nuevo art. 64 no ha regulado las consecuencias de la opción por el empresario de una medida que provoque cambios relevantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo sin atenerse al previo deber de haber consultado a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, esta laguna legal puede y debe ser colmada aplicando la doctrina jurisprudencial tan brevemente recordada y, por lo mismo, considerando como regla general el carácter injustificado de la medida y, como regla excepcional, la nulidad de la decisión. En suma y por cerrar esta última observación procedimental con el apoyo de algunos ejemplos, el desplazamiento o el traslado plural de un grupo de trabajadores acordado por el empresario sin haber abierto con carácter previo una fase de consultas con los representantes de los trabajadores a su servicio determinará, en la hipótesis de impugnación del desplazamiento, la declaración judicial de falta de justificación. En cambio, el despido objetivo debiera abocar a su nulidad.

7. El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores

7.1. El art. 65 ET, norma reguladora de cabecera

17. Estructurado en cinco ordinales, el art. 65 ET se intitula “capacidad y sigilo profesional”. No obstante esta común rotulación, la dedicación del precepto a los dos temas ahí enunciados es manifiestamente asimétrica, pues, mientras a la regulación de la capacidad se dedica un solo numeral, el primero, el tratamiento del sigilo profesional se lleva a cabo a lo largo de los cuatro restantes, ocupándose tres de ellos de los aspectos sustantivos (art. 65.2, 3 y 4) y formulando el cuarto y último reglas de carácter procesal (art. 65.5). Las observaciones que siguen se centrarán de manera exclusiva en el estudio de las cuestiones materiales del régimen jurídico del sigilo profesional. En todo caso y en lo que concierne al otro tema llevado a la rúbrica del precepto, bastará con hacer constar el reconocimiento que el art. 64.1 ET hace a favor de los órganos de representación unitaria de una capacidad para ejercitar acciones

administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros. Aun cuando este pasaje legal se limita de nuevo a nominar al órgano unitario colegiado, al “comité de empresa”, como titular de este derecho de tutela administrativa y judicial, la equiparación que proclama el párrafo primero del art. 62.2 ET entre las dos modalidades de representación electiva, la colegiada y la unipersonal, ha de calificarse como plena, extendiéndose al conjunto de funciones y facultades, incluida la que ahora se menciona.

Tal y como se ha hecho constar en relación con el contenido de los derechos de información y consulta, también la ordenación jurídica del sigilo profesional ha sido objeto de reforma a través de la Ley 38/2007. Manteniendo una regla presente en la práctica totalidad de las normas comunitarias que reglamentan derechos de información y consulta, tanto las de carácter sectorial como las que instituyen derechos de implicación en empresas o sociedades de ámbito europeo¹⁴, el art. 6 de la Directiva 2002/14/CEE establece, “en legítimo interés de la empresa o del centro de trabajo”, una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos de información y consulta.

Antes de entrar en el estudio del art. 65 ET, parece de todo punto necesario efectuar algunas observaciones destinadas, en lo esencial, a identificar, aunque sea a trazos impresionistas, el marco general en el que se mueve el mencionado régimen jurídico. Lo primero que conviene destacar es la estructura compleja del deber al que aquél pasaje legal denomina sigilo profesional, que contempla, en realidad, tres reglas diferentes. La primera es la que cabe denominar como deber de sigilo profesional en sentido estricto (64.2 ET); la segunda se concreta en la prohibición de divulgación externa de los documentos entregados por la empresa (párrafo primero del Art. 64.3 ET); la tercera, en fin, puede entenderse bien como una excepción al deber del empresario de facilitar información bien – y probablemente es la comprensión más precisa – como el derecho del empresario a no comunicar determinada información, calificable como reservada o secreta (art. 64.4 ET).

Las tres reglas que se vienen de mencionar instituyen, como se ha anticipado, diversos límites en el ejercicio de los derechos de información y consulta cuya intensidad resulta, sin embargo, variable. En una presentación escalonada o en gradas, la mayor intensidad limitativa corresponde a la tercera regla, ya que la misma, al permitir al empleador mantener en secreto determinadas informaciones, confiere a éste un auténtico “derecho al silencio” (MOLINA NAVARRETE 2008, 42); de su lado, la condición del límite menos riguroso o, si se prefiere, más débil conviene al deber de sigilo profesional.

La doctrina científica española ha polemizado acerca de la naturaleza del derecho formulado en el art. 65 ET, habiéndose mantenido, en lo sustancial, dos tesis. Para un primer sector de la doctrina, la institución del sigilo profesional ha de ser concebida como una estricta obligación de secreto, procediéndose a una plena equiparación conceptual entre el sigilo y el secreto (entre otros, FERNÁNDEZ LÓPEZ 1992, 130 y GARRIDO PÉREZ 1995, 331).

¹⁴ Vid. Cap. II.2

Para otro sector, en cambio, el deber de sigilo profesional es una figura independiente y más compleja que el deber de secreto (entre otros, CUEVAS LÓPEZ 1982, 259 y BOZA PRO, 1997, 221). Sin entrar a fondo en este debate, la segunda tesis cuenta con razones más consistente, entre las que, desde luego, no se encuentra la dicción utilizada por el propio art. 64 ET, pues para el DRAE, la expresión sigilo puede ser entendida indistintamente como “secreto que se guarda de una cosa o noticia” o como “silencio cauteloso”.

De seguro, el principal argumento que milita a favor de una diferenciación entre ambas figuras o, en términos más integradores, de una concepción del deber de sigilo ex art. 64 ET como una versión atenuada o debilitada del deber de secreto (MONEREO PÉREZ 1992, 298) es de carácter sistemático. Interpretado en su contexto más próximo, una inteligencia del deber legal de sigilo en clave de obligación estricta de secreto pugna con la propia configuración de los derechos de información y consulta como derechos básicos de los propios trabajadores (art. 4.1.g ET), ya que sus representantes tendrían vedado, en contra del deber que expresamente declara el art. 64.7.e ET del propio texto legal, el suministrar a sus representados la oportuna información en las materias mencionadas en ese mismo precepto (art. 64.2, 3,4 y 5). Pero además de ello e interpretado ahora el art. 65 ET en su contexto más lejano, una equiparación semejante contrariaría algunos derechos fundamentales, como los de expresión (art. 201.a CE) y comunicación (art. 20.1.d CE). En todo caso y sea cual fuere la tesis por la que se opte, lo que resulta difícilmente rebatible es que, a pesar de que las tensiones existentes entre los derechos de información y consulta, de un lado, y los legítimos intereses de la empresa que procuran atender las obligaciones enunciadas en el art. 65 ET, la incidencia limitativa de estas obligaciones ha de ser ponderada a la luz de esos derechos fundamentales constitucionales y valorada, igualmente, en atención a la concreción en el universo de las relaciones laborales de tales derechos.

En otro orden de consideraciones, nuestra doctrina científica ha venido configurando de manera mayoritaria los deberes del art. 65 ET como deberes negativos, omisivos o de no hacer; esto es, de no revelar o de no divulgar determinadas noticias o informaciones (MONEREO 1992, 290 y MOLINA NAVARRETE 2008, 42). Sin duda alguna, es esta la naturaleza que corresponde al deber enunciado en el art. 65.3 (deber de no difusión) así como al derecho proclamado en el art. 65.5 (derecho de no comunicación). Sin embargo, una calificación semejante no resulta predicable o, al menos, fácilmente predicable del deber de sigilo en sentido estricto; al menos si se mantiene la tesis, que nosotros compartimos, de la diferenciación entre sigilo y secreto. Sin perjuicio de lo que habrá de razonarse más adelante, el deber de sigilo regulado en el art. 64.2 ET impone a los representantes de los trabajadores un deber de hacer un uso moderado y prudente de las informaciones recibidas u obtenidas en el desempeño de sus funciones representativas; en otras y más breves palabras, el deber de sigilo equivale a un deber de discreción. Entendido en estos términos, la esencia del deber de sigilo se condensa en una obligación de hacer que se expresa a través del deber, positivo y personal, que recae en el representante de los trabajadores de manejar la información a cuyo conocimiento accede bajo esa condición con

criterios de moderación, prudencia y discreción; en unos términos que eviten perjuicios morales o materiales a la empresa. El deber de sigilo no lleva aparejado, en suma, un deber de prevalente abstención; comporta, antes al contrario, una obligación positiva de actuar de manera diligente, diferenciando los hechos, noticias y datos que conviene transmitir y dar a conocer y los que, por el contrario, resulta obligado silenciar y callar.

Como ya se ha anticipado y ahora se repite, el ordenamiento jurídico, a través de las diferentes reglas enunciadas en el art. 65 ET tutela intereses legítimos del empresario. Desde esta perspectiva, las reglas jurídicas enunciadas, al menos, en los números 2 y 3, párrafo primero, del art. 65 ET constituyen una manifestación del deber de buena fe contractual cuyo incumplimiento puede activar un variado sistema sancionador en los ámbitos contractual y penal. Por lo demás, los deberes ahí formulados tienen un carácter limitado, pudiendo ceder, en determinadas circunstancias, ante otros derechos e intereses jurídicamente preeminentes.

Antes de dar por concluido este epígrafe de observaciones generales, no estará de más efectuar dos últimas observaciones. De una mera lectura del art. 65 ET pudiera deducirse que los límites establecidos en ese precepto afectan no a los derechos de información y consulta sino, más restringidamente, solo a aquél primero, al de información. Los términos empleados en ese pasaje legal, que invoca el objeto o el contenido del derecho de información, así vendrían a confirmarlo. No es ésta, sin embargo, una conclusión que se encuentre al abrigo de algunas objeciones críticas. Por lo pronto, el art. 6.2 de la Directiva 2002/14/CE – que es el transpuesto, en principio, por el art. 65.4 ET – autoriza a los Estados miembros a disponer que, en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites previstos en las legislaciones nacionales, el empresario quede liberado de “facilitar información o de proceder a consultas (...)”, contemplando así pues la afectación de ambos derechos, del de información y del de consultas, por la denominada figura de la *información confidencial*. Pero al margen de ello, una concepción restrictiva como la expuesta no se acomoda al modo de ejercicio de ambos derechos en la práctica de las relaciones laborales, en las que la entrega de documentos o la comunicación de hechos y noticias no siempre se realiza en una secuencia temporal previa y separada de la que articula el intercambio de pareceres. Una y otra, antes al contrario, se entremezclan, no resultando siempre fácil su diferenciación mediante cortes limpios. El derecho de información puede tener, como se ha repetido en distintas ocasiones, un carácter instrumental para el ejercicio del derecho de consulta; pero la consulta puede extenderse a través de una pluralidad de actos, en todos los cuales el empresario puede haber facilitado informaciones con vistas a asegurar el “contraste de puntos de vistas u opiniones” con la representación de los trabajadores (inciso primero del párrafo segundo del art. 64.4 ET).

De otro lado – y se trata de la segunda observación -, el art. 65 ET constituye la norma de cabecera sobre el sigilo profesional de los representantes de los trabajadores, coexistiendo, sin embargo, esta regulación de carácter general con algunas otras específicas. En primer lugar, el art. 10.3.1º LOLS, tras atribuir a los delegados sindicales el derecho de acceder a

la misma información y documentación puesta a disposición de los miembros del comité de empresa, dispone que aquellos representantes están obligados “a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda”. Una interpretación sistemática de las dos leyes a contraste, permite afirmar sin reserva alguna la coincidencia plena en los ámbitos objetivos del deber de sigilo profesional que recae sobre las dos categorías de representantes de nuestro sistema jurídico. El reenvío que la LOLS hace a las materias en las que legalmente proceda el deber de sigilo, y que no son otras que las del art. 65 ET, así lo confirma, sin sombra de incertidumbre. La segunda regulación específica se contiene en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, cuyo art. 37.3 establece la aplicación directa y expresa a los delegados de prevención de las prevenciones del art. 65.2 ET, remisión ésta que, tras la reforma de 2007 de ese pasaje legal, ha de entenderse también efectuada a los números 3 y 4 números.

7.2. Los deberes de discreción y de no divulgación externa de la documentación entregada

18. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2007, el art. 65 ET se estructuraba en dos apartados. De un lado, el contenido normativo del primero resultaba en todo coincidente con el del actual número 1; de otro, el apartado segundo regulaba los deberes hoy objeto de ordenación por los números 2 y 3, párrafo primero. Por formular la anterior aseveración en otros términos, la reforma legislativa de 2007 procedió, de una parte, a dotar de autonomía sustantiva a las dos reglas hasta entonces reguladas de modo conjunto en el art. 64.2, tratándolas de manera diferenciada: en el número 2 del art. 65 el deber de sigilo profesional y en el número 3, párrafo primero, de ese mismo precepto el deber de no divulgación externa de los documentos. Y, de otra, modificó los ámbitos de aplicación del primero de esos deberes, del de sigilo, introduciendo adicionalmente, con carácter de novedad, dos nuevas reglas: la de apartado segundo del art. 65.3, relativa al mantenimiento de la vigencia del deber de sigilo una vez expirado el mandato representativo, y la del art. 65.4, referente al derecho del empresario a reservarse determinada información.

Se acaba de señalar que la reforma de 2007 alteró los ámbitos de imputación normativa del actual art. 65.2 ET; en concreto, alteró tanto el ámbito subjetivo como el objetivo. Comenzando el estudio por las mutaciones del primer tipo, el antiguo texto legal limitaba la vigencia del deber de sigilo profesional a los representantes de los órganos electivos del personal. Así se deducía de la mera lectura del precepto a examen, que rezaba del tenor literal siguiente: “los miembros del comité de empresa, y éste en su conjunto, observarán sigilo profesional (...)”. Con vistas a la correcta transposición de la dicción del art. 6.1 de la Directiva 2002/14/CE, el vigente art. 65.2 ET ha ampliado el catálogo de los sujetos afectados por el deber de sigilo, que no son ya solo los representantes unitarios de los trabajadores sino, además, “los expertos que les asistan”. También a ellos alcanza el deber de discreción o de

uso prudente de las informaciones que le hubieran sido facilitadas por el empresario.

Con anterioridad a dicha reforma, el primer inciso del art. 65.2 ET establecía, de un lado, el denominado “contenido mínimo” de la obligación de sigilo (BOZA PRO 1997, 266), compuesto por la totalidad de las informaciones mencionadas de manera expresa en los párrafos 1º a 5º del art. 64.1. Pero, de otro, contemplaba la posibilidad de que el sigilo fuera ampliado a aquellas otras materias calificadas por la dirección de la empresa como reservadas. En otro orden de consideraciones y pese a que el reseñado pasaje legal no enunciaba requisito alguno en relación con las informaciones sujetas a reserva por decisión empresarial, la doctrina científica entendió, de manera prácticamente unánime, que la ampliación del ámbito objetivo del deber de reserva requería una causa habilitante, un principio de objetividad. La calificación como información reservada había de quedar sujeta así a la concurrencia de un motivo justificado, expresado a través de un eventual perjuicio empresarial de relevancia.

La reforma del texto estatutario de 2007 ha venido a modificar, y en términos no menores, la anterior regulación de la obligación de sigilo profesional. Por lo pronto, el vigente art. 65.2 ET ha eliminado del ámbito objetivo de esta obligación el listado de materias constitutivas del contenido mínimo o contenido imperativo, de modo que, en la actualidad, las informaciones sometidas a la disciplina de esa obligación son única y exclusivamente las que el empresario haya decidido identificar como reservadas. Pero en segundo lugar, la legislación vigente somete a una doble exigencia la facultad empresarial de calificación de una información como información reservada y, por consiguiente, sujeta al deber de sigilo profesional.

Mediante la primera exigencia, de carácter material, el texto legal condiciona la citada facultad a la concurrencia de un “legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro del trabajo”. Dando de lado el mimetismo gramatical en que incurre el precepto legal respecto de la dicción empleada por el art. 6.1 de la norma comunitaria, la finalidad de esta exigencia es evidente: al objetivar el ejercicio de esta facultad, se cierra el paso a decisiones no razonables o arbitrarias, privadas de causa justificativa y debidas, en última instancia, al simple arbitrio del empresario. Factura jurídica bien distinta tiene el segundo requisito, que actúa ahora en un plano formal o procedimental. De conformidad con lo que dispone el pasaje legal a examen, la información afectada por el deber de sigilo profesional debe de haber sido calificada de manera expresa como reservada por el empresario. La expresión legalmente utilizada (haber sido “*expresamente comunicada con carácter reservado*”) ha de ser interpretada en un sentido estricto, incompatible con una inteligencia permisiva que transmutase dicho requisito en comunicación implícita o tácita. Por lo demás, las vías de la comunicación expresa pueden ser diversas, no cerrándose en torno a la forma escrita o, enunciada la idea en otros términos, debiendo estimarse como válida la comunicación verbal del carácter reservado de los hechos o noticias puestos en conocimiento de los representantes de los trabajadores y de los expertos que les asesoren. Por lo demás, una y esta exigencia han de ser interpretadas en un sentido acorde a la doctrina

constitucional. En tal sentido y en lo que concierne al requisito objetivo, la motivación que puede amparar la calificación empresarial de información reservada es la producción de un “daño efectivo y suficiente, no deducido de forma meramente presuntiva”, reconducible, en última instancia, a la noción “información perjudicial” para la empresa manejada por la Recomendación 129 de la OIT (STC 213/2002, de 11-11, FJ 11). De otro y en lo atinente a la exigencia formal, no puede aceptarse la existencia de una presunción general de deber de sigilo sobre los documentos empresariales obtenidos por conductos no oficiales a los que la empresa no haya calificado de modo expreso su carácter reservado (STC 6/1988, de 15-10, FJ 6 y 213/2002, FJ 10)

En otro orden de consideraciones y a diferencia de lo acontecido con el deber de sigilo en sentido estricto, la obligación de no divulgación *ad extra* de los documentos entregados por la empresa no ha experimentado cambio alguno a resultas de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2007. El vigente párrafo primero del art. 65.3 ET reproduce, en su más estricta literalidad, los términos establecidos en el segundo inciso del art. 65.2, siendo evidente que la presente regla no es aplicable a los supuestos de difusión interna; es decir, a la divulgación de dichos documentos a los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo. En relación con ellos, podrá activarse, concurriendo los requisitos legales, el deber de discreción o uso moderado de la información; pero no regirá la obligación de no divulgación externa.

Con anterioridad a la tan citada reforma de 2007, el primer inciso del art. 65.2 ET estatúa una regla sobre la vigencia temporal del deber de sigilo, aplicable a los miembros del comité incluso “después de dejar de pertenecer” a dicho órgano. En la nueva versión, el enunciado de la regla ha mejorado su sistemática interna, aun cuando no ha ganado en claridad expositiva. De conformidad, en efecto, con el segundo inciso del art. 65.3 del texto estatutario, “el deber de sigilo subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se encuentren”. Intentando superar la opacidad gramatical, debida una vez más al mimetismo de nuestro legislador en la tarea de transposición de la norma comunitaria, el reseñado pasaje legal no establece en principio limitaciones temporales al de uso prudente de las informaciones facilitadas, que se extiende más allá de la duración del mandato representativo e, incluso, de la vigencia del contrato de trabajo, que actúa como presupuesto de hecho de ese mandato. Ello expuesto y desde una perspectiva material, no vinculada a la continuidad o no de la función representativa y de la propia relación contractual, el deber de confidencialidad ha de entenderse automáticamente decaído al perder la correspondiente información el carácter reservado; es decir, por no ser la información expresiva de un legítimo y objetivo interés empresarial, cuyo conocimiento pudiera causar un perjuicio real y efectivo.

7.3. El derecho del empresario a reservarse información

19. En la dicción originaria del art. 65 del ET, la de 1980, el ámbito objetivo del deber de confidencialidad quedaba limitado a los ya analizados

deberes de uso moderado de la información y de prohibición de divulgación externa de la documentación recibida. Al margen de sus diferencias funcionales, una y otra manifestación de aquél deber no venían a consagrar en nuestro sistema jurídico expresiones de una “ley del silencio” en virtud de las cuales el empresario pudiera quedar liberado de suministrar a los representantes de los trabajadores informaciones atinentes a la marcha de la empresa o estos últimos tuvieran vedado poner en conocimiento de sus representados los hechos y noticias enterados. En suma y como ya fue razonado, el deber de sigilo ex art. 65.2 ET ni establecía un deber de los representantes de guardar secreto ni, menos aún, confería a los empleadores un derecho a reservarse información.

Este contexto normativo experimentará un importante cambio con motivo de la transposición de la tan citada Directiva 2002/14/CE, cuyo art. 6.2 autoriza a los Estados miembros a que, “en casos específicos y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales”, el empresario no venga obligado a facilitar información o a proceder a consultas “que, por su propia naturaleza, pudieran según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles”. El nuevo art. 65.4 ET procederá a transponer esta previsión, que atribuye al empresario una facultad de silenciar determinadas informaciones calificadas como secretas y, por consiguiente, amplía el hasta entonces contenido ámbito objetivo del deber de sigilo.

Este derecho “al silencio” no entra en diálogo con el ejercicio ni del deber de sigilo en sentido estricto ni de la prohibición de difusión externa establecidos en los números 2 y 3 del art. 65 del texto estatutario; su finalidad es instaurar un verdadero derecho al secreto que viene a excepcionar el régimen general del derecho de información de los representantes de los trabajadores ex art. 64 ET. No obstante y conforme se infiere de la dicción empleada, el derecho que el art. 65.4 ET confiere al empresario a reservarse la facilitación de ciertas informaciones se define como una norma excepcional y no como mero norma limitativa de aquél derecho. Habida cuenta de esta naturaleza, la regla no consiente interpretaciones expansivas (MOLINA NAVARRETE 2008, 45); muy antes al contrario, ha de ser interpretada en un sentido estricto y riguroso.

Siguiendo el mandato contenido en la norma comunitaria, el art. 65.4 ET ha procedido a enunciar tanto los supuestos de hecho como las condiciones y los límites que han de concurrir para la activación de la excepción al derecho a la entrega de información del que, con carácter general, disponen los representantes de los trabajadores. En tal sentido, el derecho al silencio solamente puede ejercitarse respecto de las informaciones específicas “relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales” (supuesto de hecho), siempre y cuando su divulgación pueda, según criterios objetivos, “obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”. De una interpretación sistemática del precepto a examen, se deduce que para la regularidad jurídica del ejercicio por el empresario del derecho a reservarse ciertas informaciones no basta la mera calificación de la información como constitutiva de secretos industriales, financieros o comerciales; es preciso,

adicionalmente y en todo caso, que su divulgación lleve aparejada una de estas dos consecuencias: dificulte el funcionamiento ordinario de la organización productiva o produzca un daño a su “estabilidad económica”, daño éste que ha de calificarse como grave.

Por lo demás, y no es lo de menos, el párrafo segundo del art. 65.4 ET establece una excepción a la excepción formulada en el párrafo primero. Aquellos datos, en efecto, “*que tengan relación con el volumen de empleo*” no podrán amparar el ejercicio del derecho a guardar secreto; es decir, no podrán ser incorporados a los secretos industriales, financieros o económicos. O enunciada la idea en otros términos, la información sobre el volumen de empleo y, en su caso, la consulta sobre las medidas empresariales destinadas a incidir en la dimensión cuantitativa del empleo están sujetos al régimen general previsto en el art. 64 ET y, en su caso, en el art. 65. 2 y 3, sin que pueda jugar en modo alguno, en relación con tales hechos y datos, el tan citado derecho al silencio.

CCNCC

CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO ESPECIAL DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SISTEMA ESPAÑOL (I): MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

1. Preliminares

Enfrentarse al estudio de la normativa específica sobre los derechos de participación en el actual sistema de relaciones laborales es una tarea que reviste indudablemente una complejidad manifiesta por el conjunto de intereses implicados, pero que tiene una gran importancia teórica-práctica para conocer el verdadero y genuino alcance que tienen las representaciones de los trabajadores en los procesos de reestructuración, que se ve realzado por el contexto histórico en el que se realiza el análisis. En efecto, hasta la reforma de 2010, los derechos de información y consulta que se regulaban en las distintas medidas que se pueden acometer en los procesos de reestructuración empresarial habían gozado, con la excepción de la transmisión de empresa, de una sustancial estabilidad normativa. Las distintas reglas estatutarias que reglamentaban dichos derechos habían permanecido inmutables a lo largo del tiempo, gozando de criterios ya consolidados en torno a su aplicación práctica, que permitían realizar una valoración de conjunto, apreciando sus rasgos positivos, pero también sus limitaciones.

En particular, la ordenación estatutaria relativa a los derechos colectivos en el ámbito de las vicisitudes contractuales, así como en el despido económico en toda su amplitud, habían permanecido, a los efectos que ahora interesa, ciertamente estables en su disciplina, jugando seguramente en una panorámica de conjunto el papel protagonista, los derechos de consulta promovidos en los antiguos expedientes de regulación de empleo. En dicho escenario negocial, las representaciones de los trabajadores habían logrado asumir una participación decisiva, al igual que en el campo del descuelgue convencional que, -mucho más limitado en su campo de actuación que en el sistema actual-, se hacía depender la suerte y destino de la inaplicación convencional del logro del acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores. Al margen de esa dualidad de campos, donde las representaciones de los trabajadores habían ostentado una intervención esencial en el sistema español de relaciones laborales, en el resto de las medidas de reestructuración, su función era de carácter más modesto, combinando los derechos más débiles de participación (información), con el derecho de consulta que en todo caso no resultaba determinante para la adopción de la decisión empresarial.

Pues bien, llegados a este punto en donde los rasgos básicos del modelo estaban perfectamente identificados, se produce una auténtica revolución normativa en los derechos de participación colectiva, por obra primero de la reforma 2010, de la mano del RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 y con posterioridad, y seguramente, de forma más decisiva en el cambio del modelo, por obra de la reforma de 2012, con la aprobación primero del RDL 3/2012, y con posterioridad con la Ley 3/2012. Ambas reformas van a afectar a todas y cada una de las medidas que pueden integrar un proceso de reestructuración empresarial, siendo sus modificaciones de carácter sustancial, repercutiendo

de forma clara y directa en los derechos de información y consulta, ahora objeto de estudio. De este modo, se alteran las reglas de juego en el ámbito de la movilidad funcional [arts. 22 y 39 ET], movilidad geográfica [art. 40 ET], modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo [art. 41 ET], reducción de jornada y suspensión de contrato de trabajo por causas empresariales [art. 47 ET], inaplicación del convenio colectivo [art. 82.3 ET] y despido colectivo [art. 51 ET]. Quedan extramuros de estas reformas, los derechos de información y consulta que se despliegan, cuando se produce el cambio en la posición empresarial [art. 44 ET]. No obstante, de forma indirecta, la ordenación estatutaria se ve afectada por las profundas modificaciones que se han producido en el campo del Derecho de Sociedades en los últimos años, en muchos casos por exigencias comunitarias, y de otro, tienen impacto directo en su regulación el cambio normativo producido en relación a las medidas laborales que se pueden adoptar con ocasión de una transmisión de empresa. En suma, su disciplina requiere asimismo de una nueva mirada de acuerdo a la transformación producida en el sistema de relaciones laborales en los procesos de reestructuración empresarial.

En cualquier caso, y como se verá con detalle en cada caso, los derechos de información y consulta en los instrumentos de reestructuración empresarial se han visto alterados en todos sus elementos. Se han modificado en su dimensión subjetiva, habiéndose introducido novedades de importante calado en los sujetos susceptibles de ser reconocidos como titulares del derecho de consulta, así como en los posibles ámbitos de negociación, sin llegar a incidir en el polo empresarial, como hubiera sido deseable. De otro lado, las reformas han afectado de forma crucial al ámbito objetivo a que alcanzan los derechos de participación, reduciendo en algunos casos su campo de actuación y en otros ampliando su intervención; igualmente, se ha alterado el factor temporal para materializar estos derechos pretendiendo agilizar los procedimientos de participación colectiva, restringiendo en algunos casos las garantías en *pro* de la rapidez de forma poco recomendable. Finalmente, se han enriquecido las vías de terminación de estos procesos, potenciando de forma, incluso, a veces desmedida los procesos extrajudiciales de solución de conflictos frente a los bloqueos de la negociación, modificándose en profundidad el control judicial que se puede llevar a cabo de estas medidas.

Todo lo anterior, simplemente, constituye un mero apunte de la trascendencia del cambio que han tenido las reformas en los derechos de participación colectiva, que me atrevo a afirmar han supuesto un cambio de envergadura en el modelo de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración permanente a los que se ven sometidos las empresas, y que se van a proceder a desvelar en sus rasgos esenciales en los dos próximos capítulos.

Por último, como se ha expuesto, en dicho estudio se encuentran implicados una importante diversidad de normas que comparten en muchos casos rasgos comunes que pueden conducir a análisis reiterados en algunos de sus elementos. Consecuentemente, se ha decidido para evitar repeticiones inútiles desbrozar el estudio en tres grandes bloques que comparten entre sí denominadores comunes pero también diferencias relevantes. De este modo,

por una parte, se inicia el estudio con los derechos de información y consulta en el marco de las medidas de flexibilidad interna, se prosigue con el examen de las medidas que, con anterioridad a la última reforma, integraban los procedimientos de regulación de empleo, para concluir con los derechos de participación que han de desarrollarse en el ámbito de la transmisión de empresa.

2. Derechos de información en las medidas de flexibilidad interna

Uno de los objetivos prioritarios de la reforma de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, junto con la más reciente de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha sido la potenciación de las acciones que configuran las medidas de flexibilidad interna con el propósito principal de frenar la destrucción de empleo que se está produciendo de manera incesante en la grave crisis económica que padece nuestro país. De este modo, se trata de impulsar las acciones que permiten la adaptación de las condiciones de trabajo en función de las cambiantes circunstancias por las que atraviesa la empresa con el fin de mantener el empleo, en lugar de recurrir sistemáticamente a los mecanismos de flexibilidad de salida, relativos a la utilización excesiva y abusiva del trabajo temporal, así como al recurso del despido conocido, como despido “express”. Desde esta perspectiva, y como ya hemos tenido ocasión de advertir, se va reformar en profundidad el régimen jurídico de todo el conjunto de instrumentos legales puestos al servicio de las empresas para facilitar las medidas de flexibilidad interna.

Desde luego, ahora no es el momento de analizar dichas reformas en su plenitud, sino que a los efectos del objeto de este estudio, nos centraremos en este apartado en desvelar el alcance y contenido de los derechos de información y consulta en las medidas que actualmente permiten la modificación de las condiciones de trabajo. En este sentido, lo primero que se ha de identificar son las concretas medidas que llenan de contenido la noción de flexibilidad interna [Vid. sobre la juridificación de la noción, VALDES DAL-RE, F. 2011, 1-9]. En concreto, tradicionalmente se han adscrito a dicha catalogación jurídica los cambios funcionales o la denominada movilidad funcional [arts. 22 y 39 ET], la movilidad geográfica [art. 40 ET], la modificación sustancial de condiciones de trabajo [art. 41 ET], y la reducción de jornada y suspensión de contrato por causas empresariales [art. 47 ET]. Recientemente, se ha de incorporar también dentro del concepto a la figura del descuelgue convencional [art. 82.3 ET], que fruto de la reforma de 2012 se ha separado dentro del articulado del ET de la norma que históricamente la había contenido en su ordenación [antiguo art. 41 ET]. La modificación del convenio colectivo, salvo el descuelgue salarial, había estado integrada desde que se posibilita en el seno del régimen legal de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, como una modalidad específica, con sus peculiaridades, pero impregnada de su sistemática ordenadora [Vid. sobre dicha disciplina VALDEOLIVAS GARCIA, Y. 1996].

A la vista del conjunto de la integridad de estos preceptos, se extrae la inequívoca conclusión que dicho concepto progresivamente en el tiempo ha ido adquiriendo una amplitud difícilmente reconducible a una unidad conceptual; no obstante, el diseño normativo de todo este conjunto de instrumentos legales comparte rasgos comunes hasta el punto, incluso, de poder hacer referencia de un derecho común de la flexibilidad interna [VALDES DAL-RE,F., 2012, 1-20]. Ahora bien, si centramos nuestro punto de mira en los derechos de información y consulta, parece claro por sus similitudes y diferencias, separar para su estudio las reglas relativas a la movilidad funcional, y por otro las de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue convencional, integrando en un último bloque diferenciado la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato con el despido colectivo, por su intensa conexión en el marco de los derechos de representación colectiva. En efecto, todos estos mecanismos de reestructuración comparten denominadores comunes, como son los relativos a la titularidad de los derechos de información y consulta y a muchas de las reglas que guían la consulta, pero, a nuestro juicio, por su propia especificidad requieren un estudio separado en cada caso.

2.1. Los dispares derechos de información y consulta ante los cambios funcionales

1. Sobre la reforma de las reglas de movilidad funcional ha incidido fundamentalmente el diseño del propio sistema de clasificación profesional, que a partir de la reforma 2012, y al margen del período transitorio para su aplicación [Disp. Adicional Novena Ley 3/2012], se debe estructurar en régimen de exclusividad sobre el concepto de grupo profesional, desterrando la noción de categoría profesional [art. 22 ET]. De esta forma, se trata de superar definitivamente la rigidez de dicho elemento clasificatorio con el fin de facilitar la movilidad funcional ordinaria en un sistema de clasificación por grupos profesionales que resulta un mecanismo de cambio de funciones más viable y eficaz. Se pretende que la negociación colectiva de forma ya imperativa se decante de una vez por todas por los sistemas de clasificación por grupos por los que ya apostó la reforma de 1994 y que hasta la fecha no había conseguido calar con la contundencia deseable en los convenios colectivos. Durante un prolongado período de tiempo dicha facilitación se trató de posibilitar a través de la noción de categoría equivalente, pero con la reforma de 2012 se pretende asentar de forma definitiva los sistemas de clasificación por grupos profesionales a través de la aprobación de una norma de carácter imperativo.

Como se sabe, los cambios funcionales que integran la denominada movilidad funcional ordinaria o, lo que es lo mismo, en el seno del grupo profesional, por su horizontalidad, no exigen ni exigencia causal, ni temporal, no requiriéndose que dichos cambios sean comunicados a la representación de los trabajadores. O dicho de otra forma, al no haber variación en la clasificación profesional del asalariado, los representantes de los trabajadores no son titulares de derecho de información alguno, puesto que dichas decisiones entrarían dentro del ejercicio ordinario del poder de dirección y organización empresarial [art. 20.1 ET], con las limitaciones eso sí que para cualquier cambio de funciones exige la Ley. Desde esta perspectiva, la movilidad

funcional en la empresa se ha de efectuar en todo caso de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador [art. 39.1 ET].

Los derechos de información cobran trascendencia, cuando el cambio se produce fuera del grupo profesional. Frente a dicha movilidad funcional extraordinaria, el empresario, siempre y en todo caso, debe comunicar su decisión, no sólo a los trabajadores afectados, sino que conforme prescribe la nueva regla estatutaria “deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores” [art. 39.2 ET]. A este respecto, la norma ha sufrido dos variaciones fundamentales, puesto con la legislación anterior el deber de información solamente se activaba cuando se trataba de cambios a funciones inferiores; con la disciplina actual se ha de comunicar el cambio con independencia de que la movilidad funcional se produzca a funciones superiores, como inferiores. En cualquier supuesto en que la decisión del empresario suponga un cambio que implique la realización por parte del trabajador funciones que no correspondan a su grupo profesional la representación de los trabajadores deberá ser informada por el empresario. A estos efectos, al igual que con respecto a los requisitos o condiciones que implica su puesta en práctica, la nueva norma estatutaria unifica el tratamiento entre ambas movilidades.

En este sentido, como se sabe, la regla estatutaria ha dejado de exigir el plus causal que ha requerido tradicionalmente en el ordenamiento laboral la movilidad a funciones inferiores, restringiendo el poder de dirección empresarial, cuando afecta a dicho ámbito. Desde esta perspectiva, desde la reforma de 2012 ambos cambios, ya sean a funciones superiores, como inferiores, requieren la presencia de razones técnicas u organizativas que los justifiquen, sin que ya se exija para el cambio a funciones inferiores, una necesidad perentoria o imprevisible. Se ha producido la unificación causal en el marco de la movilidad funcional extraordinaria, sin tener en consideración el mayor perjuicio que se le produce al trabajador, cuando es destinatario de una orden que le lleva a tener que cumplir funciones inferiores, a las que le corresponden por su clasificación profesional. De otro lado, y como rasgo típico de la movilidad funcional, ambos cambios deberán revestir la nota de la temporalidad, permitiendo el cambio “por el tiempo imprescindible para su atención” [art. 39.2 ET].

Con respecto al alcance del derecho de información que en este supuesto se exige, pese a que la Ley es parca en la regulación de su contenido, hay una previsión que deja bien clara, y es que el empresario no sólo ha de comunicar a la representación la concreta decisión del cambio a funciones al margen del grupo profesional, sino que ha de comunicar las “razones” de dicha decisión. O lo que es lo mismo, en dicha comunicación deberá expresar las concretas razones técnicas u organizativas que le conducen a adoptar dicha decisión empresarial. En este sentido, y pese a la indeterminación normativa sobre el alcance de esta tipología de causas, el empresario deberá respaldar su decisión en base a hechos concretos y precisos que expliquen las razones que legitiman su decisión que podrán estar vinculadas a causas de naturaleza técnica u organizativa. Indudablemente, su vaga referencia ha conducido a que

tradicionalmente se conciba que para esta clase de modificación se requiere una exigencia empresarial de menor entidad que cuando el cambio afecta en otras condiciones de trabajo.

Desde esta perspectiva, no se puede obviar que también deberá haber una correlación entre la causa invocada y la temporalidad prevista para el cambio, puesto que dicha última condición resulta esencial para la regularidad de los cambios funcionales extraordinarios. O dicho de otra forma, la movilidad funcional fuera de grupo profesional no es compatible con un cambio de naturaleza permanente. Consecuentemente, entre ambos elementos –causal y temporal- deberá haber una conexión de funcionalidad que los justifique que conducirá a considerar que el cambio es válido.

Al margen de dicha exigencia legal, la regla estatutaria no establece mayor especificación sobre este derecho de información. Por tanto, en relación a los *titulares* del derecho de información identificados, sin más, como “representantes de los trabajadores” [art. 39.2 ET], se integrará el doble canal de representación que distingue la titularidad de estos derechos sin particularidad alguna. En suma, tanto los representantes unitarios, como los sindicales, tendrán atribuida la titularidad de los derechos de información, cuando se produzca un cambio de funciones extramuros del grupo profesional, siendo los competentes los constituidos en el centro de trabajo al que pertenezca el trabajador afectado.

Con respecto al *momento* en que se ha de comunicar dicha decisión empresarial, pese a que la norma de referencia no establece previsión alguna, se ha de entender que dicha decisión deberá ser simultánea a la comunicación empresarial al propio trabajador susceptible de la decisión, con el fin de que la representación de los trabajadores pueda comprobar la adecuación de los requisitos que exige la movilidad funcional extraordinaria. No obstante, con el fin de evitar dudas interpretativas acerca de dicha cuestión hubiera sido deseable que, tal y como sucede con el resto de medidas de flexibilidad interna, se hubiera precisado por la norma la secuencia temporal en que se ha de llevar a efecto dicha comunicación empresarial. A este respecto, se habrá de tener en cuenta que el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción administrativa grave que implica la posibilidad de una sanción administrativa [art. 7.7 LISOS], pero no invalidará la decisión empresarial adoptada que de ningún modo podrá ser anulada o resultar ineficaz [CRUZ VILLALON, J., 2012, 330]

2. De otro lado, la actividad representativa no finaliza aquí, sino que el ET prevé una acción más incisiva de los representantes, cuando el trabajador pretende plantear una demanda de ascenso o, en su defecto de cobertura de vacante, al haber traspasado los límites temporales que prescribe el legislador para realizar funciones superiores [art. 39.2 ET]. Como se sabe, la norma legal establece un plazo de seis meses en un año o de ocho meses en dos años consecutivos; períodos que podrán ser variados por la negociación colectiva. Ahora bien, frente a dicha anomalía en el ejercicio de la movilidad funcional, la norma legal prevé que el trabajador deberá reclamar la clasificación adecuada

al empresario y en caso de su negativa, deberá solicitar *informe* a la representación unitaria de los trabajadores.

El cumplimiento de este específico deber de consulta se erige en un requisito procesal preceptivo para plantear la demanda de clasificación profesional prevista en el artículo 137 LRJS y, en su caso, la de diferencias retributivas que hubieran podido generarse. En este sentido, la Ley procesal es clara y exige como requisito para la admisión de la demanda el informe emitido por la representación unitaria, que deberá versar sobre las funciones superiores alegadas y la correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación aplicable [art. 137.1 LRJS]. En este caso, el deber de emitir informe por parte de los representantes unitarios, manifestación concreta del *derecho clásico de consulta*, se establece con un plazo taxativo con el objetivo adicional de que su omisión no pueda paralizar la interposición de la demanda. Ahora bien, la particularidad es que quien solicita dicho informe no es el empresario, sino el trabajador que pretende demandar: dicho asalariado cumplirá con la mera solicitud de informe a la representación de los trabajadores que tendrán un plazo de quince días para contestar. En el caso de que estos órganos no elaboren dicho informe, el asalariado ya podrá presentar su demanda, bastándole con acreditar que lo solicitó.

En dicha hipótesis, el ejercicio del derecho de consulta por parte de la representación de los trabajadores no tiene como objeto influir en la decisión que pretenda adoptar el empresario y por ello no se articula, como suele ser habitual con carácter previo, sino que su función es sustancialmente distinta. En este supuesto, la emisión de dicho informe se erige en un medio de prueba esencial en la modalidad procesal de clasificación profesional con un objetivo muy limitado, consistente en que la representación dictamine si la realización de las funciones que realiza el trabajador corresponden a un grupo profesional de funciones superiores al que formalmente se encuentra adscrito. En suma, el derecho de consulta se separa de su función tradicional, puesto que pretende colaborar en la aportación de la prueba que determinará, finalmente, si al trabajador le corresponde o no una clasificación profesional superior dentro del sistema aplicable.

3. Por último, con respecto a los eventuales cambios funcionales queda la posibilidad de los que se lleven a cabo al margen de las reglas de movilidad analizadas; dicho supuesto merece por lo común la consideración de una modificación sustancial de condiciones de trabajo [art. 41.1 f) ET]. En consecuencia, la regla estatutaria prevé una triple alternativa para llevar a cabo el cambio: bien por el mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, bien a través del procedimiento legalmente previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, o bien por el se hubiera establecido en el convenio colectivo de aplicación [art. 39.5 ET]. En cualquier caso, con respecto a la aplicación de las reglas de modificación sustancial de condiciones de trabajo nos remitimos al apartado correspondiente. Solamente queda indicar que en caso de que la modificación sustancial de funciones se lleve a cabo a través del mutuo acuerdo de las partes del contrato, al resultar una condición esencial del contrato de trabajo la que resulta modificada, se entenderá que deberán ser informadas las representaciones de los trabajadores de tales

cambios por aplicación de la norma general [art. 64.5 ET]. A este respecto, no tiene sentido que un cambio temporal de funciones haya de ser comunicado a la representación de los trabajadores de forma preceptiva y por el contrario, un cambio definitivo no sea susceptible de información, no sólo para verificar la legalidad del mismo, sino incluso los derechos de terceros a dicha asignación pactada de mutuo acuerdo*.

Finalmente, y en el concreto marco de un *proceso de reestructuración empresarial*, el nuevo reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada prevé, al igual que el anterior, que entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán contemplar, entre otras, medidas de “Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 ET” [art. 8.1 b) RD 1483/2012], así como “La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte” [art. 8. 1 a) RD 1483/2012]. Las primeras hacen referencia a las reglas más arriba indicadas, remitiendo la disposición reglamentaria a sus reglas ordenadoras [art. 39 ET], y las segundas pueden implicar, dado el término utilizado de “recolocación interna” si se produce en la misma empresa, medidas de cambio de puesto de trabajo o, incluso, de clasificación profesional que en todo caso parecen presuponer un carácter definitivo y, por tanto, y siempre que se trate dentro de la misma empresa dichos cambios podrán implicar una modificación sustancial de condiciones de trabajo*.

En cualquier caso, es preciso hacer notar que dichas medidas formarán parte de la negociación que se lleva a cabo dentro del período de consultas que se ha de desarrollar en el marco de un procedimiento de despido colectivo. Desde esta perspectiva, su enfoque se ve alterado respecto al régimen ordinario o general de la movilidad funcional, puesto que en esta hipótesis la movilidad se articula como medida que pretende atenuar las consecuencias del despido colectivo o, lo que es lo mismo, se concibe como una *medida social de acompañamiento*. En suma, la norma reglamentaria, al igual que sucedía con la anterior [plan social de acompañamiento RD 801/2011], concibe a la movilidad funcional de los trabajadores, como una medida que se adopta con el fin de evitar o reducir los despidos colectivos que se pretenden llevar a efecto. Por tanto, y a diferencia del régimen común, frente a dicha medida los representantes de los trabajadores no sólo van a ser titulares del derecho de información, sino que van a ser titulares de la consulta-negociación que se desarrolla para la adopción del despido colectivo. En definitiva, dichos cambios pueden formar parte de los contenidos de la negociación para la adopción de un despido colectivo, asumiendo las acciones de cambio funcional o de recolocación dentro del marco de la empresa, la naturaleza de medidas a negociar para mitigar los efectos del despido colectivo. De esta forma, los cambios de puesto de trabajo o, incluso, de clasificación profesional de los trabajadores pueden ser negociados como medida que reduzca el número de despidos propuestos por la empresa. Por tanto, su enfoque cambia radicalmente, al concebirse como una medida de freno o alternativa al despido de los trabajadores y no, como una facultad dentro del poder de dirección y organización empresarial en un contexto de normalidad productiva.

En conclusión, a través de esta vía y al estar inmersa la movilidad funcional dentro de un proceso de reestructuración empresarial, los derechos de participación de la representación de los trabajadores se ven incrementados, pero a contrario de lo que se pudiera pensar, su mayor intervención se producirá para facilitar su puesta en práctica si con ello se logra reducir las extinciones de contrato; todo ello, sin perjuicio de que en su articulación se deban tener en cuenta los requisitos causales y temporales que prescribe la Ley para considerar que la medida esta validamente adoptada, que no se puede obviar quedarán reelaborados, al impregnarse de los exigidos en el proceso de despido colectivo que se esta llevando a cabo.

2.2. Reglas comunes de los derechos de información en la movilidad geográfica y en la modificación sustancial de condiciones de trabajo

Los preceptos relativos a las movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo [arts. 40 y 41 ET] han sido sustancialmente modificados, primero por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, introduciendo previsiones esenciales que afectan a los derechos de información y consulta, en su titularidad, así como en el propio desarrollo del período de consultas, y más recientemente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que ha vuelto a incidir en el propio alcance de las medidas que han de ser susceptibles de este derecho. No obstante, ambas reglas estatutarias en una tónica que resulta ya una tradición histórica en la legislación laboral caminan de forma paralela, compartiendo en este terreno, al igual que en otros distintos, rasgos comunes en su régimen jurídico.

2.2.1. Alcance de los derechos de información frente a los cambios de lugar de prestación de servicios

Ha resultado tradicional en la ordenación normativa de ambas vicisitudes contractuales que la participación de la representación de los trabajadores se graduara en función de la calificación de la medida como individual o colectiva. Desde esta perspectiva, las acciones calificadas como individuales eran susceptibles de derecho de información; por el contrario, las medidas que merecían la consideración de colectivas debían ser objeto de negociación en el período de consultas. No obstante, antes de concretar el alcance de ambos derechos vamos a proceder a identificar el significado de dicha nociones, al haber sufrido importantes modificaciones que condicionan el ámbito objetivo de imputación de los derechos de participación de las representaciones colectivas. En particular, en la última reforma de 2012 se han producido unos cambios de vital trascendencia en la delimitación del criterio de distinción entre lo individual y lo colectivo en el marco de las modificaciones sustanciales de condiciones que hacen que sea preciso detenernos a aclarar su alcance*.

En el marco de la *movilidad geográfica*, la regla especial del artículo 40.1 ET prevé que la decisión del traslado individual deberá ser susceptible de notificación, no sólo a cada uno de los trabajadores afectados, sino también a sus representantes. Por tanto, las decisiones empresariales que impliquen un

cambio de centro de trabajo distinto de la misma empresa, que exija cambio de residencia, resulta claro que deberá ser objeto del derecho de información previsto por la regla estatutaria. Como se sabe, dicha calificación excede con mucho el cambio de centro que afecta a un sólo trabajador, sino que se califica como tal, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste no ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo en un *período de noventa días* comprenda un número de trabajadores que no alcance a las siguientes cifras: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa, en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores [art. 40.2 ET].

Consecuentemente, a la vista de la aplicación de la escala el traslado podrá ser considerado individual, pese a que afecte a una pluralidad de trabajadores, siempre que no alcance los umbrales numéricos que dispone la Ley, fijándose como obligación empresarial la de informar a la representación de los trabajadores. Por tanto, dichos traslados que pueden en hipótesis afectar a un importante número de trabajadores sólo deberán ser objeto del derecho de información prescrito por la regla estatutaria, siendo excluidos del derecho de consulta, al haber reservado su ejercicio sólo a los traslados calificados como colectivos.

Integrado el alcance de los derechos de información por dicha noción con claridad; por el contrario, llama la atención como cuando se trata de la figura del *desplazamiento* que se distingue de la anterior fundamentalmente por la duración del cambio, la regla legal específica no establezca participación alguna de la representación de los trabajadores, al ordenar un régimen común, sea cual sea el número de afectados [art. 40.4 ET]. O dicho de forma taxativa, la norma estatutaria especial no conoce la calificación de desplazamiento colectivo, fijando una única reglamentación que ordena un procedimiento realmente simple para la adopción de la decisión del desplazamiento, con independencia de que sea uno el trabajador afectado o cien los afectados por dicha decisión empresarial. En particular, dicha norma establece que el trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborales en el caso de desplazamiento de duración superior a tres meses [art. 40.4 ET], fijando todo un conjunto de garantías compensatorias para el asalariado en esta última clase de desplazamientos. Ahora bien, la participación de la representación de los trabajadores no se encuentra prevista en ningún lugar de la disciplina legal, contemplándose en lógica coherencia sólo una posibilidad de impugnación judicial de carácter individual frente a la orden de desplazamiento a los trabajadores afectados.

Al margen de dicha regulación específica, se suscita la duda sobre la aplicación del mandato general contenido en el artículo 64.5 ET, cuando se establece el derecho de las representaciones unitarias a ser informadas y consultadas “sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa”. A nuestro juicio, uno de los cambios más relevantes

que se pueden producir en un contrato de trabajo es el que afecta al lugar de prestación de servicios con tal entidad, que le exige al trabajador el cambio de residencia. De este modo, la naturaleza provisional o temporal del cambio no desvirtúa dicha calificación; en particular, si la movilidad se produce o afecta a un número tal de trabajadores, tanto en el centro de trabajo de origen, como en el destino, que sin duda va alterar la propia organización del trabajo. Desde esta perspectiva, se ha de considerar que la regla especial en este supuesto ha de ser necesariamente completada con la disciplina general, en tanto no parece posible rebatir que una decisión de desplazamiento que incida en un grupo de trabajadores no sea un cambio relevante para la organización del trabajo y de los contratos de trabajo, tanto en el centro de trabajo en el que se ven desplazados, como en el centro al que se les desplaza. Consecuentemente, dicha decisión empresarial no se podrá adoptar sin informar, ni consultar a la representación de los trabajadores. En suma, y como ha indicado VALDES DAL-RE con acierto, el elemento esencial para que entre en juego el derecho de consulta del artículo 64.5 ET es que concurra “el principio de afectación a una pluralidad de trabajadores” [VALDES DAL-RE, F., 2008, 13]. Si es así, a nuestro entender, la representación de los trabajadores debería tener derecho a ser informada y consultada en los términos del artículo 64.5 ET.

A este respecto, es preciso llamar la atención que dicho ejercicio del derecho de información y consulta resultará indiscutible, cuando la medida de desplazamiento se integre dentro de un procedimiento de despido colectivo. Al igual que sucedía con las medidas de movilidad funcional, el nuevo reglamento, al igual que el anterior, prevé medidas de movilidad geográfica como acciones posibles para reducir o evitar los efectos del despido colectivo, o lo que es lo mismo, como *medidas sociales de acompañamiento* [art. 8.1 c) RD 1483/2012]. En este sentido, el lenguaje utilizado es taxativo incluyendo cualquier medida de movilidad geográfica y no sólo el traslado; por tanto, en esta hipótesis en que la medida funciona para amortiguar la eventual decisión del despido colectivo se habrá de incluir al desplazamiento que formará parte del contenido de la negociación que se ha de llevar a cabo en el período de consultas.

Dejando a un lado el supuesto polémico del desplazamiento, que debiera recibir una respuesta expresa dentro de las reglas estatutarias que le disciplinan, quedan extramuros de los derechos de información los cambios de lugar de trabajo y de centro de trabajo que no implican cambio de residencia para los trabajadores afectados, que entran dentro del ejercicio ordinario del poder de dirección empresarial [art. 20.1 ET]. Del mismo modo, quedan al margen los cambios sobre trabajadores que tengan suscrito un compromiso de movilidad, o los que hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes [art. 40.1 ET], al igual que la movilidad que es acordada por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador. Ahora bien, si dichos cambios de lugar de trabajo o de centro implican *traslados de instalaciones*, aunque la decisión para los trabajadores no implique cambio de residencia, se activará el derecho de consulta que se contempla en el apartado siguiente.

2.2.2 El alcance de los derechos de información en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

Se trata de una de las reformas más significativas en materia de derechos de participación, puesto que se adopta la decisión de ampliar desde la aprobación del RDL 3/2012, de una manera muy significativa la noción de *modificación individual* de condiciones de trabajo frente a la modificación de naturaleza colectiva. En este sentido, como se sabe, el criterio tradicional de distinción radicaba en la naturaleza del título jurídico que regula o reglamenta la condición de trabajo que se pretende modificar, resultando indiferente por regla general el número de afectados y el tamaño de la plantilla de la empresa para determinar la calificación del cambio. Salvo en el marco de las funciones y el horario en el que se combinaban ambos criterios en la legislación anterior [antiguo art. 41.2 ET], el aspecto clave a efectos de la calificación de la modificación de condiciones de trabajo era la naturaleza de la fuente reguladora que se pretendía variar.

Pues bien, la reforma de 2012 viene a alterar en profundidad dicho criterio de distinción y acoge para el régimen de modificaciones el criterio tradicional o clásico en la legislación laboral, basado en el número de trabajadores afectados en función de la plantilla de la empresa computado en una secuencia temporal de noventa días [art. 41.2 ET]. Dicho criterio numérico rige, sea cual sea, el título jurídico de la modificación. Por tanto, la modificación del pacto colectivo podrá considerarse individual, si no alcanza los umbrales numéricos que dispone la Ley. La regla legal sitúa al mismo nivel, a efectos de su modificación, a los títulos individuales y a los colectivos, siendo, al fin y a la postre, lo determinante el número de afectados y el número de trabajadores que compone la plantilla de la empresa computados en el período temporal más arriba referenciado. De este modo, la modificación de la cuantía salarial, la jornada de trabajo o el horario fijado en un acuerdo o pacto colectivo, en una empresa de hasta 100 trabajadores si afecta a una cifra menor de 10 asalariados o, en las que ocupen entre 100 y 300 asalariados, sino alcanza el 10 por 100, o, finalmente, en las de más de 300 trabajadores, si afecta hasta 29 trabajadores, será considerada como modificación individual. En suma, “el resultado de la nueva delimitación de las modificaciones sustanciales es una manifiesta descolectivización de supuestos que antes tenían la consideración de colectivos con los consiguientes efectos negativos, por reductores, sobre los indicados derechos de consulta” [ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 2012, 39].

En suma, con dicha reforma se facilita la calificación de individual frente a la colectiva, sin tener en cuenta el distinto valor que tiene en el sistema de fuentes laboral el título colectivo frente a los títulos individuales, que debería forzar en el caso de alteración de los primeros a un proceso negociador con la representación de los trabajadores [Vid. SAEZ LARA, C., 2012, 241-243]. Solamente queda al margen de este criterio de distinción el convenio colectivo estatutario, cuya modificación ha sido expulsada del régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para integrarse dentro de la figura del descuelgue salarial, que hasta 2012 se limitaba a la inaplicación del régimen de retribuciones [antiguo art. 82.3 ET], quedando el resto de posibles modificaciones integrada en el artículo 41.6 ET. A partir de la

aprobación del RDL 3/2012, la modificación del convenio colectivo queda extramuros del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, otorgándole un régimen jurídico propio y diferenciado e integrado en su plenitud en el Título III del ET. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que dicha reforma dilata el campo de actuación de la modificación individual, facilitando los poderes empresariales y reduciendo la participación de la representación de los trabajadores. Como se sabe, la calificación de individual de una modificación conduce a que dichos órganos de representación reduzcan automáticamente sus derechos, convirtiéndose en meros titulares pasivos del derecho de información, frente a las modificaciones colectivas para las que la Ley preceptúa el reconocimiento de una actuación mucho más relevante con la atribución del derecho de consulta-negociación.

De este modo, en esta hipótesis parece claro que la reforma tiene un objetivo claro relativo a facilitar los poderes empresariales a través de la flexibilización de procedimiento para adoptar la decisión empresarial, reforzando la unilateralidad de la decisión, al disminuir de forma clara las facultades de participación de la representación de los trabajadores [Vid. en detalle, MOLERO MARAÑÓN, 2012, 376]. De este modo, se reducen con claridad los espacios de negociación y defensa jurídica colectiva frente al ejercicio del poder de dirección empresarial, sustrayendo sus decisiones no sólo a la propia negociación, sino también a la posibilidad de impugnación judicial a través del proceso de conflicto colectivo con los efectos “erga omnes” que dicha sentencia puede producir [art. 153 LRJS] [Vid. MARTINEZ BARROSO, M^a.R., 2012, 113 y SANGUINETI RAYMOND, W., 2012, 133]. En consecuencia, dichas decisiones, aún cuando incidan en un número importante de asalariados, no sólo se liberan de una eventual negociación, sino que las vías de reacción se reducen significativamente al planteamiento de una modalidad procesal individual [art. 138 LRJS]

Frente a dicha reforma que ha reducido los supuestos susceptibles de derecho de consulta, se ha invocado la aplicación del artículo 64.5 ET en la redacción que se le dio por la promulgación de la Ley 38/2007, que establece que las representaciones unitarias tendrán derecho a ser informadas y consultadas “sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa”. Una interpretación sistemática de este precepto con el conjunto de las disposiciones estatutarias que regulan estas medidas de flexibilidad interna permite afirmar que en la integridad de los tipos de flexibilidad ahora contemplados concurre el supuesto de hecho establecido por la norma, ya que todos ellos comportan un cambio relevante en los contratos de trabajo o en la organización de la empresa [VALDES DAL-RE, F., 2012, 12].

En virtud de esta tesis, se entiende que el empresario, además, de informar a la representación de los trabajadores ha de abrir un trámite de consultas en los términos del artículo 64.1 y 6 ET o, lo que es lo mismo, deberá materializar con su comportamiento el derecho de consultas que se le atribuiría a dichos sujetos. Solamente se realiza una salvedad, y es que de una interpretación finalista de la norma se puede deducir que la exigencia de iniciar dicho trámite de consulta quedaría condicionado a la concurrencia de un

requisito, a saber, “la afectación a una pluralidad de trabajadores” de las decisiones adoptadas por el empresario que comporten un cambio relevante. Dicha condición constituye y forma parte de los elementos estructurales del ámbito objetivo de imputación normativa de este pasaje legal [VALDES DAL-RE, F., 2012, 12]. En suma, dicho derecho de consulta no se activara cuando la medida sea de estricta repercusión individual.

Frente a esta interpretación de la norma inspirada en la Directiva 2002/14/CE, se puede invocar que en el ámbito de la movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo no se debe remitir a dicho precepto que ordena las competencias de las representaciones unitarias [art. 64 ET], puesto que su disciplina esta contenida en la norma especial que regula ambas vicisitudes contractuales, habiendo establecido unos derechos de participación concretos y específicos que operan como *Ley especial* frente a la normativa común. A este respecto, dichas medidas de flexibilidad interna tienen dentro de la ordenación estatutaria una disciplina específica que no puede quedar vacía de contenido por la aplicación del régimen general competencial aplicable a los órganos de representación de los trabajadores.

Una vez esgrimida esta tesis, no obstante, a nuestro juicio, la interpretación más acertada, siempre que la decisión empresarial tenga una afectación plural, es integrar las previsiones del artículo 64.5 ET, fruto de la necesaria adaptación del derecho interno al ordenamiento comunitario, al conjunto del ordenamiento laboral. La mencionada Directiva, más allá de garantizar la actuación de los representantes de los trabajadores en una materia concreta, la extiende al conjunto de las decisiones empresariales que puedan tener incidencia sobre la situación y estructura del empleo en la empresa, incluyendo expresamente todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Desde la norma comunitaria, se trata que las empresas adopten decisiones de esta naturaleza, sin haber ofrecido la información y realizado la oportuna consulta a los representantes, contribuyendo al posicionamiento empresarial [SERRANO GARCIA, J.M^a., 2012, 94]. Esta norma comunitaria que provoco la reforma del derecho nacional inaugura una nueva fase de los derechos de información y consulta en nuestro ordenamiento que no puede ser obviado por el Derecho español.

Desde esta perspectiva, la dicción literal de la regla estatutaria parece claro que amplía las competencias informativas y de consulta de las representaciones estatutarias, incluyendo “*todas* las decisiones que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y de los contratos de trabajo en la empresa”. En cualquier caso, la activación de ese derecho de consulta no tiene la entidad o intensidad, como se ha expuesto en el capítulo anterior, que el que prescribe las reglas estatutarias para las vicisitudes contractuales. A este respecto, parece claro que el alcance del derecho de consulta del artículo 64.5 ET no es el mismo que el que prescribe el artículo 41.4 ET, con unas condiciones y requisitos mucho más exigentes y

que, como se ha expuesto, sólo entra en juego cuando la medida puede ser calificada como colectiva¹⁵.

2.2.3. Titularidad y alcance de los derechos de información

Ambas reglas estatutarias establecen a favor de la representación de los trabajadores un derecho de información de muy similar contenido, cuando se va a llevar a cabo un traslado individual o una modificación sustancial de condiciones de trabajo de la misma naturaleza [arts. 40.1 y 41.3 ET]. En primera instancia, llama la atención que las dos normas atribuyen el derecho a los “representantes legales” de los trabajadores que, como se sabe, se identifican en nuestro Derecho con los representantes unitarios –comité de empresa y delegados de personal-. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en la LOLS, el delegado o delegados sindicales también tendrán derecho a la misma información que las representaciones unitarias, entendiendo que dicho derecho, en el caso de que el delegado sindical no forme parte del comité de empresa, se deberá reconocer igualmente a dichas representaciones sindicales [art. 10.3.1º LOLS].

Cuando la empresa carezca de representación de los trabajadores, el ET no ha establecido ningún órgano de suplencia para cubrir esta carencia de órganos que se produce por muy diversas razones en el ámbito de la micro-empresa. Por el contrario, como se verá en el próximo apartado, desde la Ley 35/2010 se ha establecido una doble Comisión para cubrir el vacío de representación de los trabajadores; ahora bien, dicha alternativa se prevé a un sólo efecto, no estando prevista como posibilidad para activar los derechos de información. En este supuesto, si no hay representantes de los trabajadores, ni unitarios, ni sindicales, la empresa no tendrá interlocutor para ejercitar el derecho de información y no se podrá constituir una Comisión del artículo 41.4 ET, que sólo está prevista para el ejercicio del derecho de consulta-negociación, pero no para los derechos de información [En contra SERRANO GARCIA, J. 2012,98]. A nuestro juicio, dicha diferencia en el tratamiento del déficit representativo se explica en función de la distinta naturaleza que reviste uno y otro derecho. En el caso del ejercicio del derecho de consulta, la trascendencia de la intervención de la representación de los trabajadores es mucho más decisiva que en el caso de los derechos de información, en los que los representantes son titulares de un derecho pasivo. Por ello, se ha intentado con dicha doble fórmula suplir el vacío de interlocución negocial; por el contrario, en el caso del ejercicio de los derechos de información su alcance es mucho más limitado, sin que la Ley haya previsto fórmula alguna para los centros de trabajo o empresa que carezcan de representantes de los trabajadores.

De otro lado, la regla estatutaria hace referencia a una notificación; por tanto, se exige que haya una comunicación empresarial *por escrito* que deberá tener un contenido suficiente para que se entienda correctamente ejercido el

¹⁵ Vid. sobre el contenido y alcance del derecho de consulta del artículo 64.5 ET el capítulo anterior de este estudio.

deber de información que pesa sobre el sujeto empresarial. De este modo, dicha notificación que coincide con el contenido de la comunicación que se establece para cada uno de los trabajadores afectados, deberá expresar la modificación o traslado que se ordena y la causa que ampara la medida. En suma, se trata de la única condición o requisito material que se le exige al empresario para poder llevar a cabo la modificación. Desde esta perspectiva, el sujeto empresarial deberá expresar en la comunicación las concretas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que las justifiquen que habrán de estar relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa [arts. 40.1 y 41.1 ET].

A este respecto, se exige una justificación concreta y precisa de la decisión que debe ser conocida por el trabajador afectado para que, en su caso, pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa [art. 138 LRJS], siendo su contenido el mismo que el que se notifica a la representación de los trabajadores. De este modo, no se puede obviar que uno de los fundamentos de la impugnación judicial de estas decisiones es precisamente si efectivamente la medida esta o no justificada [art. 138.7 LRJS]; pronunciamiento que dependerá de la acreditación por el empresario de la causa cuyo contenido y alcance se a ver condicionado por el contenido de la comunicación empresarial. En este sentido, no se puede obviar que la devaluación o degradación causal que han sufrido estas medidas por la reforma 2012 conducirán a que el control judicial haya quedado claramente minorado en la verificación de su fundamento material, al reducir significativamente su función de enjuiciamiento por la naturaleza tan dilatada y ambigua que reviste actualmente el elemento causal.

Finalmente, dicha decisión empresarial se habrá de comunicar con un plazo de preaviso mínimo de treinta días a la fecha de efectividad del traslado, reduciéndose a quince días en el caso de las modificaciones individuales de condiciones de trabajo, tras la aprobación de la Ley 3/2012. En este sentido, se quiebra la unidad que había existido tradicionalmente entre ambas normas que preceptuaban un plazo *único* de treinta días de antelación a la fecha de efectividad de la decisión. Dicho plazo de preaviso permanece para el traslado, pero se reduce significativamente en el caso de las modificaciones individuales de condiciones de trabajo, con la disminución de garantías que ello supone para los afectados que tendrán un período sustancialmente más limitado para adaptarse a las nuevas condiciones de trabajo, que salvo que opten por la extinción de su contrato de trabajo, deberá ser cumplidas, pese a que formulen una reclamación judicial [arts. 41.3 y 138 LRJS].

Por último, el incumplimiento de estos derechos de información a los representantes de los trabajadores es importante subrayar que son susceptibles de sanción administrativa, al constituir una infracción administrativa grave [art. 7.7 LISOS]; ahora bien, su contravención no provocará la nulidad de la decisión empresarial, ni tan siquiera el carácter injustificado de la misma, no teniendo consecuencias jurídicas en la propia validez y eficacia de la decisión empresarial de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada.

3. Reglas comunes en los derechos de consulta en el ámbito de la movilidad geográfica, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo y en el descuelgue convencional

3.1. Derecho de consulta o de emisión de informe

Dentro del marco de los derechos de consulta, y al margen de la norma específica que regula la movilidad geográfica [art. 40 ET], dichos cambios de lugar de prestación de servicios y centros de trabajo no estarían completos a los efectos de los derechos de ejercicio colectivo, sino se integran con las concretas previsiones que se establecen entre las competencias de las representaciones unitarias [art. 64. 5 ET]. En este terreno, es preciso indicar que si dichos cambios implican un “traslado total o parcial de instalaciones” nace un derecho de consulta a favor de la representación de los trabajadores [art. 64.5 c) ET]. La ordenación estatutaria es clara y por la trascendencia que tiene esta decisión empresarial para los trabajadores que prestan sus servicios en las mismas, se establece la obligación por parte de la representación de los trabajadores de emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario.

En esta hipótesis, y con independencia de que la decisión empresarial implique o no cambio de residencia para los trabajadores afectados, el empresario tiene la obligación de solicitar dicho informe, siempre que haya un cambio en las instalaciones donde prestan los servicios los trabajadores, ya sea cuando implique un traslado total con cierre del primero, ya sea cuando implique un traslado parcial que, por tanto, suponga la continuidad del primer centro de trabajo. Por mandato de la regla general, el empresario deberá pedirlo *antes de adoptar la decisión*, y la representación de los trabajadores deberá elaborarlo en el plazo máximo de quince días, con el fin de que el empresario pueda conocer el criterio del Comité a la hora de ejecutar la decisión. Consecuentemente, el sujeto empresarial tendrá que respetar dicho plazo para llevar a efecto la medida, debiendo en el momento de la petición aportarle a la representación la información correspondiente sobre la medida que pretende adoptar con el fin de que la representación de los trabajadores tenga los elementos de juicio necesarios para poder emitir el informe con conocimiento de causa. Se trata de una consulta a los representantes de obligada tramitación para la plena eficacia de la posterior decisión empresarial, si bien se ha de tener en cuenta que dicho *informe no tiene carácter vinculante para el empresario* [CRUZ VILLALON, 2012, 489]. Pese a que con la nueva regulación del derecho de consulta parece que la representación de los trabajadores puede solicitar a la empresa “una respuesta justificada a su eventual informe” [art. 64.6 ET]; en particular, si la decisión empresarial no tiene en cuenta sus opiniones o su parecer sobre en este caso el traslado de instalaciones.

En cualquier caso, se habrá de tener en cuenta que el incumplimiento de este deber de consulta esta expresamente tipificado como infracción administrativa grave, susceptible de sanción pecuniaria por esta vía [art. 7.7 LISOS].

3.2. Derecho de consulta-negociación

Como se ha indicado con anterioridad, la separación entre los derechos de información y el derecho de consulta ante la triple medida referenciada se determina por la calificación colectiva de la medida. Desde esta perspectiva, las reglas esenciales que rigen el derecho de consulta son una y las mismas para el traslado colectivo, la modificación colectiva de condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo. La identidad en el tratamiento del derecho de consulta es tal en estas tres instituciones laborales que dichos preceptos, con una mayor o menor intensidad, fijan normas de remisión entre los mismos –art. 82.3 ET remite al art. 41.4 ET-, o reproducen idénticos mandatos en su régimen jurídico. De este modo, y con los matices que se verán, las tres acciones de flexibilidad interna comparten la identidad del régimen jurídico con respecto a la titularidad de los derechos, el contenido de la negociación, la duración del período de consultas, y finalmente, la regla básica para la adopción del acuerdo que pretende como objetivo prioritario la apertura del período de consultas.

3.2.1 Titularidad del derecho de consulta

Con relación a los sujetos que tienen atribuido el derecho de consulta, las reglas estatutarias tradicionalmente habían establecido un mandato taxativo que fijaba la legitimación negociadora a favor de las representaciones legales, habiéndose admitido, pese a la terminología legal, a las representaciones sindicales como interlocutor negocial adecuado, pese a que ésta última no eran mencionadas hasta referirse a las reglas de conclusión del acuerdo con el que puede culminar el período de consultas. Tal y como se infería de las reglas previstas para la adopción del pacto, el doble canal de representación se encontraba legitimado para negociar los períodos de consultas dispuestos ante la adopción empresarial de medidas colectivas. Dicha regla de doble titularidad se encontraba plenamente asentada para todo el conjunto de instrumentos de reestructuración empresarial, concibiéndose de manera transversal, al operar de forma idéntica, tanto para el traslado colectivo, como las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo incluida la modificación del convenio colectivo, como para la suspensión y el despido colectivo.

Además, dicha disciplina legal establecía la doble alternativa del doble canal como interlocutores negociales de *forma neutral*: se fijaba de forma indiferenciada por parte del legislador la posibilidad de la consulta-negociación tanto con las representaciones unitarias como con las sindicales, sin fijar ninguna regla de preferencia entre las mismas, habiéndose planteado distintos criterios de resolución en caso de concurrencia de sujetos negociadores, al concebirlas como representaciones alternativas y no acumulativas. Su intervención se concebía de manera única y excluyente de cada una de las representaciones, cuya selección marginaba a la excluida. Con la legislación anterior, se planteó en particular un doble criterio: o bien que fueran las propias representaciones negociadoras las que resolvieran quien finalmente negociara

[ROMAN DE LA TORRE, M^a.D. 2000, 80], o bien que dicha decisión quedará a la libre decisión del empresario que es quien adopta la iniciativa y decida con cuál de las dos representaciones negocia [MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A. 1997, 166].

Desde una perspectiva distinta, la titularidad del derecho de consulta también planteó problemas de interlocución negociadora para las empresas y, en especial, microempresas que carecían de cualquiera de los órganos representativos que mencionaba la Ley, produciéndose un vacío normativo ante la ausencia de una disposición que resolviera cómo se va a desenvolver el período de consultas, al no contar con ninguno de los representantes negociales previstos legalmente. A este respecto, la única regla que podía servir de referencia se encontraba localizada para los expedientes de regulación de empleo, en la que se establecía la posibilidad de nombrar una Comisión *ad hoc* de un máximo de cinco representantes, cuando el número de trabajadores fuera igual o superior a diez [art. 4 RD 43/1996]. Pese a que el marco normativo en el que se contemplaba dicha previsión se distanciaba de las medidas de flexibilidad interna, al intervenir de forma decisiva la autoridad laboral administrativa, se tomó como referencia para solventar el problema de interlocución negociadora, admitiéndose que el período de consultas se iba a poder llevar a cabo, bien a través de una representación *ad hoc* elegida específicamente por los propios trabajadores para negociar dichas medidas o, incluso, con los empleados directamente en su conjunto, cuando se trataba de empresas de muy reducido número de asalariados. Dicha alternativa era posible ante la negociación de medidas modificadoras, salvo que se tratara de una modificación de convenio colectivo, en cuyo caso se requería que los sujetos tuvieran la legitimación negociadora que se exige en el ámbito empresarial, puesto que estaba en juego la inaplicación de un convenio colectivo [art. 37.1 CE]. No obstante, se ha de reconocer que el problema no era menor, puesto que se ha de reconocer que el tejido productivo nacional está nutrido de pequeñas y medianas empresas vacías de estructuras representativas, que impedían o al menos dificultaban la puesta en marcha de medidas colectivas, no habiendo una respuesta legal que supliría la ausencia de órganos de representación colectiva. Dicha laguna producía consecuencias, si cabe más perjudiciales, en tiempos de grave dificultad económica.

Consecuentemente, las reformas 2010-2011 han tratado de dar una respuesta normativa que, sin duda, ha puesto su punto de mira en los sujetos a quienes se les atribuye la legitimación negociadora en los períodos de consultas de todas y cada una de las medidas colectivas que se pueden activar, no sólo en el marco de la flexibilidad interna, sino en cualquier proceso de reestructuración empresarial. Como se verá, las reformas introducidas no sólo afectan al campo de las vicisitudes contractuales, sino también a la segunda parte de este capítulo relativa a los derechos de consulta en el ámbito de la reducción de jornada, suspensión y despido colectivo [arts. 47 y 51 ET]. De este modo, por una parte, el RDL 7/2011, de 10 de junio, de “Medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva”, quiebra la regla de neutralidad hasta la fecha mantenida entre ambas representaciones negociadoras en la negociación del período de consultas, y por otra, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, sobre “Medidas urgentes para la reforma del

mercado de trabajo” solventa el problema de interlocución negocial de la pequeña y mediana empresa para llevar a cabo las medidas de reorganización productiva, ante la realidad persistente de falta de estructuras representativas que defiendan el interés colectivo de los asalariados.

A. La regla legal de la preferencia de la gestión sindical del período de consultas

Comenzaremos de forma inversamente cronológica a su incorporación, iniciando el análisis por el reforzamiento de la posición negocial de las representaciones sindicales que supone la aprobación del RDL 7/2011. De este modo, el artículo 6 de la norma de urgencia establece como medida nuclear de la flexibilidad interna negociada, la que desplaza a las representaciones unitarias como sujeto legitimado negociador frente a las secciones sindicales que actúen en la empresa, sujeta dicha primacía a una única y exclusiva condición: “que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal” [arts. 40.2, 41.4, 51.2 ET y de forma indirecta o por remisión, arts. 47 y 82.3 ET]. Por tanto, siempre que las secciones sindicales lo decidan y cumplan el requisito de mayoría indicado podrán *imponerse* frente a la dirección de la empresa como el interlocutor adecuado para negociar en el período de consultas. Dicha regla de primacía no ha de olvidarse, también, se ha producido en el marco de la negociación del convenio de empresa o ámbito inferior [art. 87.1 ET], recordando implícitamente a los sujetos negociadores que el período de consultas no es más que el reflejo de un proceso negociador que culmina en un acuerdo colectivo. Indudablemente, dicho pacto resulta ser una manifestación del derecho de negociación colectiva que debe culminar en un producto estatutario, cuando se trata de inaplicar un convenio colectivo de esta naturaleza, tal y como sucede en el caso de la modificación articulada por vía del art. 82.3 ET.

Así se establece de forma taxativa en las normas referenciadas, prescribiendo que la intervención como interlocutor de la empresa corresponderá a las secciones sindicales, quebrando la neutralidad mantenida hasta la fecha por el legislador estatutario. Con la reforma operada en el año 2011, resulta claro que los eventuales conflictos de concurrencia entre ambos órganos de representación se han resuelto a favor de la *revalorización de las secciones sindicales* de empresa, favoreciendo la participación y la presencia de dichas representaciones en el marco de las empresas, de acuerdo al modelo constitucional que otorga primacía a las organizaciones sindicales [arts. 7 y 28.1], frente a las representaciones de mera creación legal [art. 129.2 CE] [CRUZ VILLALON, J. 2011, 44].

Dicho esto, la reforma en este terreno constituye un hito normativo que ha de juzgarse como sustancialmente positivo, puesto que el ET no se había atrevido hasta la fecha a efectuar una apuesta clara y decidida en la negociación del período de consultas por la representación sindical. Además, no puede dejar de subrayarse que su predominio sujeto a condición guarda plena coherencia con el modelo clásico del doble canal, puesto que para que a las representaciones sindicales se les atribuya la preferencia en la legitimación negociadora, previamente deberán contar con el *control o dominio de los*

órganos de representación unitaria. No obstante, la innovación legal es que en caso de concurrencia de negociadores la decisión acerca del sujeto legitimado deja de estar en poder de las propias representaciones de los trabajadores o de la empresa para imponerse *ex lege* a favor de la gestión sindical de las consultas.

De cualquier modo, es preciso poner al descubierto que dicha solución podrá en la práctica no resultar tan fácil de aplicar, cuando la empresa tenga varios centros de trabajo y la negociación de las medidas colectivas no se lleve a cabo de forma individualizada por cada centro, sino para la empresa en su conjunto, presentando ventajas evidentes la negociación con las secciones sindicales intercentros [GOMEZ ABELLEIRA, F.J. 2011, 135-137], alternativa que coexiste con la posibilidad de la negociación por el comité intercentros, cuando tenga atribuida la competencia por la negociación colectiva. No obstante, la preferencia por al gestión sindical de la negociación es la que habrá de adoptarse, aunque la negociación se suscite sólo para determinados centros de trabajo y no para la totalidad de la empresa, en cuyo caso se planteara el interrogante de si deberá haber una necesaria correspondencia entre el cómputo de las reglas de la mayoría y el ámbito de negociación o más bien de afectación de las medidas. A nuestro entender, con carácter general dichas medidas se deberán plantear valorando a la empresa en su conjunto, al tratarse de un proceso de reestructuración productiva, y, por tanto, las reglas para el cómputo de la mayoría deberán tener en cuenta a la totalidad de la empresa y no exclusivamente al centro o centros de trabajo afectados.

B. La doble Comisión prevista en las empresas sin representación

La más importante y genuina novedad de la reforma de 2010 sobre el período de consultas que ha de tramitarse en las vicisitudes colectivas se refiere sin ningún género de dudas a la solución legal prevista para cubrir el vacío de regulación que se produce, cuando la empresa carece de representación de los trabajadores. Frente a este supuesto no inusual en nuestro tejido productivo, el texto legal estatutario no había previsto solución alguna, produciéndose un vacío normativo grave en nuestra regulación, puesto que el conjunto de medidas de reorganización productiva descansaban sobre la articulación de un proceso negociador-período de consultas que se debía desarrollar entre la empresa y un sujeto colectivo que representará y defenderá los intereses de la plantilla de trabajadores. El legislador no había previsto mecanismo alguno para solventar dicho vacío representativo, cuando la totalidad de los dispositivos legales se articulan en base a la intervención preceptiva de una representación colectiva para articular la modificación. Las respuestas posibles frente al déficit de representación eran de naturaleza muy variada, habiéndose presentado interpretaciones distintas por la jurisprudencia y prácticas empresariales y sindicales no siempre uniformes.

Como se sabe, dicha carencia de representación colectiva no podía concebirse como una situación excepcional dentro de nuestras estructuras empresariales, sino que el tejido productivo instalado en el territorio nacional se había distinguido tradicionalmente por la múltiple presencia de microempresas y empresas de reducida plantilla, que se había visto favorecida intensamente

en los últimos tiempos a través de la técnica de la descentralización productiva. Dicha estrategia empresarial ha traído consigo la reducción de las dimensiones de las empresas, y con ello, la dificultad de constitución de estructuras representativas en el espacio empresarial. La carencia de órganos de representación, bien se produce por no alcanzar los umbrales legales exigidos, o bien en ocasiones porque la plantilla es reacia a la constitución de dichos mecanismos de representación colectiva. En cualquier caso, las dificultades económicas se han intensificado dentro de esta clase de tejido empresarial en la última crisis económica, y dichas organizaciones se han encontrado con un problema cierto para aplicar los mandatos estatutarios referentes a las medidas de flexibilidad interna, puesto que el mandato legal se articula sobre una gestión negociada de las vicisitudes colectivas para la salida de la crisis, habiendo un serio problema de interlocución negocial, recurriendo por lo general a otras medidas más fáciles de aplicar y seguramente más efectivas en el logro de la finalidad empresarial.

Hasta la reforma de 2010, el ET no había previsto alternativa legal alguna. Tras una reforma sustancial de la norma de urgencia en este terreno, en la que se había optado en régimen de exclusividad por Comisiones sindicalizadas nombradas por las comisiones paritarias, asegurando la intervención sindical en la pequeña empresa, la Ley 35/2010 se decanta por una compleja doble solución alternativa, cuya configuración va a provocar toda una serie de interrogantes interpretativos no siempre fáciles de despejar. No obstante, desde un principio se ha de apuntar que los problemas de mayor envergadura desde la dogmática jurídica no se residen en modo principal en su propia instrumentación, sino en la naturaleza de la propia Comisión directa o extrasindical, al quebrar en parte los presupuestos sobre los que descansa el doble canal de representación de los trabajadores en el modelo español, cuya respuesta condiciona, al fin y a la postre, la naturaleza de los acuerdos negociados por la misma.

En cualquier caso, la trascendencia de dicho mandato es vital, puesto que se erige en una pieza normativa esencial para el conjunto de medidas de reestructuración empresarial que se pueden activar en las organizaciones productivas. Su disciplina está contenida dentro del marco de las modificaciones colectivas [art. 41.4 ET], pero su aplicación se proyecta en toda una serie de reglas que remiten directamente a su contenido, siempre bajo el mismo presupuesto común, consistente en cubrir el vacío de interlocución negocial que se produce en las empresas que carecen de representación legal de trabajadores en la empresa. Dicha norma de remisión actúa en los supuestos de traslado colectivo [art. 40.2 ET], suspensión de contrato y reducción de jornada [art. 47.1 ET], el despido colectivo [art. 51. 2 ET], así como para el descuelgue convencional [art. 82.3 ET]. En suma, la fórmula finalmente escogida por el legislador contempla una doble alternativa sobre la que habrán de decidir los trabajadores afectados por la ausencia de representantes, que deberán otorgar su representación, bien a una Comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa, o bien por una Comisión de igual número de miembros designada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al pertenezca la empresa y que estuvieran

legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma [art. 41.4 ET].

Con respecto a su propia articulación, se ha de añadir que para resolver los principales interrogantes que se suscitan para poner en marcha una de las dos fórmulas propuestas, se cuenta con el apoyo de la experiencia obtenida por la aplicación del RD 43/1996, de 19 de enero, que había configurado una Comisión de similar naturaleza [art. 4 RD 43/1996] [Vid. MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., 2012, 186-189]. Además, al día de hoy, es preciso apuntar que dichas prácticas recibieron refrendo normativo, cuando se incorporaron al procedimiento a través de la aprobación del RD 801/2011, de 10 de junio, que estableció toda una serie de criterios para la constitución de dicha Comisión que se reproducen en su mayoría en el nuevo RD 1483/2012, de 29 de octubre, que vino a reemplazar al primero. A nuestro entender, las reglas previstas en dicha normas reglamentarias no sólo han de servir para la constitución de la doble Comisión en el ámbito de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada, sino que resultarán extensibles a cualquier medida de flexibilidad interna, en la medida en que el mandato del artículo 41.4 ET tiene *carácter transversal*, colaborando la aprobación de la norma reglamentaria a despejar los interrogantes que habían surgido con su aprobación. Desde esta perspectiva, no tiene sentido que las disposiciones reglamentarias sólo operen en el marco de los expedientes de regulación, cuando están desarrollando las previsiones de un mandato legal que tiene un *sentido unívoco* para todas las medidas a las que resulta aplicable. A este particular, resulta de especial interés las reglas previstas de legitimación para intervenir en representación de los trabajadores [arts. 26 a 28 RD 1483/2012].

Al enfrentarse al estudio de esta regla, la primera pregunta a la que se ha de responder se refiere al alcance que ha de darse al *presupuesto que activa su ordenación*. En concreto, se trata de descifrar el sentido completo que ha de atribuirse a la inexistencia de representación legal de los trabajadores, cuya concurrencia es el punto de arranque para la constitución de la Comisión prevista. Bajo la dicción literal de la regla estatutaria, se suscitan, al menos, las siguientes cuestiones: ¿basta la ausencia de representaciones unitarias para su activación o si hay representaciones sindicales podrían cubrir el vacío de interlocución negocial?; la segunda pregunta más compleja ¿es necesario que la ausencia de representación se dé en la totalidad de la empresa o simplemente procederá la elección cuando no haya representación en un centro de trabajo en cuestión? Pues bien, a estas alturas del debate la respuesta a ambos interrogantes se puede contestar con relativa certeza, considerando que el presupuesto verdaderamente necesario para que se active dicha alternativa es que no esté constituida ninguna representación electiva en el *centro de trabajo* y no en la empresa. De este modo, las representaciones sindicales por sí mismas no pueden suplir dicho vacío, puesto que para que tengan legitimación negociadora para suscribir el acuerdo requieren tener presencia mayoritaria en los órganos de representación unitaria. En consecuencia, su constitución no impedirá la activación del procedimiento para la designación de la doble Comisión.

De otro lado, a la vista de la experiencia en el marco de los expedientes de regulación de empleo, el procedimiento se habrá de activar sin necesidad de una ausencia *plena* de órganos de representación unitaria en la empresa, tal y como reza en el texto de la Ley, sino que el presupuesto verdaderamente relevante es el de su carencia en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa en los que no existan representaciones. En suma, el ámbito relevante a estos efectos no es la empresa, sino el centro de trabajo. Dicha interpretación se deduce de que las representaciones electivas en nuestro Derecho tienen un ámbito de aplicación realmente limitado, proyectando su acción colectiva dentro del marco en el que han sido elegidas o, lo que es lo mismo, única y exclusivamente en el centro de trabajo. Por tanto, en las empresas constituidas por un único centro de trabajo, la cuestión resultará indiferente, siendo la ausencia de representaciones electivas en el ámbito empresarial la que activará el procedimiento; por el contrario, en las empresas pluricelulares se deberá iniciar dicho procedimiento en los centros de trabajo donde no hay representación unitaria, aunque sí se encuentre constituida en otros centros de trabajo, al limitarse su acción representativa a ese concreto ámbito, no al de la empresa en su totalidad.

Dicha regla de aplicación limitada quiebra en parte con la posibilidad que inspiró en su momento el reglamento 801/2011 y que reproduce el reglamento 1483/2012, y que permite tanto un expediente de regulación que incluya una negociación global de empresa que incluye a la totalidad de los centros de trabajo, como una que admita una negociación diferenciada por centros de trabajo [art. 27.2 RD 1483/2012]. Dicha doble alternativa, a nuestro juicio, debería haber condicionado a los sujetos legitimados para negociar el procedimiento, distinguiendo en función del ámbito de negociación de las medidas de flexibilidad interna.

Junto a ello, la aprobación del nuevo reglamento abre una tercera posibilidad, frente a dicha ausencia de representación en el centro que no estaba contemplada en la Ley [art. 51 ET], pero que era admitida por la administración: los asalariados afectados podrán elegir que les represente y defienda los representantes legales de otro centro de trabajo de la empresa, siempre que dicha decisión sea adoptada democráticamente por dichos trabajadores [art. 26.3 a) RD 1483/2012]. Pese a que la norma alude en todo momento a las representaciones legales, parece claro que habrá de admitirse también a la representación sindical, máxime si se considera el reforzamiento producido en la última reforma, siempre eso sí que cuenten con la mayoría en la representación unitaria, dejando la decisión en todo caso en poder de los trabajadores del centro de trabajo que no tiene representación, que, en suma, es la solución que inspira el sistema de designación adoptado por la reforma de 2010.

Por tanto, el representante o los representantes electivos podrán tener capacidad representativa no sólo en el centro de trabajo dónde han sido elegidos, sino en centros de trabajo distintos, con la única condición de que así lo decidan la mayoría de los trabajadores de los centros de trabajo que carezcan de representación. Se trata de una especie de representación de suplencia que extiende el ámbito de actuación de la representación unitaria a

una unidad funcional de la propia empresa en la que no se han elegido sujetos de esta naturaleza [ESCUADERO RODRIGUEZ, R., 2012, 36]. La legalidad de dicha norma reglamentaria puede cuestionarse en la medida en que el ET activa la constitución de la doble Comisión ante la ausencia de representación y no otra posibilidad [art. 41.4 ET]. En suma, el reglamento de desarrollo esta abriendo una tercera opción que en caso de ser utilizada neutraliza la alternativa de la doble Comisión a favor de las representaciones unitarias, y no de la gestión sindical en la negociación a través de la constitución de la Comisión sindicalizada, pese a que, como se ha expuesto, la interpretación adecuada de la norma deberá admitir una decisión que respalde tanto a la unitaria, como a la sindical del centro de trabajo. En cualquier caso, desde la aprobación del RD 801/2011 que fue la norma que inspiró esta tercera opción con base en la experiencia negociadora en el marco de los ERES, a los trabajadores del centro de trabajo sin representación se les abre una triple opción: elegir a tres asalariados del centro para que les represente, delegar la decisión en los sindicatos más representativos y representativos del sector que tuvieran legitimación negociadora plena o, finalmente, designar a la representación unitaria o a la sindical constituida en cualquier otro centro de trabajo de la empresa para que les represente en la negociación de las consultas. Dicha alternativa permanece vigente con la reforma de 2012 y la aprobación del RD 1483/2012.

De otro lado, también se plantea la pregunta que si el ejercicio de este derecho de elección ha de articularse para cada medida o si resultaría admisible que los trabajadores elijan una fórmula representativa que legitime de forma simultánea la negociación de varias medidas. La interpretación más generalizada acerca de la naturaleza de este órgano es que nos encontramos ante una representación *ad hoc* o, lo que es lo mismo designada a un sólo efecto, entendiéndose que dicha representación no puede ser concebida como una estructura representativa estable que va actuar a partir de ese momento como el órgano de representación de los trabajadores del centro en general [ESCUADERO RODRIGUEZ, R. 2010, 26 y CRUZ VILLALON, J. 2010-1, 98]. Su elección como órgano representativo lo es “a un sólo efecto” para la negociación del período de consultas de una determinada medida colectiva, una vez concluida la negociación, su legitimación representativa se agota. Dicho esto, a mi juicio, la Ley no impide que en un proceso de reestructuración empresarial y dada la brevedad de los plazos, se pueda elegir por los trabajadores a la Comisión o a la representación colectiva para la negociación de varias medidas de reorganización productiva, siempre que la decisión de los asalariados se adopte de forma expresa en ese concreto sentido.

La siguiente cuestión que se plantea es *quien y cómo se decide* cuál de las distintas opciones que se posibilita por las reformas se van a llevar a cabo, cuando se produzca el vacío de representación. Desde esta perspectiva, hay que partir del principio claro de que el ET atribuye la titularidad del derecho de elección a los trabajadores del centro de trabajo o de la empresa. Son ellos los que han de adoptar la decisión bajo el *principio democrático*, decidiendo quien quiere que les represente: bien una Comisión elegida de entre asalariados del centro, bien una Comisión que sea designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector o, bien, la representación legal de

los trabajadores de otro centro. El problema de dicho derecho de elección es que el legislador no establece procedimiento alguno para la adopción de esa trascendental decisión, obviando la importante intervención de la empresa que es la que adopta la iniciativa y fijando un plazo excesivamente reducido para su constitución de cinco días, que, además, no paraliza la duración del período de consultas que a su vez también ha sido limitado a quince días [art. 41.4 ET].

En este último sentido, se ha de tener en cuenta que el legislador otorga un plazo tan breve como el de cinco días para que el personal de la empresa decida cuál es la fórmula representativa que prefieren, pero, además, también durante dicho plazo se ha de materializar la concreta representación escogida. Si se elige la Comisión integrada por trabajadores de la propia empresa, se habrá de seleccionar igualmente en dicho plazo los concretos asalariados que pretenden formar parte de la misma, y si se elige una Comisión sindicalizada, las organizaciones sindicales en el plazo de cinco días deberán elegir a los concretos sujetos que van a formar parte de la misma. En cualquier caso, el mero enunciado de la fórmula en la que están en juego dos decisiones sucesivas conduce a que sea fácilmente previsible que se incumplan los plazos, demorando la decisión, en particular, si se trata de una Comisión sindicalizada.

En cualquier caso, se ha de poner de relieve que el retraso en la elección no tendrá más consecuencias que la reducción del plazo de quince días para la negociación del eventual acuerdo, siendo, a nuestro entender, perfectamente válida la constitución de la Comisión fuera del plazo. No obstante, como ya se advirtió, la previsión legal carece de un mínimo realismo al ser tan reducida y limitada en los plazos en un proceso que se adivina complejo en su articulación, restringiéndose las posibilidades negociadoras a medida que se dilata el plazo para su constitución, al no haber previsto una interrupción de la duración del período de consultas mientras se articula la fórmula legal, que, sin duda, hubiera sido la solución más deseable. Con el fin de dar correcto cumplimiento a los plazos, se ha invocado como posible solución que los sindicatos hayan decidido un nombramiento de carácter general y con antelación, de tal modo que los componentes de la Comisión *ad hoc* ya estén elegidos a favor de representantes de una o varias organizaciones sindicales más representativas o suficientemente representativas, siendo automática la integración una vez que se opte por la Comisión sindicalizada.

Indudablemente, dicha brevedad en los plazos dificulta seriamente su constitución, y pese a que no debe tener consecuencia jurídica el incumplimiento de plazos, sin embargo, no se puede dejar de subrayar que favorece a la empresa puesto que su mero transcurso, posibilitará al empresario a dar por concluido el período de consultas, adoptando unilateralmente la decisión que corresponda. De este modo, la reforma *fortalece la posición del empresario* en el período de consultas; en particular, cuando esta es legitimado para adoptar unilateralmente la medida colectiva. Por tanto, en la mayoría de las acciones que se llevan a cabo en un proceso de reestructuración empresarial, salvo cuando se trate de una modificación del convenio colectivo estatutario [art. 82.3 ET], en cuyo caso, como se sabe, se

requiere ineludiblemente un acuerdo entre los sujetos negociadores. Con el fin precisamente de facilitar en este caso la adopción de la decisión empresarial ante la falta de acuerdo, la última reforma de 2012 ha abierto toda una serie de alternativas con el fin de desbloquear la negociación que impide el descuelgue convencional, hasta el extremo de imponer la solución a través de un proceso de arbitraje, que quiebra reglas esenciales que han regido hasta la fecha el modelo constitucional de relaciones colectivas.

En relación al derecho de elección, como se ha expuesto, son los asalariados del centro de trabajo los que decidirán, pero es importante destacar que la empresa, que es quien pone en marcha la iniciativa de adoptar una medida colectiva, es el sujeto negociador que debe impulsar el procedimiento de elección ante su propósito, teniendo un deber legal de comunicar la iniciativa a todos los trabajadores del centro con el fin de que comiencen a articular la distintas opciones previstas. El silencio del legislador estatutario ha sido en parte corregido por la norma reglamentaria, ordenando a la empresa la obligación de comunicación a los trabajadores de la posibilidad de designación, “a la apertura del período de consultas”, pudiendo haberlo hecho antes, dada la brevedad de los plazos [art. 26.4 RD 1483/2012]. Correlativamente a dicha obligación, el empresario en el caso del despido como en la suspensión y reducción de jornada tendrá que acompañar a la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral, el “escrito de comunicación” más arriba referenciado o, “en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada” [arts. 6.2 y 19.2 RD 1483/2012].

Con respecto al *procedimiento para adoptar la decisión*, ante la ausencia de regulación legal se impone un procedimiento informal, sin exigirse ni tan si quiera una reunión convocada al efecto, ni, desde luego, la observancia de los requisitos requeridos para el ejercicio del derecho de reunión del art. 77 ET. La única exigencia inexcusable es la acreditación documental por seguridad jurídica de que la fórmula legal escogida ha sido adoptada por la mayoría de los trabajadores del centro. A este respecto, es preciso llamar la atención como el RD 1483/2012 parece prever la convocatoria de una reunión al efecto, al indicar que junto a la solicitud, en su caso, se habrá de acompañar “las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada” [arts. 6.2 y 19.2 RD 1483/2012].

En cualquier caso, la decisión queda en poder de los trabajadores del centro o de la empresa a los que el legislador les otorga una amplia libertad en su derecho de elección, incluida la *falta de designación*. Expresamente, se prevé la hipótesis de que los trabajadores no elijan ninguna de las opciones referenciadas, apostando por no delegar en ninguna instancia representativa la defensa de sus intereses. Frente a dicha decisión de no designación, el legislador simplemente establece la no paralización del período de consultas [art. 41.4 ET], con el fin de que no quede al arbitrio de los trabajadores la adopción de la medida empresarial. Por tanto, y siempre que la empresa ha cumplido con sus deberes legales y son los trabajadores responsables de dicha decisión de no designación, el período de consultas se podrá dar por concluido, en caso de que no haya representación de trabajadores, ni comisión designada para negociar.

En suma, de acuerdo a dicho mandato legal parece que el procedimiento sigue adelante y que, consecuentemente, la decisión empresarial de modificación colectiva podría articularse, siempre que la ineficacia del período de consultas se hubiera producido por causas ajenas a la empresa [CRUZ VILLALON, 2010, 100 y LLANO SANCHEZ, 2010, 10]. En caso contrario, se ha de tener en cuenta que quedaría a la decisión de los trabajadores la posibilidad de tramitación del período de consultas que quedaría neutralizada con la simple decisión de no designar Comisión alguna. Por consiguiente, el legislador opta por la decisión de que los asalariados no puedan obstaculizar su puesta en marcha, facilitándose una doble alternativa, que si no se activa, no se constituirá en un obstáculo decisivo para la adopción de la medida colectiva, salvo en un supuesto. Si se trata de una modificación de convenio colectivo, como se ha expuesto, su inaplicación requiere en todo caso un *acuerdo colectivo* y, por tanto, el empresario en este caso se vería imposibilitado para adoptar la modificación de forma unilateral [art. 82.3 ET]. Como se ha dicho con razón, la razón de ser de este requisito trae causa no en un derecho de veto conferido a los representantes de los trabajadores, sino en la especial calidad de la fuente material de la que nace la condición de trabajo que se pretende modificar, que condiciona sus reglas de aplicación y vigencia [VALDES DAL-RE, 2012,17].

B.1. La naturaleza de una Comisión extrasindical o directa

Como se ha expuesto, la fórmula legal permite una doble alternativa. A este respecto, llama la atención como el legislador arbitra dicho derecho de elección por una u otra Comisión sin establecer preferencia alguna. En primera instancia, los trabajadores pueden decidir la constitución de una Comisión integrada por los propios asalariados de la empresa, que deben ser elegidos democráticamente por sus compañeros para que les representen a efectos de la negociación del período de consultas. Indudablemente, dicha fórmula de elección conecta directamente con el modo de constitución de las representaciones unitarias, siendo fiel reflejo del mandato constitucional preconizado por el artículo 129.2 CE. Sin embargo, su naturaleza jurídica es difícilmente equiparable a las representaciones unitarias, puesto que su forma de constitución se distancia de un procedimiento electoral con las debidas garantías, no dotándose las, ni de las competencias que tienen, -que en un proceso de crisis empresarial han ido fraguando su posición a través de la información que la empresa les debe proporcionar periódicamente-, ni, desde luego, de las garantías que poseen las representaciones electivas [arts. 64 y 68 ET].

La fórmula actual nace carente de competencias, al margen del reconocimiento de la legitimación negociadora en las consultas, y lo que es peor de las garantías que fortalecen a las representaciones de los trabajadores en la negociación del posible acuerdo. Como se ha mencionado, se conciben como una representación *ad hoc* que ha de ser elegida en cinco días y que tendrá que negociar, si todo va bien, en diez días todo un proceso de reestructuración empresarial, sin contar con toda la información y documentación en la que se suelen apoyar las estructuras representativas de

forma previa, y sin tener también la experiencia negociadora que aportan las organizaciones sindicales en estos procesos, puesto que a contrario de lo que sucede en el modelo español del doble canal, la presencia sindical se ha querido desconectar de dichas Comisiones.

De otro lado, y más grave todavía, tampoco, se atribuye a los trabajadores que la integran ni una especial protección jurídica por la función negociadora que van a desempeñar frente a la empresa, ni el conjunto de prerrogativas legales que faciliten su actuación. En suma, a nuestro parecer, dicha Comisión no goza de un carácter equiparable a las representaciones unitarias, ni desde luego a las sindicales, sino que se aproxima en mucha mayor medida a una fórmula representativa asimilable a una negociación directa con los trabajadores a través de unos portavoces que les representan [ALFONSO MELLADO, C.A., 2010, 112 y MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., 2011, 326]. Como se ha dicho con razón, la elección de dicha Comisión no respeta las reglas indicadas por el Convenio OIT nº 145 ratificado por España para poder ser considerado verdaderos representantes, relativas no sólo al régimen de garantías para el ejercicio de la función representativa, sino también a los requisitos de acceso a dicha condición [VALDES DAL-RE, F., 2012, 18].

En cualquier caso, dicha fórmula representativa puede resultar un mecanismo adecuado en las empresas de un número reducido de trabajadores y también en las organizaciones más grandes en las que la plantilla es reacia a las representaciones sindicales, siendo más rápida y más fácil en su articulación que la Comisión sindical, puesto que los trabajadores eligen de modo directo y, entre ellos, quien quiere que les represente. Sin embargo, no se puede ocultar las debilidades que puede tener dicha Comisión; en especial, en el ámbito de la microempresa, si se considera la proximidad entre los sujetos negociadores y la ausencia de garantías de dicha representación para defender adecuadamente sus intereses, así como la falta de experiencia en la negociación, que conducen a que dicha Comisión pueda resultar especialmente vulnerable en la negociación ante las posibles presiones o manipulaciones por parte del empresario [vid. sobre la precariedad de la figura ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 2011, 326]. Todo ello, puede desembocar, finalmente, en que el período de consultas finalice formalmente con acuerdo, bajo cuya cobertura se adopten unas medidas impuestas unilateralmente por el sujeto empresarial. En consecuencia, dicha opción del texto legal, tal y como se ha configurado por el legislador, puede conducir a un reforzamiento de los poderes empresariales que, indudablemente, no se produce cuando la elección se decanta por una Comisión sindicalizada.

No obstante, los problemas de dicha Comisión no finalizan aquí, sino que derivan también de su difícil encuadramiento dentro del modelo de doble canal de representación de los trabajadores. Su problemática adscripción no plantea mayor dificultad cuando se trata de negociar un traslado colectivo o una modificación colectiva de condiciones de trabajo, pero sí se intensifica el debate, cuando se trata de modificar un convenio colectivo estatutario a través de la vía del artículo 82.3 ET. Desde esta perspectiva, se ha de afirmar que nuestro sistema constitucional de negociación colectiva queda claramente resentido o evidentemente atacado, cuando se admite que un acuerdo

negociado entre tres o menos trabajadores de un empresa pueda poner en jaque todo el régimen de condiciones de trabajo que se pueden inaplicar de un convenio de sector [art. 82.3 ET]. O dicho de manera más explícita, las consecuencias de la admisión de la modificación de las condiciones de trabajo de un convenio estatutario por una Comisión constituida por tres trabajadores de la empresa resultan bien graves para el derecho constitucional de negociación colectiva, así como para el derecho de libertad sindical [art. 37.1 CE], puesto que a su través puede una empresa inaplicar el régimen de ordenación del tiempo de trabajo o la cuantía salarial de un convenio colectivo sectorial, recurriendo a un *acuerdo plural* negociado por una Comisión constituida por tres trabajadores de la organización [Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L. 2010, 127 y VALDES DAL-RE, F., 2012, 18]. A nuestro juicio, dicho pacto no puede considerarse una manifestación de la negociación colectiva que pueda dejar sin efecto a un producto de la negociación colectiva estatutaria, al quebrar las reglas de legitimación colectiva que caracterizan y distinguen al instrumento colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales, puesto que dicha Comisión no puede considerarse una representación del interés colectivo.

En consecuencia, no se debería haber admitido una Comisión de este tipo para inaplicar un convenio, sea cual sea la materia afectada, por ir en contra de la fuerza vinculante que la Constitución reconoce al derecho de negociación colectiva del artículo 37.1, violentando simultáneamente el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE. En este sentido, la doctrina constitucional ha sido contundente, decantándose con claridad por la imposibilidad de que los pactos individuales o plurales en masa puedan inaplicar el contenido de los convenios colectivos, siendo dicha naturaleza la que se ha de preconizar de los acuerdos adoptados por las Comisiones extrasindicales o directas [entre otras, SSTC 225/2001, de 26 de noviembre y 238/2005, de 26 de septiembre].

En su virtud, y dados los términos legales del nuevo artículo 82.3 ET que remite al nombramiento de una Comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET “en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores”, se habrá interpretar dicha regla de remisión con una interpretación restrictiva de la norma de reenvío. En concreto, a nuestro entender, se debería excluir la Comisión extrasindical como órgano posible de negociación o consulta con el fin de adecuar la constitucionalidad del mandato, pudiendo en este supuesto sólo nombrar una Comisión sindicalizada que es la que efectivamente podrá negociar con efectividad la inaplicación del convenio colectivo del sector. Con esta tesis interpretativa queda salvaguarda la fuerza vinculante del derecho a la negociación colectiva que rige en nuestro Derecho, que no admite que un convenio colectivo pueda ser inaplicado porque así lo decida un pacto individual o plural en masa [art. 37.1 CE].

B.2. La opción por una Comisión sindicalizada

Como se sabe, la otra opción que plantea el legislador es por una Comisión sindicalizada, cuya elección ha de ser decidida por los propios trabajadores de la empresa. Dicha Comisión también ha de estar integrada, como máximo por tres miembros, que van a designar los sindicatos más

representativos y los representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma [art. 41.4 ET]. Indudablemente, dicha alternativa refuerza el papel del sindicato como instrumento de representación en la empresa. Una vez que los trabajadores seleccionan dicha alternativa, las organizaciones sindicales con representatividad en el sector serán las encargadas de elegir a los concretos miembros que van a formar parte de la misma, respetando la representatividad que tenga cada uno de los sindicatos a la hora de designar sus componentes, en virtud de los términos legales que remiten a las reglas de legitimación plena de los convenios supraempresariales. En suma, los sindicatos deberán seleccionar y repartir los puestos en función del porcentaje representativo que cada sindicato haya obtenido en el sector en cuestión.

Indudablemente, el problema que plantea esta opción que pretende respetar la representatividad de los sindicatos en el sector es la limitación del número de miembros que preceptúa el texto legal. La nueva regla estatutaria impone que la Comisión debe estar integrada por un máximo de tres miembros. A nuestro entender, dicha cifra, pese a su tenor literal, debe ser la regla general que deberá imperar en el número de miembros, puesto que la opción por un sólo componente desvirtúa la naturaleza de una Comisión y la cifra de dos miembros resulta una cifra disfuncional, si los acuerdos han de decidirse por mayoría. Por tanto, la Comisión indicada en el artículo 41.4 ET por regla general habrá de estar compuesta por tres miembros, cifra que no puede ser incrementada a la luz de la dicción literal de la norma, y que puede generar serios problemas en la constitución, cuando se trate de designar una Comisión en cuyo sector haya más de tres sindicatos más representativos o cuasirepresentativos, no pudiendo proyectarse la representatividad de los sindicatos en la Comisión sindicalizada [En contra, GARCIA PERROTE, I., 2010, 176 y NIETO ROJAS, P., 2012, 70]. Y es que resulta gravemente disfuncional la rigidez de la cifra utilizada que hubiera debido de corregirse a favor de la aplicación de la *regla de la proporcionalidad* en la aplicación de la representatividad sindical en el ámbito negociador en cuestión, que resulta un principio clave en la negociación colectiva estatutaria.

Finalmente, el legislador prevé que si la opción de los trabajadores es por una Comisión sindicalizada, el empresario puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas las más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial. Como se ha dicho con razón, dicha disposición legal no es realmente una innovación normativa, puesto que dicha facultad ya la tenía el empresario con anterioridad [CRUZ VILLALON, J., 2010, 102]. Tanto con la legislación precedente, como con la actual, podía encomendar su representación a una organización empresarial del sector, sin condicionante alguno; o lo que es lo mismo la elección de la organización empresarial por la que se decantase no requería representación alguna, siendo libre la empresa para efectuar tal delegación representativa en cualquier circunstancia y a favor de cualquier organización empresarial, sean o no identificadas por la Ley. Por tanto, a la vista de esta falta de innovación legal se desprende que lo que ha

pretendido el legislador en este caso es recordar a las microempresas las posibilidades que tienen a su alcance, cuando ha de negociar con una Comisión sindicalizada, asegurando una cierta reciprocidad o equilibrio entre ambos sujetos, “sectorializando la negociación de los acuerdos recogidos en tales preceptos estatutarios” [ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 2010, 28].

3.2.2. Duración del período de consultas

La Ley 35/2010, alteró los plazos relativos a la duración del período de consultas, tanto para el caso de los traslados colectivos [art. 40.2 ET], como para las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo [art. 41. 4 ET], cuya disciplina repercute directamente en el procedimiento de consultas que ha de tramitarse para el descuelgue convencional [art. 82.3 ET], puesto que dicho precepto remite a esta última regla cuando se refiere al desarrollo del período de consultas. La tendencia normativa general impuesta ha sido la de reducir la duración de los plazos para la negociación del acuerdo en todas aquellas medidas de reestructuración empresarial que así lo requieran. En particular, y para las tres medidas indicadas de flexibilidad interna, la ordenación vigente desde la reforma de 2010 establece una duración que no será “superior a quince días”. La reforma operada es bien relevante, puesto que la disciplina precedente establecía una regla de derecho necesario relativo que imponía un período “mínimo” para la negociación fijado en treinta días, que podía consecuentemente, ser ampliado sin restricción normativa alguna.

De esta forma, la modificación cambia sustancialmente la *naturaleza jurídica* del precepto, al establecer un “máximo” de derecho necesario relativo que fija un tope o máximo legal computado en días naturales y no hábiles, en lugar de un mínimo, que podrá, incluso, ser modificado por la negociación colectiva sólo a la baja en virtud de los términos legales que no parecen permitir una duración ampliada. En cualquier caso, es preciso reseñar que dicha eventual reducción del plazo previsto por la fuente colectiva no resulta muy previsible que se produzca en la práctica convencional, si se atiende a la funcionalidad que cumple el período de consultas que conduce a que resulte en extremo difícil que se desenvuelva un verdadero proceso negociador en un período de tiempo más reducido.

Junto a esta reforma, se ha de poner de relieve que la redacción que se ha incorporado a dichas reglas estatutarias sufrió una modificación durante la tramitación parlamentaria del RDL 10/2010, de origen, al hacer desaparecer el carácter *improrrogable* del plazo que contenía la norma de urgencia, en la versión definitiva de las normas estatutarias. A nuestro entender, dicha rectificación fue plenamente acertada, al existir un consenso generalizado acerca de que fuese cual fuese la redacción legal, la norma no podía impedir que si los agentes negociadores querían continuar negociando, superados los plazos legales, lo hiciesen, no incurriendo en ningún reproche jurídico el pacto alcanzado fuera del plazo fijado.

Y es que la verdadera y genuina novedad del cambio es que realmente la nueva ordenación legal legitima al empresario, una vez transcurridos los quince

días previstos por la Ley, a clausurar el período de consultas, y a adoptar su decisión sin que legalmente se le pueda exigir la continuidad del proceso negociador. En efecto, el calado de dicha novedad es mayor en el supuesto del traslado colectivo y de las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo, puesto que al sujeto empresarial se le facilita la adopción de la decisión de forma más ágil y rápida que con la legislación anterior, reduciendo la capacidad de presión que puedan tener las representaciones de los trabajadores en el escenario de la negociación. Por el contrario, como se sabe, cuando se trata del descuelgue convencional, una vez concluido el período de consultas sin acuerdo, la fase siguiente no es la de la decisión empresarial, sino la posibilidad de acudir a un procedimiento heterónomo para salvar la falta de acuerdo que impide la inaplicación convencional. De esta forma, esta limitación tan excesiva en la duración de los plazos en los que ha de ventilarse el período de consultas puede provocar una dificultad cierta en la consecución del acuerdo, que es la finalidad principal a la que responde la adopción del período de consultas que sin duda requiere un tiempo para la negociación de las medidas que en muchos casos se quedará corto, promoviendo el objetivo de agilizar el procedimiento, sin tener en cuenta su complejidad, al fin y a la postre la facilitación de la decisión empresarial unilateral en lugar de una flexibilidad interna negociada, mucho mejor aceptada dentro de la organización empresarial.

En cualquier caso, la nueva formulación legal responde con claridad a la finalidad expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010, que en esta línea confirma la Ley 3/2012, que es la de que “se persigue dotar procedimiento de mayor agilidad y eficacia”. Consiguientemente, se cambia de forma sustancial, no sólo la duración del plazo que ya es relevante *per se*, al reducirse a la mitad el plazo fijado, sino su naturaleza, fijándose un término máximo. De esta forma, las reformas una vez más vienen a fortalecer la posición del empresario en el período de consultas, puesto que el sujeto empresarial sabe y conoce, desde el inicio de la negociación que, una vez transcurrido el período previsto legalmente, podrá dar por concluidas las negociaciones e imponer su decisión sobre la modificación. Transcurridos quince días, el empresario se podrá negar a continuar negociando con la representación de los trabajadores, sin reproche jurídico alguno; no obstante, si el sujeto empresarial quiere continuar negociando con el fin de alcanzar un posible acuerdo, también estará legitimada para ello. Por tanto, se le abren todas las alternativas posibles sin apenas costes y contrapartida alguna.

Admitir una interpretación distinta del texto legal no tiene sentido, puesto que si la redacción de las nuevas reglas estatutarias se lo impidiese, el empresario podría transgredir la prohibición, bien abriendo un nuevo período de consultas para iniciar un nuevo plazo de cómputo o, bien, llevar a cabo una negociación informal antes de que se inicie formalmente el período de consultas con el fin de adelantar previamente los términos de la negociación. Todas estas propuestas son soluciones artificiales para evitar la aplicación de un plazo que no debe entenderse como un límite insoslayable en la tramitación del período de consultas, debiendo prevalecer en este caso la decisión de la autonomía colectiva.

Finalmente, la brevedad del plazo estipulado para las consultas puede en la práctica dificultar seriamente el proceso negociador y la posibilidad de acuerdo, hasta tal punto que se convierta en una negociación meramente formal que simplemente deje transcurrir el período de tiempo fijado por la Ley, pero sin mostrar una voluntad negociadora. A nuestro juicio, dicho desajuste iría en contra de la *regla de buena fe* que ha de presidir la negociación en el período de consultas, no pudiendo considerarse que efectivamente se han desarrollado las consultas, si desde su inicio se acredita que no ha habido una voluntad de negociar por los agentes negociadores. En efecto, dicha dificultad para darse una auténtica negociación por la limitación del plazo, dependerá de numerosos factores, como la naturaleza de las medidas propuestas, el número de afectados, o la entidad y complejidad de la causa que ampare las vicisitudes contractuales. No obstante, llama la atención que no se suspenda el plazo de quince días, cuando hay que designar en los centros sin representación Comisiones [art. 41.4 ET], o cuando en el propio período de consultas se ha de resolver también el procedimiento extrajudicial para resolver la discrepancia en la negociación. Se trata de supuestos que han de resolverse igualmente en el período de quince días previsto por la Ley, revelando esa rigidez en el plazo una falta de realismo del legislador excesiva que puede dificultar el desarrollo regular del período de consultas.

3.2.3 Contenidos principales de la consulta-negociación: reglas de adopción del acuerdo

Las reglas relativas al período de consultas prescriben una regla general sobre el objetivo principal y final de las consultas y una serie de reglas particulares sobre su contenido específico. Con respecto a la regla general, el mandato estatutario se refiere a la vocación última que persigue la apertura del período de consultas, así como a la regla esencial que ha de guiar el comportamiento negocial de ambas partes. En este sentido, “las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo” [arts. 40.2 y 41.4 ET]. De conformidad con la naturaleza de las consultas como proceso esencialmente de negociación, dicho mandato no hace más que reflejar la finalidad última que persigue su instauración que es la consecución del acuerdo entre las partes negociadoras. Es decir, se trata de que el empresario adopte la medida colectiva con el previo respaldo de un pacto con la representación de los trabajadores.

En cualquier caso, durante el desarrollo del proceso de negociación debe regir la regla ya clásica y tradicional del “deber de buena fe” que pesa sobre cada uno de los agentes negociales, que se debe traducir en una actitud o voluntad real por parte de los sujetos legitimados de poner los medios a su alcance en esa negociación, con el fin de alcanzar el objetivo último de lograr la consecución de un acuerdo colectivo sobre la medida propuesta. Es una regla que impera en todas y cada una de las medidas que han de negociarse en un proceso de reestructuración empresarial [vid. también art. 51.2 ET]. Como se sabe, dicho deber no implica la obligación de la consecución de un pacto colectivo, sino sólo de no adoptar posiciones radicales u obstruccionistas que desde el inicio impidan todo punto de consenso. Desde esta perspectiva, no se

puede entender observado dicho deber, si la parte o partes negociadoras, simplemente dejan transcurrir el período fijado como un mero trámite, pero sin implicarse en un auténtico proceso negociador; por ello, y aunque la Ley no lo prescribe, tal y como sucede con los procedimientos de regulación de empleo, resulta práctica habitual o común que se documente el contenido del proceso mediante las correspondientes actas, que deberán reflejar en caso de desencuentro los puntos o extremos que impiden el pacto. En este sentido, y pese a haber desaparecido la alternativa paralizadora de la decisión empresarial del traslado colectivo por parte de la autoridad laboral, se mantiene la obligación de la empresa de notificar a dicha autoridad, no sólo la apertura del período consultas, sino también “las posiciones de las partes tras su conclusión” [art. 40.2 ET].

A tal efecto, es preciso indicar que la medida empresarial de esta índole que se acredite que no se ha llevado a efecto tras la negociación de un período de consultas se declarará nula y sin efecto [art.138.7 LRJS]*, puesto que la tramitación del período de consultas se erige en un presupuesto esencial para que la posterior decisión empresarial sea válida. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el proceso se inicia por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial “aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 ET”, sancionándose con la nulidad cuando el empresario elude “las normas relativas al período de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 ET” [art. 138.7 LRJS]. En caso de que la decisión sobre la adopción del traslado colectivo o de la modificación colectiva se adopte sin haber tramitado previamente un auténtico proceso de consultas-negociación, la representación de los trabajadores deberá impugnar la decisión a través del proceso de conflicto colectivo solicitando la nulidad de la decisión empresarial [art. 153 LRJS]. Además, dichos comportamientos expresamente se han tipificado como infracción administrativa grave con la Ley 3/2012 [art. 7.6 LISOS]

Sentada dicha regla general, las normas relativas a este período establecen un mandato específico del contenido sobre el que ha de girar dicha negociación. En concreto, en todos los casos dicho período deberá versar “sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados” [arts. 40.2, 41.4 ET y 82.3 ET por remisión]. Se trata de contenidos que reproducen casi en su literalidad la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998 relativa a los despidos colectivos. Pese a que dicha disposición no resulta aplicable a las medidas de flexibilidad interna, parece claro que sus reglas ordenadoras inspiran la naturaleza y contenidos de los períodos de consultas que se llevan a cabo para la adopción de cualquier medida de reestructuración empresarial.

De conformidad con lo dispuesto en dichas normas, en primera instancia, el contenido del intercambio en la negociación debe versar sobre la *causa* que motiva la apertura de las consultas. A este respecto, la acreditación de la causa requiere poner a disposición de los representantes de los trabajadores la información y documentación pertinente –económica, financiera u organizativa– que pruebe la presencia de la justificación invocada para proponer la medida.

En este sentido, y aunque la causa se ha devaluado sustancialmente con la reforma de 2012 en el ámbito de las vicisitudes contractuales, al requerir la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, identificadas como “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” [arts. 40.2 y 41.4 ET], el empresario tendrá que probar la relación entre las medidas adoptadas y la causa invocada, de modo que tendrá que acreditar la relación de causa y efecto entre la modificación acordada y la competitividad o productividad empresarial. No obstante, la amplitud y carácter difuso de la causa identificada con factores, cualquiera de ellos, que son esenciales para la pervivencia de cualquier empresa conducen a que su expresión legal provoque que al empresario se le de prácticamente libertad plena para mover a los trabajadores [MARTINEZ BARROSO, M^a.R., 2012, 103 y SAEZ LARA, C., 2012, 230]. Todo ello tiene consecuencias directas en el período de consultas, puesto que en la medida en que se flexibiliza la dimensión causal de las medidas, indirectamente se reduce la capacidad de control de los representantes de los trabajadores sobre la decisión empresarial, quedando reducido más a la negociación del alcance de la medida y no tanto a la justificación de sus causas [SAEZ LARA, C., 2012, 231].

Desde esta perspectiva, se deberá tener en cuenta que dicho fundamento causal es el motivo principal de impugnación tanto de la reclamación judicial individual [art. 138 LRJS], como del proceso de conflicto colectivo [art. 153 LRJS]. Y en este sentido, la empresa se encontrará vinculada por los motivos invocados en el período de consultas, de cara al ejercicio de su derecho de defensa en el futuro proceso judicial. Ahora bien, como se ha dicho con razón, la mayor libertad que se confiere al empresario en la adopción de estas medidas implícitamente supone una menor carga probatoria en el momento en que se plantee el conflicto o la reclamación [SEMPERE NAVARRO, A.V., y MARTIN JIMENEZ, R., 2012, 199], pero en cualquier caso no se puede obviar la vinculación que se produce entre las causas invocadas y justificadas en el período de consultas y las invocadas dentro de las modalidades procesales implicadas que deberán ser las mismas e idénticas.

Una vez probada la causa, se deberá negociar sobre el *alcance de la medida o medidas propuestas* o, lo que es lo mismo, se deberá dilucidar sobre la dimensión temporal o definitiva del cambio, el número de los trabajadores afectados, los criterios de selección de los designados con posibilidad de negociar prioridades de permanencia no previstas legalmente y, finalmente, si procede o no compensaciones para los afectados. De este modo, se pone en práctica, en primera instancia, la negociación sobre las posibilidades de evitar o reducir los efectos de la medida inicialmente proyectada por el empresario y, en segunda instancia, se negocia en las consultas las posibles compensaciones para atenuar los efectos sobre los trabajadores que se ven afectados por las medidas colectivas.

A tal efecto, resultará relativamente frecuente, por la propia naturaleza y significado de la negociación que las medidas inicialmente propuestas sean modificadas a lo largo del desarrollo del proceso negociador, pudiendo acordar,

al fin y a la postre, una medida o medidas manifiestamente distintas a las inicialmente propuestas o con un contenido sustancialmente diferente al formulado en un principio. Desde esta perspectiva, resulta connatural al período de consultas el examen de la pertinencia o idoneidad de los instrumentos de reestructuración productiva propuestos, así como la valoración de posibles alternativas a su puesta en práctica, así como la negociación de los criterios de selección de los sujetos eventualmente afectados por las medidas. En este sentido, la reforma de 2012 no sólo reproduce la tradicional prioridad de permanencia a favor de las representaciones de los trabajadores, sino que invita a los negociadores de los períodos de consultas a establecer prioridades de permanencia “a favor de otros trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad” [art. 40.5 ET]. De esta forma, la Ley remite a la negociación colectiva a reglamentar reglas de prioridad distintas que tienen en cuenta derechos de los trabajadores con relevancia constitucional. No obstante, valorada positivamente la regla en este terreno, se echa en falta que delegue la competencia reguladora en la autonomía colectiva en lugar de decantarse por un pronunciamiento legal que establezca como sucede en ordenamientos próximos al nuestro –Derecho francés- dichas prioridades en el mantenimiento del empleo que se erigirían en verdaderos límites para la propuesta empresarial.

De otro lado, resulta contenido habitual objeto de negociación las posibles compensaciones que se puedan acordar para los trabajadores afectados frente a las modificaciones de condiciones de trabajo. En particular, frente a una decisión de traslado colectivo, como se sabe, procede en cualquier caso una compensación por gastos propios y de los familiares, cuya cuantía se remite al pacto negociado que en ningún caso podrá ser inferior a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación [art. 40.1 ET]. Ahora bien, en el caso de las modificaciones colectivas o el descuelgue convencional su articulación no implica necesariamente la negociación de resarcimiento alguno; no obstante, dicha inexigibilidad legal no implica que no pueda ofertarse por el empresario cualquier tipo de compensación por los eventuales perjuicios que puede suponer para la plantilla las nuevas condiciones laborales.

Por último, uno de los contenidos que se incorporan con la reforma de la Ley 35/2010 como novedad es que las partes dentro de las consultas pueden decidir ante el bloqueo o desacuerdo en la negociación recurrir a los procesos de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. En este sentido, la regla legal legitima a las partes negociadoras para que puedan acordar “en cualquier momento” la sustitución del período de consultas por la aplicación de un procedimiento de mediación y arbitraje [art. 40.2 y 41.4 ET]. De la dicción literal de la norma, se desprende que la sustitución se puede realizar en cualquier secuencia temporal. Por tanto, no es necesario, ni preceptivo con la regulación actual, antes al contrario, agotar la negociación que supone la tramitación del período de consultas para recurrir a dichos procedimientos.

Por el contrario, la Ley concibe que ambos procedimientos – consultas y proceso extrajudicial- han de ventilarse en el mismo período de duración de

quince días. En este sentido, las reglas estatutarias preceptúan expresamente que dicho procedimiento “deberá desarrollarse dentro del plazo máximo” señalado para el período de consultas. Consecuentemente, dicha previsión implica que lo más conveniente a efectos del cumplimiento del plazo indicado es que las partes negociadoras decidan desde prácticamente su inicio, al calibrar los términos de la discrepancia, reemplazar el período de consultas por el sometimiento a un procedimiento extrajudicial. No obstante, si no es así, siempre estará al alcance de las partes agotar el período de consultas sin acuerdo, e iniciar en un momento posterior un nuevo período de consultas que coincida su comienzo con la decisión de tramitar un proceso de mediación u arbitraje. En la medida en que sean las propias partes negociadoras las que libremente adopten estas prácticas, no podrán entenderse contrarias a derecho por fraudulentas o abusivas en la aplicación de las prescripciones legales [CRUZ VILLALON, J., 2011, 284].

Dicha opción sólo estará sometida a una condición y es que ambas partes estén conformes con la decisión de su sustitución. Dicha condición se exige, inexcusablemente, reclamando el legislador un acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores en someterse a un procedimiento de esta naturaleza. Desde esta perspectiva, llama la atención que en caso de recurrir a la mediación se exija también el acuerdo entre las partes, cuando en las reglas comunes sobre procedimientos extrajudiciales de conflictos colectivos, se requiere por lo general la iniciativa sólo de una de las partes. No obstante, en la hipótesis legal en ambos supuestos se prevé el acuerdo, tanto para recurrir a un proceso de mediación como de un arbitraje, instrumentos que sin duda salen revalorizados con las últimas reformas legales.

Finalmente, se ha de indicar que dichas medidas de flexibilidad interna se pueden negociar de una *forma individualizada y por separado*, o lo que es lo mismo, las consultas se deberán abrir con las representaciones de los trabajadores siempre que se trate adoptar una decisión de traslado colectivo, modificación colectiva de condiciones de trabajo o descuelgue convencional, pero ésta no es la única alternativa; también se pueden llevar a cabo la consulta de una forma conjunta. En este sentido, el derecho de consulta a favor de las representaciones colectivas se puede presentar desde una óptica distinta, cuando se negocian como *medidas que atenúan los efectos de un despido colectivo*, es decir dentro del marco de un proceso de reestructuración empresarial, proponiéndose como instrumentos de conservación del empleo que tienen como principal justificación, la de evitar o reducir los efectos de despido colectivo [art. 8 c), d) y e) RD 1483/2012].

Desde esta perspectiva, el reglamento de los procedimientos de despido colectivo, incluye expresamente como “Medidas sociales de acompañamiento” a la movilidad geográfica [art. 8.1 c) RD 1483/2012], modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo [art. 8.1 d) RD 1483/2012], e inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET [art. 8.1 e) RD 1483/2012], integrando expresamente las medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica como medida para atenuar las consecuencias en los

trabajadores afectados [art. 8.2 e) RD 1483/2012]. Por supuesto, la óptica con que se contemplan las medidas modificadoras es bien distinta a la referenciada con anterioridad, variando fundamentalmente su justificación y procedencia; no obstante, en cualquier caso dichas medidas serán preceptivamente objeto del derecho de consultas reconocido a las representaciones de los trabajadores.

Finalmente, el período de consultas puede finalizar con *acuerdo* que exige la regla tradicional de mayoría para la representación de los trabajadores, requerida por la legislación laboral para todas y cada una de las medidas que pueden integrar un proceso de reestructuración empresarial [arts. 40.2, 41.4., 82.3 ET]. La regla legal estipula una doble regla, en función de si el período de consultas ha sido negociado por las representaciones unitarias o por las sindicales. De este modo, para concluir el acuerdo se exige “la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos”. Por tanto, en cualquier supuesto, rige la regla de la mayoría para la adopción del acuerdo. Ahora bien, la pregunta que se plantea es si resulta necesario que el voto favorable requerido por los preceptos legales debe concurrir sobre el cómputo de los representantes de la totalidad de los centros de trabajo que componen la empresa o si, por el contrario, bastará el consentimiento de la mayoría de las representaciones unitarias de los centros de trabajo que finalmente resulten afectados por la medida negociada. Como regla general, la respuesta se debe inclinar por la primera opción, exigiendo para la validez del acuerdo colectivo que la mayoría opere sobre el conjunto de la empresa y no de forma individualizada sobre cada centro de trabajo. En este sentido, la dinámica de estas medidas colectivas atiende a la empresa en su conjunto y no a ámbitos infraempresariales; por ello, el acuerdo tiene que exigir en el caso de empresas pluricelulares que se de sobre el conjunto de la empresa y no tanto de modo exclusivo en los centros de trabajo afectados* [negociación por centros de trabajo o en la empresa en su globalidad].

No obstante, dicha regla general encontrará una excepción y es cuando la medida en cuestión este muy focalizada en un concreto y predeterminado ámbito, bien por razones territoriales o funcionales, no afectando a la totalidad de la empresa, en cuyo caso se podrá articular un acuerdo a nivel de centro de trabajo y no de empresa. A nuestro modo de ver, dicha clase de pactos infraempresariales siempre serán posibles, cuando la unidad este bien delimitada, las circunstancias detonantes del acuerdo tengan esa dimensión y la elección por dicho marco negocial no perjudique a la organización empresarial en su conjunto, decidiéndose la negociación del período de consultas *ab initio* en un ámbito empresarial más reducido por ambas partes negociadoras.

Con respecto a las *representaciones sindicales*, las reglas estatutarias requieren una condición adicional y clásica a la regla de la mayoría con el fin de que las secciones sindicales acrediten la implantación en el ámbito empresarial, garantizando la representatividad del sujeto negociador no sólo frente a sus afiliados, sino en relación directa con el conjunto de la plantilla de la empresa. Al igual que las representaciones electivas, dichos órganos

deberán prestar su conformidad por mayoría al acuerdo; ahora bien, su legitimidad plena vendrá condicionada a que representen a la mayoría de las representaciones unitarias del conjunto de la empresa y no sólo de los centros de trabajo afectados; requisito que les permitirá la adopción de un acuerdo que gestione las medidas más apropiadas de reestructuración productiva para la empresa en su globalidad.

Finalmente, en el caso de que se haya atribuido la legitimación negociadora a las Comisiones, y al igual que sucede para las representaciones de los trabajadores, cuando sean éstas quienes negocien requerirá para la consecución del acuerdo “el voto favorable de la mayoría de sus miembros” [art. 41.4 ET]. Por tanto, la consecución del acuerdo en el período de consultas exigirá el consentimiento expreso de la mayoría de los miembros de la Comisión que, como se sabe, reunirá por lo común la condición de tres miembros; ahora bien, la regla como se infiere de su dicción literal se adopta con base al criterio personal y no proporcional, primando el voto por “cabezas” sobre el voto basado en porcentajes representativos, como sucede en los procesos de negociación colectiva [art. 89. 3 ET] .

De otro lado, el período de consultas podrá finalizar *sin acuerdo*, pudiendo el empresario imponer la decisión unilateralmente, si se trata de un traslado colectivo o una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo [arts. 40.2 y 41.4 ET], estando, por el contrario, impedido para adoptar la decisión, si se trata de la inaplicación del convenio colectivo que requerirá en caso de falta de acuerdo recurrir, bien a la Comisión del convenio o a los distintos procedimientos extrajudiciales previstos por el reformulado artículo 82.3 ET. En este sentido, el desacuerdo bien se podrá solventar por la comisión del convenio, o bien las partes podrán decidir recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico [art. 83 ET]. En el caso de que no fueran aplicables o no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o al órgano correspondiente de la comunidad autónoma, que podrá decidir por sí misma o designar un árbitro que decida. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que la decisión adoptada mediante laudo arbitral tendrá la misma eficacia que si las partes hubieran alcanzado un acuerdo en el período de consultas [art. 82.3 ET].

CAPÍTULO V: EL DERECHO ESPECIAL DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SISTEMA ESPAÑOL (II): PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA

1. Los derechos de información en el despido objetivo económico

En la ordenación estatutaria específica que disciplina el despido objetivo, no se establece obligación o deber empresarial alguno reconocido a favor de la representación de los trabajadores. De la lectura conjunta de su regulación sólo se refiere la normativa a la representación de los trabajadores, cuando se indica para el despido económico menor, la obligación empresarial de dar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento [art. 53.1 c) ET]. Pese a la redacción literal de la norma, se ha entendido que hay un error en la redacción del precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí misma una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes a que hace referencia la regla estatutaria no se referiría realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva, y la puesta a disposición de la indemnización, puesto que realmente el plazo de preaviso que exige la ley no es un requisito de contenido, sino simplemente un plazo que se ha de respetar entre la entrega de la comunicación y la efectividad del despido. Además, dicho plazo tiene una finalidad muy concreta y es que el trabajador disponga de una licencia retribuida con el fin de buscar nuevo empleo [art. 53.2 ET], habiéndose reducido por obra de la reforma de la Ley 35/2010 a quince días, en lugar de a los treinta días que requería la regulación anterior.

En cualquier caso, de esta interpretación sistemática de la norma, parece claro que no es, por tanto, el preaviso una declaración de voluntad extintiva de la que pueda darse copia a la representación de los trabajadores, teniendo en cuenta que su omisión no tiene consecuencias relevantes para la calificación del despido, o lo que es lo mismo, su incumplimiento no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación empresarial de abonar los salarios correspondientes a dicho período [art. 53.4 ET]. En suma, la concesión del preaviso puede respetarse en la comunicación, incumplirse total o parcialmente, sin que tenga efectos en la propia decisión extintiva; ahora bien, dicho plazo por sí mismo no contiene ninguna información útil a efectos del control de las decisiones extintivas del empresario: *“Por ello, no tiene sentido establecer una obligación de comunicación del preaviso y hay que entender que la información debe referirse a la comunicación del cese, lo que por lo demás, podrían constituir una ampliación de los derechos de información del artículo 64 ET”* [STS 18 abril 2007, RJ 2007\3770].

Una vez aclarado el alcance objetivo que abarca este derecho de información a la representación de los trabajadores concretado en entregar al sujeto colectivo, las propias comunicaciones empresariales que se entreguen a los trabajadores individualmente, cuando el despido objetivo tenga como fundamento una causa económica, técnica, organizativa o de producción, se ha

de tener en cuenta que dicho derecho se habrá de activar, tanto para las representaciones unitarias, como para las sindicales [art. 10.3 LOLS]. Pese a que la dicción de la regla estatutaria sólo hace referencia a las representaciones legales o estatutarias, el delegado sindical tiene que tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, en caso de que no forme parte del mismo.

De otro lado, con respecto al momento en que habrá de desplegarse, parece claro que ha de entregarse la comunicación de forma simultánea al instante en que se pone en conocimiento del propio trabajador afectado, también habrá de darse copia a la representación de los trabajadores. Con respecto a la finalidad que cumple este derecho de información, como derecho instrumental, el objetivo parece claro: a partir de esta información, la representación de los trabajadores podrá efectuar un control sobre los umbrales cuantitativos que marca dicha regla con el fin de que no sean superados, puesto que en dicha hipótesis el empresario está obligado a tramitar el período de consultas prescrito para el despido colectivo, debiendo controlar la identidad de la causa que lo ampara.

Dicha trascendental función de este derecho de información reconocido por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha considerado que “la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo” [STS 18 abril 2007, RJ 2007\3770] provocó que su incumplimiento tuviera efectos directos sobre la propia validez de la decisión extintiva. De este modo, junto a la solución común frente a la transgresión de los derechos de información que da lugar a una sanción administrativa, por la concurrencia de una infracción administrativa grave [art. 7.7 LISOS], la respuesta judicial fue más allá, decantándose por la nulidad de la decisión extintiva. Y ello, porque sin una información de esta clase, que tiene que necesariamente centralizarse en la representación de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del despido objetivo económico, y por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos a efectos de mantener en el proceso la causa de nulidad del art. 122.2 d) LPL en relación con el art. 51 ET: la utilización indebida del despido objetivo por sobrepasar los límites cuantitativos mencionadas en la mentada regla. Dicho pronunciamiento se produjo antes de la reforma de 2010 sobre el despido objetivo que, como se sabe, conllevó la consecuencia fundamental de que los defectos de forma en el despido por causas objetivas, en lugar de conducir a la calificación de nulidad de la decisión extintiva, iban a provocar la improcedencia del despido [art. 53.4 ET]. Por tanto, parece que a partir de la Ley 35/2010, la contravención por parte del empresario de este derecho de información a la representación de los trabajadores conducirá a la calificación de improcedente y no de nulo del despido económico, sin perjuicio de que se ha de considerar que si el número de despidos objetivos superan los umbrales que prevé la ley para calificarlo como colectivo deberá continuar calificándose de nulo al no llevar a cabo el período de consultas que exige el despido colectivo [art. 124.2 b) LRJS] [SAN 27 julio 2012].

2. Los derechos de consulta en los procedimientos de regulación de empleo: despidos colectivos, suspensiones y reducciones de jornada

2.1. Derecho de consulta ordinaria o derecho de emisión de informe

Tradicionalmente, cuando el empresario decide poner en marcha una decisión que implica la adopción de las medidas que con anterioridad a la reforma se integraban dentro de los denominados expedientes de regulación de empleo, se activaba el derecho de consulta consistente en la mera emisión de un informe en el que los representantes de los trabajadores se limitaban a expresar su opinión respecto de la iniciativa empresarial. Dicho informe debía ser emitido con carácter previo a la decisión empresarial y no era vinculante para el empresario. Pese a que la regla estatutaria lo atribuye al comité de empresa, resulta claro que dicho mismo reconocimiento se produce a favor de los delegados de personal, así como también al delegado sindical en la medida en que tiene derecho a ser oído por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, tal y como sucede en el supuesto indicado [art. 10.3.3º LOLS]. En suma, este derecho de consulta se reconoce a favor del doble canal de representación de los trabajadores. Se trata del derecho de consulta clásico o tradicional que respondía a un interés del legislador de que a través de este derecho de participación la empresa conociera el parecer u opinión de la representación de los trabajadores sobre las medidas empresariales que tenían una mayor trascendencia para la plantilla de los trabajadores. Además, como se sabe, dicho informe había de ser emitido con carácter previo y no resultaba vinculante para la empresa.

Dicha disciplina se ha mantenido básicamente, cuando se modificó el artículo 64 ET por la Ley 38/2007, permaneciendo el derecho del comité de empresa a emitir informe previo sobre las siguientes cuestiones, entre las que se encuentra expresamente, “las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla” y “las reducciones de jornada” [art. 64.5 a) y b) ET]. No obstante, pese a su literalidad dicho derecho de consulta identificado como derecho de informe se ha de integrar dentro del nuevo contenido que delimita el alcance del derecho de consulta. A este respecto, como se sabe, por consulta se entiende “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo” [art. 64.1 ET]. En suma, como se advierte en otro capítulo de la obra, la consulta se identificaría de acuerdo a dicha versión más actual y moderna con una negociación, enriqueciéndose el concepto de consulta y sólo en determinados supuestos se exigiría la adopción de informe.

Además, es preciso añadir que en el caso de que se imponga este concreto derecho de consulta, la ordenación estatutaria le marca al empresario toda una serie de pautas en su comportamiento con la representación de los trabajadores, de tal modo que el empresario tiene que facilitar la información al

comité, en un momento, de una manera y con un contenido apropiado que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe [art. 64. 6 ET]. Dicho informe deberá ser elaborado en el plazo máximo de quince días desde que el empresario haya solicitado y remitido las informaciones correspondientes, teniendo en cuenta que para que cumpla su función debe ser adoptado y conocido por el sujeto empresarial cuando vaya adoptar o ejecutar las decisiones que se trate. Por último, y a diferencia de la regulación anterior, se exige una respuesta justificada y motivada por parte del empresario, reunirse con el empresario y “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. En cualquier caso, dicha norma impone una respuesta motivada por parte del sujeto empresarial en el supuesto particular de que se separe de la opinión de la representación de los trabajadores. Se trata de una nueva obligación empresarial ausente en la disciplina anterior que refuerza indudablemente la posición de la representación en el trámite, en cuanto obliga al empresario a justificar su decisión y concretar los motivos de oposición que le distancian del punto de vista que mantiene la representación de los trabajadores.

Lógicamente en esta nueva versión de la consulta mucho más activa y exigente que con la disciplina anterior y más próxima a un deber de negociación se plantea la duda de su interferencia o posible solapamiento con el derecho de consulta que nace en la regulación específica que acompaña a las suspensiones de contrato o reducción de jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 47 ET], así como al despido colectivo [art. 51 ET]. En principio, se trata de dos mecanismos de negociación y de consulta que pueden darse de manera acumulativa, ya que tienen una específica y diferenciada cobertura en dos preceptos legales distintos [ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 2012, 24]. No obstante, es preciso advertir que las normas específicas reglamentan con detalle un período de consultas en el que se debe debatir en su plenitud el alcance de las medidas empresariales propuestas. Consecuentemente, se suscita la pregunta de si el empresario en ambos casos ha de cumplimentar por separado ambas consultas o el derecho de emisión de informe se integra dentro del período de consultas que se ha de tramitar en cada caso, dejando la posible negociación que puede suscitar la adopción del informe integrada o subsumida en la negociación del período de consultas *strictu sensu*.

Pues bien, la duda se desvela con claridad si se atiende a la norma reglamentaria que desarrolla los nuevos procedimientos, y que incardina dentro de los mismos la solicitud del empresario por escrito de la emisión de informe, tanto cuando se inicia el procedimiento de despido colectivo [art. 3.3 RD 1483/2012], como cuando se va a adoptar una suspensión de contrato de trabajo y reducción de jornada [art. 17.3 RD 1483/2012]. En ambos casos, la disposición impone al empresario que junto a la comunicación de apertura del período de consultas, y a la documentación justificadora de la causa alegada, solicite la emisión del informe a que hacen referencia los artículos 64.5 a) y b) ET. Al margen de dicha solicitud empresarial, no hay previsión adicional alguna sobre las reglas de su adopción o de la eventual respuesta del empresario al

mismo. Consecuentemente, se puede concluir que realmente este derecho de consulta o de emisión de informe se integra dentro del período de consultas, para evitar, a nuestro parecer, duplicidades inútiles, puesto que el empresario desde el inicio debe proporcionar la información y documentación pertinente a la representación de los trabajadores y es en este período de consultas donde abrirá el proceso de dialogo e intercambio que conlleva la negociación. Desde esta perspectiva, parecería redundante que el empresario debiera guardar un doble trámite de consulta-negociación: uno el que prescribe el propio artículo 64.1 y 6 ET y otro el que exigen los artículos 47 y 51 ET; consecuentemente, la regla estatutaria opta por una solución práctica e integra el derecho de emisión de informe dentro del período de consultas que se ha de adoptar en medidas de esta índole, subsumiendo la dimensión negociadora que debía conllevar en el período de consultas, cuyo objetivo principal es la consecución del acuerdo.

Dicho esto, su integración dentro del mismo puede llegar incluso a cuestionar su virtualidad jurídica al día de hoy, puesto que realmente la posición que tiene la representación de los trabajadores frente a la medida empresarial propuesta, su opinión y sus puntos de vista parece que ya encuentran un espacio de cobertura en la propia negociación que implica el período de consultas, siendo quizás un trámite ya inútil el derecho de informe que se habría mantenido casi por inercia normativa, sin atender a su utilidad con la disciplina actual. Desde nuestro punto de vista, la elaboración de dicho informe por el sujeto colectivo sigue teniendo su importancia práctica, puesto que la representación de los trabajadores se obliga a través de este documento a emitir de forma motivada y justificada su diagnóstico sobre la situación y las medidas propuestas. La adopción de la posición de la representación de los trabajadores en un documento escrito no está en ningún otro lugar de la disciplina legal; en el período de consultas sólo se obliga al levantamiento de actas sobre lo sucedido en las reuniones. No obstante, no hay un escrito o documento de la representación de los trabajadores que refleje con claridad su posición frente a la iniciativa empresarial. Indudablemente, dicho documento puede tener una trascendencia decisiva en caso de falta de acuerdo y de una eventual impugnación judicial [art. 153 y 124 LRJS].

Cuestión distinta es que en la práctica los representantes de los trabajadores puedan decidir no emitir su informe por considerar que el aspecto crucial es la negociación del período de consultas; sin duda la posible coincidencia de los sujetos que actúan en representación de los trabajadores y la existencia de unos plazos tasados, conducen a que el derecho de emisión de informe se pueda diluir en la negociación objeto del período de consultas [ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 2012, 25] relativizándose el valor del mismo, que en buena lógica si hay acuerdo reduce su importancia práctica. No obstante, en el caso de las partes negociadoras no alcance el pacto, el informe de la representación de los trabajadores se revaloriza de cara a conocer de forma fehaciente los motivos de oposición a la decisión empresarial impuesta.

2.2. Derecho de consulta-negociación: La centralidad del período de consultas con la reforma de 2012

Como se sabe, el derecho de consulta atribuido a la representación de los trabajadores en el ámbito de los despidos colectivos desde antaño resulta obligada transposición de la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998 relativa a los despidos colectivos, habiéndose extendido su aplicación en sus reglas esenciales a la suspensión de contrato por causas empresariales [art. 47 ET], cuya antigua ordenación remitía en sus contenidos esenciales al procedimiento del despido colectivo. La reforma de 2010 introduciría en este ámbito reformas muy relevantes, hasta el punto de incluir en los expedientes de regulación de empleo de forma expresa a las reducciones temporales de jornada de trabajo [Vid. GONZALEZ ORTEGA, S, 2010, 211]; ahora bien, indudablemente la modificación de mayor envergadura en el procedimiento ha sido la del año 2012, anticipada por el RDL 3/2012, que ha suprimido la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo.

Dicha modificación ha tenido una trascendencia decisiva dentro de todo el conjunto de medidas colectivas que hasta la fecha requerían la intervención pública tras la negociación del período de consultas, puesto que el régimen de autorización administrativa fundamentalmente lo que había logrado era *reforzar la posición de la representación de los trabajadores en el procedimiento*. Dicha consecuencia se había producido, puesto que, como se sabe, si la empresa lograba la consecución del pacto, la intervención de la autoridad laboral era meramente testimonial, puesto que concedía al empresario la autorización administrativa de forma prácticamente automática, sin que la administración ejerciera un control sobre el fondo de la medida solicitada. Consecuentemente, el régimen de autorización, lejos de lo que en principio se pudiera pensar, más que ejercer un control público y heterónomo sobre las decisiones empresariales sobre las que se exigía, realmente lo que logro fue que las empresas mostrarán una seria y decidida voluntad negociadora en estos procesos de consultas, dispuestas a realizar cesiones y concesiones con el fin de alcanzar el acuerdo que les liberaba del control y fiscalización administrativa. Como se sabe, la gran mayoría de los expedientes de regulación de empleo se presentaban con pacto entre los agentes negociadores; dicha experiencia comercial se produjo antes y durante la crisis económica que disparó las cifras de procedimientos instados por esta vía, tal y como muestran periódicamente las estadísticas publicadas por la administración pública¹⁶. En suma, el régimen de autorización administrativa funcionaba en el contexto español como una palanca de refuerzo en la fase de consultas [CABEZA PEREIRO, J., 2012,87].

Por tanto, la eliminación de la autorización supone como consecuencia fundamental el *debilitamiento de la posición de la representación de los trabajadores* en el período de consultas, puesto que el empresario conoce de antemano, que logre o no el acuerdo, podrá adoptar la decisión empresarial, ya sea de reducción temporal de jornada, como de suspensión de contrato o de despido colectivo, siendo eso sí, su decisión susceptible de control judicial *a posteriori* [arts. 124 y 153 LRJS]. En suma, se ha alterado profundamente el procedimiento por entero que había regido en nuestra tradición normativa,

¹⁶ Vid. en detalle el estudio colectivo realizado en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por AA.VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.) sobre *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, 2012.

teniendo una repercusión directa en el alcance y contenido del derecho de consultas que ostenta la representación de los trabajadores.

Dicho esto, y antes de entrar a un análisis más de detalle, si cabe destacar que pese a que las medidas de reducción de jornada y suspensión de contrato son medidas de flexibilidad interna y no externa o de salida, a nuestro juicio, para su estudio se han de agrupar junto a las del despido colectivo, puesto que dichos instrumentos de reestructuración empresarial, al margen de sus peculiaridades propias, comparten un régimen jurídico muy similar en relación al derecho de consulta que ahora se analiza. En concreto, su ordenación normativa que desde la Ley 3/2012 tiene un tratamiento legal propio y específico y no de mera remisión [art. 47 ET], presenta una similitud tal con el despido colectivo, que comparten una misma norma reglamentaria de desarrollo [RD 1483/2012, de 29 de octubre]. En particular, el nuevo reglamento que viene a derogar el antiguo [RD 801/2011] tiene como finalidad principal ordenar el nuevo procedimiento que nace con la reforma de 2012, en el que viene a ocupar un papel central el período de consultas. Como declara la propia Exposición de Motivos del nuevo reglamento, “garantizar la efectividad del período de consultas de los procedimientos, que cobra una importancia de primer orden en la nueva regulación una vez eliminada la autorización administrativa previa, si bien dicha efectividad del período de consultas se conjuga con la necesaria celeridad y agilidad de los procedimientos demandadas por las empresas”. Y es que en efecto la trascendencia de la negociación del período de consultas es vital para considerar que la posterior decisión empresarial es válida, puesto que la regularidad de esta decisión va a depender en buena parte de la propia adecuación del período de consultas a los mandatos legales. Dicho esto, este período de consultas, como es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia es un auténtico período de negociación y así ha de concebirse por todo el conjunto de implicados [En detalle, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., 2012, 27 y GONZALEZ-POSADA, E., 2012, 166].

Finalmente, en estas consideraciones introductorias es necesario realizar una última aclaración y es que pese a fraguarse jurídicamente en un ámbito distinto, muchas de las reglas que rigen el período de consultas en los procedimientos de regulación de empleo ya han sido examinadas, cuando se han abordado las medidas de flexibilidad interna y, por tanto, en ese caso sólo efectuaremos una remisión al apartado correspondiente, reduciéndonos a destacar en este momento las peculiaridades del período de consultas en esta clase de procedimientos, teniendo en cuenta su amplio alcance. Con la nueva disciplina no cabe duda que dichos procedimientos resultarán aplicables a toda suspensión de contratos y reducción de jornada temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cualquiera que sea el número de afectados y el tamaño de la empresa, así como a cualquier medida que implique un despido colectivo. Todo el conjunto de estas acciones para ser legítimamente adoptadas por el empresario deberán ser susceptibles de negociación en el período de consultas regulado por los artículos 47 y 51 ET y su norma de desarrollo, el RD 1483/2012, de 29 de octubre.

2.2.1. Reglas de interlocución en el período de consultas

Con respecto a la titularidad del derecho de consultas, como posición de partida se ha de destacar que la mayoría de las reglas han sido ya estudiadas en el marco de las medidas de flexibilidad interna, resultando aplicables en el ámbito de los procedimientos de regulación de empleo en idénticos términos a lo ya expuesto. Solamente, y en relación a los despidos colectivos, suspensión de contrato y reducción de jornada, cabe poner al descubierto algunas reglas particulares comunes que se enuncian en el capítulo III del RD 1483/2012, que vienen referidas a reglas de legitimación para intervenir en representación de los trabajadores y a la comisión negociadora de estos procedimientos, que condicionan al fin y a la postre el régimen de adopción de acuerdos en el período de consultas.

En relación a las reglas de legitimación negociadora, la disciplina jurídica establece como una disposición ya clásica en el entramado de las relaciones negociadoras la doble alternativa de la representación sindical y unitaria para la negociación. Pese a que la norma legal hace referencia sólo a las representaciones legales de los trabajadores resulta comúnmente admitido que las representaciones sindicales también tienen legitimación negociadora; no obstante, para que se las convoque por el empresario, a diferencia de las primeras, se exige una condición y es que dichas representaciones cuenten con el requisito o condición de que representen en su conjunto a la mayoría de las representaciones unitarias del centro de trabajo en cuestión. En dichos supuestos, se constituye una denominada Comisión sindical en la que están presentes las secciones sindicales que representan a la mayoría de la representación unitaria de los trabajadores. Por tanto, y aunque en principio, dicha condición de legitimidad no es exigida por la Ley para la convocatoria de las representaciones sindicales a la negociación del período de consultas, dado que el acuerdo solo puede ser adoptado por las sindicales cuando representen a la mayoría de las unitarias, resulta obligado que la representación sindical reúna dicha condición desde el inicio para que se le atribuya legitimación negociadora.

De otro lado, como se sabe, la Ley las concibe como representaciones alternativas o excluyentes en la negociación, fijándose desde el RDL 7/2011, de Reforma de Negociación colectiva, una regla de preferencia a favor de la gestión sindical de la negociación, “cuando las secciones sindicales así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal” [art. 26.1 RD 1483/2012]. Dicha regla se ha mantenido con la reforma de 2012 y, por tanto, siempre que las secciones sindicales así lo decidan y cumplan el requisito de mayoría prescrito podrán imponerse frente a la empresa, como el interlocutor adecuado para la negociación del período de consultas. Dicha regla de primacía también se ha producido en el marco de la negociación del convenio de empresa o ámbito inferior [art. 87.1 ET], recordando implícitamente a los sujetos negociadores que el período de consultas no es más que el reflejo de un proceso de negociación colectiva en el ámbito empresarial.

La segunda de las reglas particulares en relación a los sujetos legitimados se refiere a la inclusión expresa como sujeto negociador del procedimiento de regulación, al Comité Intercentros u al órgano de naturaleza similar creado por la negociación colectiva en las empresas pluricelulares [art. 26.2 RD 1483/2012]. En este último sentido, se abre la posibilidad de que por pacto, acuerdo o convenio se haya establecido una fórmula representativa que se extienda al ámbito de la empresa, y no de forma individualizada a sus centros de trabajo, con el fin de que coordine y agrupe la defensa de los intereses de los trabajadores en su globalidad y no de manera parcelada, al modo del Comité Intercentros. En cualquier caso, se remite a la negociación colectiva, tanto su constitución, como la atribución de legitimación negociadora en el ámbito de los procedimientos de regulación de empleo. Por tanto, la norma reglamentaria no contiene un mandato de aplicación directa, sino que dependerá en su aplicación de lo dispuesto por la negociación colectiva.

Ahora bien, dicha previsión es importante poner de relieve que, al igual que la negociación por el Comité Intercentros, se establece como *legitimado preferente* frente a las otras alternativas: “cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el expediente intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar”. A este respecto, se ha de poner al descubierto que realmente dicha disposición no es una novedad del RD 1483/2012, sino que viene a reproducir lo dispuesto en la antigua norma reglamentaria [vid. antiguo artículo 4.1 RD 801/2011] [Sobre dicho reglamento, vease MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., 2012, 195 a 201 y CRUZ VILLALON, J., 2011, 43].

De la lectura de esta regla, llama la atención la falta de coordinación o armonía entre el contenido del reglamento y la norma legal que desarrolla, que apuesta con contundencia por la primacía de la gestión sindical en la negociación de los expedientes de regulación; previsión que resulta un tanto desconocida en el nuevo reglamento de expedientes de regulación de empleo. Una adecuada integración entre ambas normas inclina a considerar que la regla legal que prima a las secciones sindicales en la negociación del procedimiento de regulación de empleo debe primar frente a las alternativas fijadas por la norma reglamentaria que tendrán un campo de aplicación más limitado. En particular, a nuestro juicio, se impondrán sólo en el caso de que el conflicto de concurrencia en la negociación fuera entre los Comités de centro y el Comité intercentros, pero no si se produce entre las secciones sindicales frente a este último órgano. A nuestro entender, y por la propia naturaleza de las normas reguladoras en juego, si las secciones sindicales deciden consensuadamente, y siempre que cumplan el requisito de la mayoría, negociar el expediente, su decisión deberá prevalecer frente a la empresa sobre la opción reglamentaria que atribuye la legitimación preferente al Comité Intercentros.

De otro lado, como se ha expuesto en el apartado correspondiente el RD 1483/2012 fija una serie de disposiciones para la articulación de la doble Comisión, que reproducen idénticamente lo ya previsto por el RD 801/2011. A este respecto, cabe mencionar que el reglamento de 2012, tal y como declara en su Exposición de Motivos, recoge en este terreno “todo lo que del anterior

continúa siendo válido y compatible con la nueva regulación de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada”. En este sentido, las reglas de legitimación negociadora que inspiraron la reforma de 2010 con los consiguientes ajustes que se produjeron con la aprobación del reglamento en 2011 apenas han variado, reproduciéndose casi en su literalidad por la disposición reglamentaria del año 2012. Consecuentemente, y en los casos de ausencia de representación de los trabajadores, rige la fórmula de la doble Comisión prevista en el artículo 41.4 ET que ya ha sido objeto de análisis en un apartado anterior, y que como se sabe, recoge en lo esencial lo dispuesto por la reforma de 2010 aprobada por la Ley 35/2010 en el texto estatutario.

Solamente cabe destacar en este terreno una serie de reglas que son plenamente novedosas con respecto al texto legal que desarrolla, pese a ser una norma reglamentaria, pudiendo, incluso, cuestionarse en algunos casos si el poder ejecutivo se ha excedido en su función de desarrollo de la norma legal. Fundamentalmente, dichas novedades ausentes de las reglas estatutarias se refiere, en primera instancia, a la regla que abre una *tercera vía o alternativa ante la ausencia de representación* de los trabajadores, que se distancia de forma significativa de la doble fórmula prevista en este supuesto por la regla estatutaria [art. 41.4 ET]. Y es la de que los trabajadores del centro decidan democráticamente designar como representantes propios a la representación legal constituida en otro centro de trabajo [art. 26.3 a) RD 1483/2012]. Pese a que el texto legal, se refiere a los “representantes legales” de los trabajadores se habrá de entender que la designación posible, tanto se podrá conceder a las representaciones unitarias o electivas, como a las secciones sindicales, siempre que cuenten con el requisito de mayoría en la representación unitaria exigido para las mismas. A nuestro juicio, dicha tesis interpretativa es la que debe defenderse, si se considera la apuesta que ha realizado el texto estatutario en favor de las representaciones sindicales, que no puede ser ahora obviada por la norma reglamentaria para el ámbito de los procedimientos de regulación de empleo.

En cualquier caso, la articulación de una tercera opción por parte del reglamento que eleva a la categoría de norma jurídica una práctica habitual en la mecánica de los expedientes no puede dejar de manifestarse su dudas de legalidad, puesto que la fórmula de la doble Comisión prevista en el artículo 41.4 ET parece que se establece como mandato imperativo y no disponible por otras fuentes normativas; máxime, si se trata de la norma reglamentaria de desarrollo que incorpora una tercera fórmula representativa.

Dicho esto, la admisión de la fórmula legal en favor de una representación ya constituida de otro centro de trabajo en una primera aproximación parece una alternativa legítima regida por los principios democráticos que rigen las representaciones electivas. La norma reglamentaria establece que sólo asumirán dicha representación “a estos efectos”, es decir sólo para la negociación de la medida colectiva en cuestión y, de otro lado, admite la fórmula siempre que se decida a través del mismo sistema de designación que se establece para la elección de la doble Comisión. En todo caso, y al margen del exceso reglamentario en que pueda incurrir dicha extensión de la

representación, no se puede dejar de tener en cuenta que la previsión de dicha alternativa ofrece unas mayores garantías en su constitución y en el ejercicio de sus competencias que la Comisión extrasindical o directa, superando con creces el conjunto de limitaciones y debilidades que muestra dicha fórmula de representación [Vid. apartado B.1].

Finalmente, con respecto a la constitución de la doble Comisión prevista en el artículo 41.4 ET es importante también destacar como la disposición reglamentaria establece dos previsiones relevantes. La primera es la que configura la posibilidad de que la Comisión “ad hoc” se haya constituido “antes” del inicio del período de consultas, no siendo preceptivo que se constituya en el plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas [art. 26.4 RD 1483/2012]. En virtud de la brevedad del plazo para la designación y la posterior negociación, dicha alternativa resulta plenamente conveniente para no sobrepasar el período previsto para la negociación y poder comenzar desde la apertura del período de consultas el proceso negociador.

La segunda previsión que establece la norma reglamentaria es la que prescribe como obligación y deber empresarial, el de “comunicar a los trabajadores la posibilidad de su designación” [art. 26.4 RD 1483/2012]. En este sentido, resulta de suma trascendencia la exigencia del cumplimiento por el empresario de acompañar junto a la comunicación de inicio de apertura del período de consultas, a la autoridad laboral la información sobre: “la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento, especificando (...). Asimismo, información sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y escrito de comunicación a que se refiere el artículo 26.4 o, en su caso, actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en dicho artículo” [arts. 6.2 y 18.2 RD 1483/2012]. Dicha obligación empresarial rige, tanto para los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, como para los de despido colectivo, exigiéndole a la empresa que acredite ante la autoridad laboral competente todos y cada uno de los órganos que integran la comisión negociadora del procedimiento, o lo que es lo mismo, una información completa y detallada de los sujetos que componen la composición de la representación de los trabajadores. De esta forma, se involucra al empresario en la regularidad de su composición, tanto en los centros con representación, como en los que carecen de la misma. A este respecto, y pese a que la autoridad laboral carece de facultades dirimentes con la nueva regulación, si la comunicación del inicio del procedimiento no reúne los requisitos exigidos, lo advertirá al empresario, especificando su incumplimiento, y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo que asimismo velará porque se cumplan en la comunicación empresarial los requisitos requeridos por la normativa de aplicación.

2.2.2 Fijación del ámbito de la negociación: Empresa, centro de trabajo, grupo de empresas

Una de las novedades más significativas que establece el nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, reproduciendo una previsión

de la norma de 2011 [RD 801/2011], es la que se refiere a la posibilidad de articular esta clase de procedimientos con una negociación que se desarrolle, bien globalmente sobre la totalidad de la empresa o para la totalidad de los centros de trabajo que la componen, o bien negociar de forma diferenciada por centros de trabajo [art. 27 RD 1483/2012]. Con la ordenación precedente se daba por sobreentendido que la destinataria de sus mandatos era única y exclusivamente la empresa, obviando otras alternativas posibles, como es el procedimiento presentado por un grupo de empresa o el formulado, no para la totalidad de la empresa, sino para uno o varios centros de trabajo de los que la componen. Pues bien, el nuevo reglamento, a nuestro entender, con acierto prevé que en el caso de que la empresa esté compuesta por varios centros y el procedimiento afecte a varios de ellos, habrá de especificarse, “si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo” [art. 27 RD 1483/2012]; disposición que resulta aplicable tanto si se trata de negociar un despido colectivo, como una suspensión o reducción de jornada.

En suma, se admite que las consultas se desarrollen a nivel global o de forma parcelada por centros de trabajo; en cuyo caso, la decisión final del despido colectivo se puede diversificar en tantas decisiones empresariales como consultas se hayan llevado a cabo, sin entender que la decisión del despido colectivo es una y la misma en todo caso con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial [En contra, SAN 25 julio 2012, sentencia nº 0090/12]. A nuestro juicio, ni la Directiva 98/59/CE, ni el artículo 51 del ET obliga a entender que el período de consultas deba preceptivamente ser negociado en el marco de la empresa; por el contrario, la norma reglamentaria admite y contempla la parcelación de la negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantos períodos de consultas, como centros de trabajo existan, que pueden culminar o no con acuerdo, con contenidos diversos que obviamente van a condicionar el contenido final de la decisión empresarial del despido colectivo. Correlativamente a dichas previsiones, la norma reglamentaria estipula que las comisiones negociadoras de estos procedimientos deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones.

No obstante, el problema que plantea la norma es que no se especifica con claridad *quien determina el modo de la negociación*. A nuestro parecer, la selección de una u otra opción se verá muy condicionada por el contenido de la comunicación inicial de apertura del período de consultas que es la actuación donde se ha de fijar la proyección de la causa invocada y las medidas propuestas, que tendrán una repercusión directa sobre los sujetos legitimados para la negociación. Ambos componentes del procedimiento son fijados por el empresario que es el sujeto que activa dicho procedimiento, fijándolos en su comunicación inicial, condicionando, el carácter de la negociación que se va a llevar a cabo por la representación de los trabajadores. En buena lógica, si el expediente es presentado centro por centro de trabajo, parece claro que las consultas se llevarán a cabo de forma individualizada en cada uno de los centros; el conflicto se producirá cuando la empresa lo presente para la totalidad de los centros de trabajo y la representación de los trabajadores no este conforme con dicha iniciativa, suscitándose el interrogante con la nueva

ordenación de si la negociación se va a llevar a cabo de forma global o por cada centro de trabajo.

Pese a la decisiva intervención de la empresa, que en su comunicación inicial fija implícitamente los términos de la consulta, parece claro que los trabajadores y sus representantes de los trabajadores también deberán poder intervenir en la fijación del ámbito de la negociación [Con el RD 801/2001, cfr. DE LA PUEBLA PINILLA, A., 2011, 5 y CRUZ VILLALON, J., 2011, 44]. Por tanto, los trabajadores, bien a través de sus representantes, bien a través de las Comisiones por ellos designadas, deberán acordar junto con la empresa los términos de la negociación en este terreno, en el caso de que se presente el procedimiento para la totalidad o varios centros de la misma. Ciertamente, el vacío normativo en este terreno puede suscitar conflictos, al no haber criterio alguno que permita fijar en caso de desacuerdo entre las partes, cuál es la decisión que ha de prevalecer; máxime si se considera que según el ámbito elegido se fijan reglas distintas para la adopción de los acuerdos.

Desde nuestra perspectiva, sólo en el caso de que el procedimiento este muy focalizado o presente peculiaridades concretas, bien en unos determinados centros de trabajo o en un concreto ámbito geográfico, se optará por una negociación individualizada o por centros, siendo lo más común la negociación global que integre a la totalidad de la empresa, sin cerrar o restringir las posibilidades de los contenidos de la negociación que *a priori* podrán afectar así a cualquier centro de trabajo de la empresa. No obstante, con el nuevo reglamento seguramente se constituirá en uno de los posibles contenidos susceptible de negociación en las consultas que se lleven a cabo. En cualquier caso, si se opta por la fórmula de la negociación por centro de trabajo se excluirá como sujeto legitimado al Comité Intercentros u órgano similar, teniendo derecho a negociar, bien la representación unitaria del centro, bien las secciones sindicales constituidas o, en su caso, se elegirá a alguna de las fórmulas previstas para la ausencia de representación con la reglas de preferencia más arriba indicadas.

Ahora bien, el último de los aspectos que resultará esencial para escoger una negociación global o por centros de trabajo resultará a buen seguro el *régimen instaurado para la adopción de acuerdos* en cada caso. Con carácter general, “los acuerdos en el período de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados” [art. 28.1 RD 1483/2012]. Por tanto, el régimen es más estricto que el previsto en el ET que, como se sabe, se limita a prever que dicho acuerdo se adopte con la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos [art. 51.2 ET].

En el caso de que se opte por una negociación que afecte a la totalidad de la empresa, se constituirá una única comisión integrada por las distintas representaciones de los centros que representará a la totalidad de los trabajadores de los centros. Con respecto al régimen de acuerdos, el

reglamento no establece una regla cerrada para la atribución de la mayoría en la adopción de sus decisiones; por el contrario, la norma otorga libertad a la propia comisión para la atribución de la mayoría, aplicándose “lo que decida la propia comisión negociadora” [art. 28.2 RD 1483/2012]. En el caso de no existir una decisión al respecto, la norma establece que deberá entonces tenerse en cuenta el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de los integrantes.

Por el contrario, en el caso de que la negociación se realice por centros de trabajo, se constituirán tantas comisiones negociadoras como centros de trabajo existan, debiéndose en cada centro adoptar la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión constituida en cada uno de ellos. En cualquier caso, “se considerará que se ha alcanzado acuerdo en el período de consultas únicamente en los centros de trabajo donde haya votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de cada centro” [art. 28.3 RD 1483/2012]. Por tanto, con el nuevo reglamento a diferencia del anterior, se permitirá que el período de consultas se restrinja a ámbitos infraempresariales, llevándose a efecto la medida por el empresario de forma diferenciada en cada centro de trabajo, con lo que ello supone para la impugnación judicial del artículo 124 LRJS. A este respecto, con la nueva norma reglamentaria se deberá admitir que la modalidad de impugnación judicial del despido colectivo no tenga que preceptivamente articularse, incluyendo a la totalidad de la empresa, sino que podrá impugnarse el despido colectivo llevado a cabo en un determinado y concreto centro de trabajo. De este modo, se deberá analizar la regularidad del período de consultas en ese concreto ámbito, al haber decidido los interlocutores dentro de su autonomía negociadora articular el período de consultas de forma fragmentada y, consecuentemente, la decisión empresarial del despido colectivo no puede ser concebida como una decisión única, sino plural engarzada a cada uno de los períodos de consultas que preceptivamente han de precederle. Consecuentemente, la ilegalidad del despido colectivo no resultará preceptivo que alcance al producido en la totalidad de la empresa, sino que el control judicial se podrá articular sobre la decisión empresarial en un determinado centro de trabajo, sin que su calificación jurídica deba contaminar necesariamente el despido colectivo de la integridad de la empresa [En contra, SAN 25 julio 2012, sentencia nº 0090/12].

Desde luego, con la nueva regla se corrige el antiguo régimen en la adopción de la mayoría que exigía un acuerdo en todos y cada uno de los centros de trabajo para considerar que ha habido acuerdo en el período de consultas, bastando que dicha mayoría no se lograra en un centro de trabajo para que se frustrase la posibilidad del pacto en el procedimiento de regulación de empleo. En cualquier caso, el reglamento abre un sinfín de posibilidades que no se encontraban en la regulación anterior y que habrá que estar a su aplicación práctica para determinar cuál es su efectividad real y como condicionan la propia articulación del período de consultas en esta clase de procedimientos.

De otro lado, también se ha planteado la posible repercusión que puede tener que la empresa que propone la medida colectiva este integrada en el grupo de empresas. En principio, la empresa, como se ha indicado, es el

ámbito que delimita la negociación, siendo el grupo de empresas sólo mencionado para la acreditación de la causa económica, siendo los tribunales exigentes en ese derecho de información; no obstante, el nuevo reglamento menciona al grupo de empresa únicamente a estos efectos limitados, pero no para negociar el período de consultas en el ámbito del grupo de empresas, como hubiera sido deseable. Interpretación que se confirma si se atiende a la modalidad procesal de impugnación judicial del despido colectivo en el que en toda su disciplina se contempla al empresario como sujeto que decide el despido colectivo [art. 124 LRJS]. El ámbito del grupo de empresas con las consecuencias que ello conlleva con respecto a los sujetos negociadores no es un ámbito relevante, ni a efectos de la regulación sustantiva, ni procesal.

De facto, con la disciplina anterior, llamaba la atención como la autoridad laboral competente admitía sin resquicio de duda y frente al vacío legal, el procedimiento que integrará al grupo de empresas, como si fuera una única estructura empresarial, convocando en la negociación a la plenitud de las representaciones de los trabajadores, así como a la representación de las empresas para la negociación del proceso de reestructuración empresarial [Vid. el estudio de MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., 2012, 181]. Resultaba prácticamente excepcional que un expediente de regulación de empleo estuviera impugnado en vía administrativa por el tratamiento dado a un ERE de grupo de empresas como si de una empresa única se tratara, cuando realmente es un grupo constituido por cinco sociedades, discutiéndose si debían haber sido presentados tantos procedimientos, como empresas había en el grupo. Interpretación que fue confirmada por la jurisprudencia contencioso-administrativa que admitió con naturalidad la promoción de expedientes de regulación de empleo por grupos de empresa [SAN 28 septiembre 2012, proc. 154/2012]

La reforma del despido colectivo, ya en el año 2010, como en el año 2012 da un paso adelante en la consideración del grupo de empresas, al fijarse como ámbito relevante a efectos causales [art. 4.5 RD 1483/2012]. No obstante, en principio, el grupo de empresas no es el ámbito de negociación en el período de consultas, al entender que cada una de las empresas de grupo, como personas jurídicas independientes que son, tienen un ámbito de responsabilidad propio. Dicha interpretación se confirma si se atiende a la redacción legal del artículo 51.8 ET donde simplemente se establece que las obligaciones de información y documentación se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él, añadiendo que no podrá excusarse de su cumplimiento invocando que la empresa que decidió no le facilitó la información. Parece claro que dicha empresa a la que se presupone responsable de la decisión no se le atribuye deber u obligación adicional alguna, ni tan si quiera la de aportar la información y documentación preceptiva; en suma, como se ha dicho con razón “es un tercero sin obligación de participar en el período de consultas” [SAN 25 febrero 2013, proc. 324/2012].

En suma, parece claro tanto de la norma legal, como de la reglamentaria que ni la empresa dominante, ni las empresas del grupo forman parte del

período de consultas, puesto la normativa contempla como único interlocutor al empresario. Es el empresario el sujeto que toma la iniciativa y lleva a cabo la apertura del período de consultas, sin que se contemple ninguna realidad interempresarial como sujeto plural que insta a través del escrito de comunicación la adopción y negociación de una determinada medida. Por tanto, con la disciplina normativa actual el grupo de empresas, salvo lo que luego se dirá, no puede promover un procedimiento de este tipo, aunque la realidad es que afecte al conjunto de las empresas del grupo, puesto que dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. Consecuentemente, se deberá tramitar tantos procedimientos o períodos de consultas como empresas integren el grupo. Dicha respuesta, como se ha dicho por la doctrina judicial, resulta plenamente insatisfactoria, cuando con dicha negociación parcelada elude en muchas ocasiones al interlocutor real, para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que es la empresa cabecera o dominante y no las empresas dominadas que no hacen más que cumplir una decisión empresarial ajena [SAN 25 febrero 2013, proc. 324/2012]. Ahora bien, hasta que la regulación legal no se haga eco de esta realidad empresarial y haga coincidir el ámbito negociador con el ámbito supraempresarial y sobre todo permita o exija la negociación en el marco del grupo, y no en cada una de las empresas independientemente, para que las causas, decisión y medidas de acompañamiento, se adopten en el marco de la auténtica realidad empresarial, y por quienes son verdaderos responsables empresariales, la negociación deberá continuar sujetándose al ámbito de la empresa. De este modo, “se evitarán períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo” [SAN 25 febrero 2013, proa. 324/2012].

Solamente se podrá negociar dicho procedimiento en el marco supraempresarial, cuando nos encontremos ante un grupo de empresas a efectos laborales, es decir lo que ha venido a definirse por la jurisprudencia como patológico, al concurrir todo el conjunto de indicios ya consolidados que conducen a que se produzca una responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, porque se considera que el empresario real es el grupo de empresas en su conjunto. De este modo, se requiere para extender dicha responsabilidad no sólo la concurrencia de dos o más empresas pertenecientes al mismo grupo, sino que es necesario la concurrencia de los siguientes elementos: confusión de plantillas con prestación laboral sucesiva o indiferenciada, confusión de patrimonios, caja única, la apariencia externa de unidad empresarial, con un funcionamiento integrado y una dirección unitaria, requiriéndose además un elemento de fraude a través de la constitución del grupo de búsqueda artificiosos de dispersión o elusión de responsabilidades laborales [Vid. entre otras, STS 22 octubre 2012, Rec. 351/2012 o 3 noviembre de 2005, Rec. 3400/04 o 8 de junio de 2005].

En dicha hipótesis, realmente las normas no han variado y continúan contemplando a la empresa bajo el principio de unidad de empresa; ahora bien, se ha modificado la concepción del grupo de empresas que tras su consideración de patológico pone al descubierto que la independencia jurídica de las empresas es sólo ficticia y que realmente bajo cuya cobertura existe una

única empresa. Consecuentemente, la negociación puede operar en ese caso y sólo en ese supuesto dentro del marco del grupo, al considerar que hay una única empresa con estructura de grupo y siempre que claro este, todos los sujetos implicados estén conformes con dicha configuración empresarial. Por supuesto en esta hipótesis, la comisión negociadora del procedimiento deberá integrar a las representaciones de todos los centros que componen las distintas empresas, cuyos componentes tendrán un voto ajustado a su representatividad efectiva, al igual que por la parte empresarial deberán comparecer las distintas representaciones de las empresas o en su caso, la empresa dominante del grupo en la medida en que sea responsable única o co-responsable de la situación, dejando la decisión en poder de las propias empresas.

2.2.3. Duración del período de consultas

La reforma de 2010 modificó los plazos de tramitación del procedimiento de regulación de empleo, tanto en lo que afecta a la duración del período de consultas, como a la naturaleza de los plazos, habiendo permanecido invariable con la reforma de 2012. De este modo, en el marco del despido colectivo los períodos de tiempo en los que se habrá de negociar no varían, pero si se ven reducidos por el cambio de su naturaleza, distinguiendo dos reglas de duración en función de si la empresa tiene menos de cincuenta trabajadores o una cifra igual o superior. En el primer caso, tanto con la regulación precedente como con la actual, permanece la regla que prescribe una duración de quince días y en el segundo de treinta días, ambos naturales [art. 51.2 ET]; si el procedimiento de regulación de empleo tiene por objeto una reducción de jornada o una suspensión de contrato, el plazo se reduce a la mitad, es decir, no tendrá una duración superior a quince días [art. 47.1 b) ET]. En cualquier caso, y por si hubiera alguna duda, el reglamento especifica para el despido colectivo que los días son naturales y no hábiles con la reducción que ello supone [arts. 7.4 y 7.5 RD 1483/2012]. Por el contrario, en el caso de la suspensión y reducción no establece dicha previsión; por tanto, a nuestro juicio, deberá entenderse que son hábiles, careciendo dicha diferencia de tratamiento de sentido.

Ahora bien, como se ha expuesto, la genuina novedad que introdujo la reforma de 2010 se refiere no tanto al período de duración, sino a la propia naturaleza de los plazos, puesto que su redacción deja de establecer una duración “no inferior a treinta días” [antigua redacción del artículo 51.4 ET], a fijarse una nueva regulación en la que se ordena que la tramitación del procedimiento tendrá una “duración no superior a treinta días”. Por tanto, la reforma cambia sustancialmente la naturaleza del precepto, al reglamentar un máximo de derecho necesario relativo que fija un tope o máximo legal, en lugar de un mínimo que podía ser ampliado sin restricción alguna. Dicha norma supone una consecuencia fundamental que ya se indicó, y es que, en principio, el empresario podrá dar por concluido el período de consultas, una vez transcurrido el término que marca la ordenación legal y, a continuación, adoptar la decisión que corresponda sobre la medida colectiva en cuestión sin que la representación de los trabajadores pueda activar motivo de oposición alguno.

Pero, además, la norma reglamentaria de 2012 ha introducido una novedad importante y es que dicho período temporal no ha de agotarse de forma ineludible. Parece claro que el período de consultas se podrá dar por finalizado en cualquier momento, cuando las partes alcancen un acuerdo; ahora bien, dicha alternativa también se permite en defecto de acuerdo, siempre que las partes estén conformes con dicha terminación del período de consultas [art. 7.6 RD 1483/2012]. En suma, el empresario no tiene que esperar transcurrir la duración completa prevista para el período de consultas, a falta de pacto, sino que podría imponer su decisión unilateralmente, finalizando *ante tempus* el proceso negociador, siempre que cuente con el beneplácito de la representación de los trabajadores, en el supuesto en que ambas partes consideren que las diferencias que les separan son irreconciliables.

Ahora bien, en cualquier caso, y para que la decisión empresarial posterior sea válida es necesario que se haya desarrollado con carácter previo un período de consultas de forma seria y responsable por ambos interlocutores sociales. Por exigencias imperativas del Directiva 98/59/ CE, la redacción del artículo 51 ET exige que el despido colectivo deba ir precedido de un período de consultas que debe versar “como mínimo” sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. Consecuentemente, para entender cumplido el período habrá de acreditarse que efectivamente se desarrollo un verdadero proceso negociador, no admitiéndose como tal el simple transcurso de los plazos estipulados legalmente. Por tanto, si se demuestra que la empresa nunca ha tenido intención de llevar a buen fin el período de consultas o que dicho período ha estado vacío de contenido, es decir que se ha convocado exclusivamente para cumplir formalmente el trámite, el período de consultas así planteado deberá de calificarse de nulo [SAN 26 marzo 2012].

Dicho lo anterior, es importante destacar la novedad de la norma reglamentaria de 2012, que prevé que a la apertura del período de consultas se fije un *calendario de reuniones* a celebrar dentro del mismo, fijándose por la nueva disposición un número mínimo de reuniones que varía en función de la duración del período de consultas. En este sentido, si el período de duración es de 30 días naturales, se deberán celebrar durante el mismo, al menos, tres reuniones, separadas, por un intervalo no superior a nueve días naturales, ni inferior a cuatro días naturales [art. 7.5 RD1483/2012]; por el contrario, si el período de duración es de 15 días, se deberán celebrar al menos dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales [art. 7.4 RD 1483/2012]; previsión que se reproduce para la suspensión y reducción, exigiéndose igualmente, al menos, dos reuniones, pero se diferencia en los plazos de los intervalos, puesto que deberán estar separadas, por un intervalo no superior a siete días ni inferior a tres, sin calificar los días de naturales [art. 20.3 RD 1483/2012]. De otro lado, y salvo pacto en contrario, se impone que la primera reunión del período de consultas en un despido colectivo se celebre en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación de apertura del período de consultas por parte del empresario [art. 7.3 RD 1483/2012], o en un plazo no

inferior a un día, si se trata de una suspensión de contrato o reducción de jornada [art. 20.3 RD1483/2012].

Indudablemente, dichas exigencias reglamentarias quieren poner coto a la práctica negociadora llevada a cabo en los antiguos expedientes de regulación de empleo que se articulaba en ocasiones a través de una sola reunión, poniendo al descubierto que la negociación se había materializado de facto con anterioridad a la apertura formal del período de consultas [Experiencia negociadora que advertimos en el estudio de MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., 2012, 206-207]. En efecto, la nueva norma pretende que se lleve a efecto un verdadero proceso negociador durante el mismo, sin que se hayan negociado las medidas con anterioridad. Dicha aplicación práctica desvirtúa la naturaleza y funcionalidad del período de consultas; la nueva disciplina pretende que la negociación se lleve a efecto de forma efectiva durante dicho período, sin abrirlo una vez negociado de forma informal y previa.

En cualquier caso, es preciso indicar algunas notas sobre las nuevas exigencias reglamentarias. En primera instancia, cabe destacar que dicha regla de fijación tiene carácter plenamente *dispositivo* para las partes o, lo que es lo mismo, se admite por la norma reglamentaria que los interlocutores negociales pacten reglas distintas, fijando un mayor número de reuniones o, incluso uno menor, o con intervalos de tiempo distintos. La dispositividad de la regla, a nuestro juicio, no impone limitaciones; no obstante, es importante destacar que para que el período de consultas sea realmente un proceso negociador exige un mínimo de encuentros o reuniones que difícilmente será válido con un número de reuniones inferior al prescrito por la norma reglamentaria. Ahora bien, si ambas partes están conformes, dependiendo de la complejidad de la medida, puede ser que en una sola reunión se cierre el período de consultas. No obstante, parece claro que la propia terminología de las normas que hacen referencia a un “calendario de reuniones”, la propia redacción literal de las disposiciones en juego que aluden “al menos” a un número plural de reuniones, conteniendo una norma de mínimos, así como a la propia dinámica que acompaña a un proceso negociador, el supuesto habitual de período de consultas implicará que las partes negociadoras lleven a cabo más de una reunión.

El problema mayor se producirá cuando no se logre el acuerdo; en esta hipótesis, la celebración de un número mínimo de reuniones de las que se ha de levantar acta resultará un dato esencial para acreditar, en su caso, ante la autoridad judicial, que ha habido un propósito serio por parte de ambas partes de negociar un acuerdo. En efecto, dicha voluntad quedará claramente desnaturalizada, si se ha desarrollado una sola reunión que revela *per se* la falta o ausencia de un tiempo de reflexión mínima que permita una negociación. A nuestro parecer, en dicho supuesto resultara plenamente conveniente que, al menos, se hayan llevado a cabo el número de reuniones que exige el reglamento, al concebirse como el mínimo para entender que efectivamente se ha celebrado un auténtico período de consultas. Ciertamente, el aspecto crucial en la negociación son los contenidos de la misma, la posibilidad de propuestas y contrapuestas. No obstante, la práctica negociadora presupone también la gestión de unos tiempos en esa negociación

que se ha de entender, en principio, que no pueden ventilarse *a priori* en un sólo encuentro negociador que como posición de partida revela un escaso esfuerzo para intentar alcanzar un acuerdo en un proceso de reestructuración empresarial, que se imagina, al margen de su diversidad, complejo en su articulación.

En cualquier caso, dichas reglas de fijación son realmente rígidas para un proceso negociador que, al fin y a la postre, dependerá de una multiplicidad de factores que difícilmente se pueden predeterminar *a priori*, como la complejidad del tejido empresarial en relación a la causa invocada, el número de afectados o las medidas propuestas. En suma, bajo nuestra perspectiva, resulta más adecuada la opción de la norma anterior que establecía sin más un plazo de duración durante el cual las partes debían fijar las reuniones que consideren necesarias en cada caso. En efecto, la experiencia negocial desvirtuada de los antiguos expedientes de regulación de empleo es lo que ha provocado el nacimiento de dichas disposiciones que pretenden que la negociación se lleve formal y realmente dentro del período de consultas, y no con anterioridad. No obstante, en virtud de la dicción de las nuevas disposiciones, se ha de concluir que realmente los sujetos negociadores continúan siendo libres para fijar el número de sesiones que precisen, así como los intervalos que las separen, la única particularidad es que si se separan de la ordenación dispuesta en el RD 1483/2012, deberán fijarlo en el inicio del período de consultas, cuando fijen el calendario de las reuniones.

Finalmente, la última cuestión que plantea la naturaleza de un plazo máximo es si dicha previsión legal implica que superados dichos plazos, ambas partes no pueden continuar negociando con el fin de alcanzar el acuerdo, debiendo dar por finalizado dicho período preceptivamente o, si por el contrario, se debe defender sin cortapisas la validez del proceso negociador más allá de los términos legales. Como ya se expuso, respecto a las medidas de flexibilidad interna, dicha norma no impide la continuidad del proceso negociador, si ambas partes están conformes; no obstante, en los procedimientos de regulación de empleo se produce la sustancial diferencia de que interviene la autoridad laboral velando por la regularidad del mismo [Vid. sobre el papel de la administración, GOÑI SEIN, J.L., 2012, 40-42]. Y en este sentido, se plantea si dentro de dicha regularidad esta el respeto a los plazos estipulados legalmente. Pues bien, la respuesta, a nuestro modo de ver, ha de ser negativa, puesto que al margen de admitir la conveniencia de su continuidad siempre que sea para el buen fin del período de consultas y ambas partes estén de acuerdo, dicha conclusión se obtiene de las previsiones de la norma reglamentaria que establece expresamente que a la finalización del período de consultas el empresario deberá comunicar a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Ahora bien, lejos de lo que en principio se pudiera pensar, la regla no establece que transcurrido como máximo la duración legal se comunique su resultado, sino que le otorga al empresario un *plazo adicional*, puesto que le atribuye un plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, para comunicar el resultado del mismo a la autoridad laboral [arts. 12.1 y 20.6 RD 1483/2012]. Una vez que transcurra dicho plazo sin que el empresario haya comunicado la decisión bien del despido colectivo, la suspensión de contrato o la reducción de jornada,

entonces si que se entenderá que se ha producido “la caducidad del procedimiento”, situación que provoca que el empresario ya no pueda comenzar a notificar las decisiones individualizadamente a cada uno de los trabajadores afectados [arts. 12.4 y 20.7 RD 1483/2012]. Por tanto, sólo en ese supuesto es cuando se le impide al sujeto empresarial continuar con la decisión que pretende, debiendo iniciar un nuevo procedimiento para adoptar la decisión empresarial correspondiente; por el contrario, la superación del plazo legalmente previsto no conlleva consecuencia alguna. A estos efectos, la importancia del término afecta al período comprendido entre la terminación de las consultas y la comunicación a la autoridad laboral, pero no a la propia duración del período de consultas.

En suma, si ambas partes negociadoras pretenden continuar negociando, la norma no se lo impide [Cfr. GOÑI SEIN, J.M^a., 2012, 45], no pudiendo admitirse que la administración pueda requerir el cierre del proceso negociador. Una interpretación distinta que exigiera en todo caso la clausura del período de consultas, una vez alcanzado el término legal, haya habido o no acuerdo y estén o no conformes las partes, considerando que la ordenación estatutaria establece una norma de carácter indisponible, conduciría a soluciones poco recomendables, como que el empresario desistiera del procedimiento y solicitara con posterioridad uno nuevo con el fin de lograr un acuerdo, o la solución más simple de llevar a cabo una negociación informal antes de que comience estrictamente el período de consultas, con el fin de adelantar previamente los términos de la negociación. Y es que, como ya se apuntó en su momento, la fijación de unas reglas de duración excesivamente rígidas o estrictas en su aplicación terminan desvirtuándose en la práctica; en particular, si ambas partes están conformes con seguir negociando. Desde esta perspectiva, no se puede obviar que siempre resultará más adecuado una decisión empresarial de medidas de esta índole respaldada por el pacto logrado en las consultas que una decisión empresarial unilateral; por tanto, dificultar la continuidad de la negociación carece de razón de ser si se atiende a la finalidad que persigue el período de consultas en el seno del procedimiento.

2.2.4. Contenido de las consultas

Como se sabe, el objeto del período de consultas es la consecución de un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores en relación con la medida propuesta. El contenido que ha de llenar las consultas se encuentra recogido esencialmente en las normas legales, reproduciendo en algunos de sus contenidos previsiones que ya han sido tratadas en el marco de las medidas de flexibilidad interna, que en el caso del despido colectivo, además, se ven condicionados por la Directiva 98/59/CE. No obstante, con carácter general, se ha de reseñar que su contenido que se ha visto modificado con la reforma 2012 esta mucho más reglamentado que en dicho ámbito, al exigirse al empresario todo un conjunto de obligaciones concretas de información y documentación que no se requieren en el marco de las vicisitudes contractuales. A este respecto, resulta claro que dichos deberes empresariales se han visto reforzados con la última reforma [GOÑI SEIN, J.L.,

2012, 42], pero además, el control judicial que se está llevando a cabo sobre su cumplimiento está consiguiendo que la observancia del período de consultas constituya una obligación nuclear del empresario que condiciona, al fin y a la postre, el entero cumplimiento del período de consultas.

En este sentido, el desarrollo del período de consultas se ve condicionado, en primera instancia, por la comunicación empresarial de apertura del período de consultas en la que ha de constar una serie de requisitos esenciales para que este correctamente formalizada. De esta forma, y siguiendo en este terreno muy de cerca la norma nacional a la comunitaria, en dicho escrito se deberán especificar las causas, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, así como de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el período previsto para la realización de los despidos y los criterios para la designación de los trabajadores afectados [art. 51.2 ET]. En suma, dicha actuación inicial configura en sus elementos esenciales el acto del despido colectivo, condicionando los contenidos de la negociación.

Conforme a su trascendencia, los tribunales de lo social se han decantado por la *nulidad del despido colectivo* al amparo de esta causa, cuando el empresario en dicha comunicación, por ejemplo, no ha especificado la clasificación profesional de los trabajadores, no concretando los criterios de designación de los trabajadores afectados. Como se ha dicho con razón, dicha ausencia de contenidos impide objetivos básicos del período de consultas [art. 2.2 Directiva 98/59/CE, de 20 de julio], como es el relativo a buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y el de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento: “Resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquéllos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo” [STSJ Cataluña 23 mayo 2012, demanda 10/2012. En la misma dirección STSJ Madrid 25 junio 2012]. “Si los representantes de los trabajadores desconocen los criterios de selección, no sólo se les hurtan los derechos de información, que les corresponden legalmente, sino que impiden negociar razonablemente la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del período de consultas, como viene sosteniéndose por la doctrina comunitaria, por todas STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263” [SAN 26 julio 2012, proc. nº 0000124/2012]. Incluso, dicha falta de justificación de los criterios de selección puede conducir a la nulidad por vulneración del derecho de libertad sindical, cuando se manifiesta con los elegidos una significativa desproporción en perjuicio de los afiliados a un determinado sindicato, en el número de trabajadores afectados por el despido colectivo [STSJ País Vasco 4 septiembre 2012, sentencia nº 2033/2012].

Junto a dicha comunicación, el empresario deberá acompañar una *memoria explicativa de las causas* de la medida en cuestión, así como en su caso del plan de recolocación externa que se exige si el despido afecta a más de 50 trabajadores. De este modo, la comunicación a los representantes de los

trabajadores deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen [art. 51. 2 ET]. De esta forma, el RD 1483/2012, al igual que su antecesor, establece toda una serie de documentación que tendrá que presentar el empresario que será distinta en función de si invoca una causa económica [art. 4 RD 1483/2012], o si la causa es técnica, organizativa o de producción [art. 5 RD 1483/2012], así como adquiere especial relevancia la documentación exigible cuando la empresa forma parte de un grupo de empresas y se invoca para el despido colectivo una causa económica [art. 4.5 RD 1483/2012]. Ahora bien, a los efectos que ahora interesa, es importante subrayar que dicha información y documentación se trasladará junto con la comunicación inicial, tanto a la autoridad laboral como a la representación de los trabajadores.

Y es que, como se sabe, uno de los contenidos principales de la negociación que se lleva a cabo en la consulta es la acreditación de la causa que en este procedimiento contará con toda una serie de *documentación* que resultará preceptiva para la validez del propio período de consultas. A este respecto, y aunque el texto legal haya hecho desaparecer formalmente de la negociación sobre las causas que motivan el despido; dicha omisión de la regla estatutaria no implica que su contenido preceptivamente no haya de integrar el período de consultas, siendo insuficiente la mera aportación empresarial de la documentación requerida, puesto que la causa continua siendo una pieza clave del procedimiento y debe ser contenido necesario del período de consultas [CABEZA PEREIRO, J., 2012, 192-193 y GOÑI SEIN, J.L., 2012, 43].

El artículo 2.3 a de la Directiva 98/59/CE exige que el empresario proporcione a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente, entendiéndose como tal la que se acomoda a mecanismos adecuados para alcanzar el fin propuesto, ya que la transmisión de la información necesaria, a través de la aportación de la documentación preceptiva, es un requisito constitutivo para la acción sindical y por tanto afecta a la libertad sindical [art. 28 CE] [STS 18 enero 2012, Rec. 139/2011]. La falta de aportación por la empresa de la preceptiva documentación en que fundar el despido colectivo es un *incumplimiento manifiesto del procedimiento* que se erige en un presupuesto ineludible para poder permitir controlar judicialmente la incidencia de la causa, así como la suficiencia de la medida, subrayándose por la jurisprudencia comunitaria el valor de las herramientas de la información, consulta y participación a efectos del cumplimiento de los deberes empresariales de información y documentación [STJCE 3 marzo 2011].

A este respecto, resulta de especial interés mencionar la reciente doctrina judicial, en virtud de la cual los Tribunales Superiores de Justicia se decantan sin paliativos por un pronunciamiento judicial de *nulidad del despido colectivo* por la ausencia de la documentación correspondiente sobre la causa y el análisis de la situación empresarial, puesto que la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible, “por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas, como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general” y “por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe

acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa” [STSJ Madrid 30 mayo 2012, Rec. 17/2012]. De otro lado, se ha indicado por el mismo Tribunal Autonómico que “en el caso de que la documentación facilitada hubiera sido incompleta, no sería admisible que el comité de empresa mantuviera una actitud pasiva durante el período de consultas en lugar de requerir formalmente a la empresa para que completara la documentación” [STSJ Madrid 11 junio 2012], pudiéndose deducir de dicha fundamentación que dicho comportamiento podría impedir *a posteriori* la nulidad del despido colectivo, si la representación de los trabajadores no muestra una actitud diligente durante la negociación. Comportamiento que no se produce, cuando la empresa incumple la obligación de aportación de la documentación en que fundar el despido colectivo por causas económicas tras intentar en vano la representación de los trabajadores que la empresa hiciera entrega de la misma en ordena justificar la situación económica negativa [STSJ Madrid 22 junio 2012, sentencia nº 584/2012].

Desde una perspectiva distinta, los tribunales de lo social están resultando especialmente atentos en la valoración de la justificación causal en el caso de que la empresa esté integrada en un *grupo empresarial*. En este sentido, la declaración judicial de la nulidad del despido colectivo también se produce, cuando la empresa obvia su integración en el grupo, al no haber entregado a la representación de los trabajadores en el período de consultas la documentación correspondiente al grupo, sino solamente de la empresa que adoptó el despido colectivo. Ni la documentación facilitada, ni el objeto de la consultas se ha podido ajustar a las exigencias del artículo 51.2 ET y del artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, puesto que los elementos fácticos sobre los que descansa la concurrencia de la causa, adolecen de la no consideración de las circunstancias reales en las que se encuentra el conjunto de empresas que constituyen el grupo a efectos laborales [STSJ Cataluña 23 mayo 2012, proc. nº 10/2012, vid. también sobre el incumplimiento de la documentación relativa al grupo de empresas, SSTSJ Madrid 30 mayo 2012, proc. 17/2012 012; 25 junio 2012, proc. 21/2012 y 11 julio 2012, proc. 32/2012; SAN 26 julio 2012, proc. 0000124/2012 y TSJ País Vasco 4 septiembre 2012, sentencia nº 2033/2012].

Siguiendo con el procedimiento del despido colectivo, las reglas estatutarias establece como contenidos negociables durante el período de consultas un contenido “mínimo” , al estilo de la Directiva, que deberá versar sobre “las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” [art. 51.2 ET]. Con respecto al contenido de las obligaciones empresariales exigibles dentro del período de consultas, se deberá considerar a efectos de la legalidad del período de consultas y más en particular del posible acuerdo, la eventual obligación genérica por parte del empresario de negociar medidas sociales de acompañamiento y en concreto la que se especifica en el artículo 51.10 ET.

Como se sabe, a la luz de la nueva regulación sustantiva, desaparece la obligación que se imponía a las empresas de más de cincuenta trabajadores de

incluir entre la documentación exigible para el inicio del expediente un plan de medidas de acompañamiento social, muy fortalecido a raíz de la reforma de la Ley 35/2010 y de su desarrollo reglamentario. No obstante, a nuestro juicio, dicha eliminación no implica, ni mucho menos, la desaparición de la obligación de negociar medidas sociales de acompañamiento; existe la obligación de analizar medidas sociales destinadas a paliar los efectos del despido propuesto, que pueden llevar a la modificación del mismo, atendiendo a las circunstancias particulares que concurran en cada caso [GOÑI SEIN, J.L., 2012, 45]. En concreto, con la aprobación de la Ley 3/2012 se mantiene la obligación de negociar el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad [art. 51.2 ET], así como todas las mencionadas por la norma reglamentaria.

A este respecto, la norma reglamentaria viene a distinguir posibles medidas para evitar o reducir los despidos colectivos, así como medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados. Entre las primeras, se mencionan las acciones de recolocación interna de los trabajadores en la misma empresa o en otra del grupo, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, inaplicación del convenio colectivo, así como cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados [art. 8. 1 RD 1483/2012]. Con respecto a las segundas, se podrán considerar, entre otras, medidas que establezcan el derecho de reingreso preferente que se produzca en la empresa dentro del plazo que se estipule, promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social o medidas compensatorias de la movilidad geográfica o de las diferencias salariales con un nuevo empleo [art. 8.2 RD 1483/2012].

Mención especial merece el *plan de recolocación externa* que se ha de presentar junto con la comunicación inicial, cuando el despido afecte a más de 50 trabajadores. La empresa deberá ofrecer a los afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas [art. 51.10 ET]. Por tanto, en este último caso el dato relevante ya no es la dimensión de la empresa, sino la afectación del despido colectivo, o, lo que es lo mismo, la cuantificación de los trabajadores que van a ser susceptibles del despido. Ahora bien, es importante mencionar que aunque dicho plan debe ser incluido en todo caso en la documentación inicial a entregar a la representación de los trabajadores, su contenido podrá ser concretado o ampliado a lo largo del período de consultas, debiendo al finalizar el mismo ser presentada ya su redacción definitiva. Por tanto, se trata de un contenido posible a negociar dentro del período de consultas con la representación de los trabajadores. A este respecto, también se ha de mencionar que la nueva norma reglamentaria ha precisado sustancialmente su contenido respecto a la norma estatutaria [vid. art. 9.3 RD 1483/2012].

En cualquier caso, frente a dicha nueva disciplina, se suscita el interrogante de si la falta de negociación de medidas sociales de acompañamiento o del plan de recolocación en el pacto colectivo, o su falta de ofrecimiento en la decisión empresarial unilateral, se trata de un contenido

esencial en la negociación del período de consultas, cuyo incumplimiento podría ser susceptible de impugnación judicial a través de la modalidad procesal del despido colectivo [art. 124 LRJS]. En este sentido, la demanda judicial frente a la decisión del despido puede fundarse, entre otros motivos, en la no realización del período de consultas o la falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET [art. 124.2 b) LRJS]. A nuestro juicio, y al margen de la posible reclamación individual por los afectados, la ausencia del plan de recolocación en el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores o, en su caso, de la decisión empresarial del despido adoptada unilateralmente deberá ser causa de reclamación por incumplimiento del artículo 51.2 ET, al resultar una obligación empresarial esencial dentro de la negociación, si se tiene en cuenta además lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE que las establece como *contenido mínimo* del período de consultas. De forma equiparable, se habrá de considerar la falta de negociación de medidas sociales de acompañamiento que resultan contenido esencial del período de consultas en el marco del despido colectivo. A este respecto, no se puede obviar que el incumplimiento empresarial de la obligación del plan de recolocación o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos del despido colectivo constituyen una infracción administrativa muy grave [art. 14.8 LISOS].

Al margen de los concretos contenidos negociables durante el período de consultas, con carácter general, se impone el deber de buena fe en la negociación o, dicho en otros términos, el empresario y la representación de los trabajadores deberán negociar con vistas a alcanzar un acuerdo, respetando el *principio de buena fe* durante la negociación, tal y como se prescribe legalmente [art. 51.2 ET]. De conformidad con dicho principio, doctrina judicial reciente ha defendido la nulidad del despido colectivo por el incumplimiento de dicho principio, reforzando la trascendencia que tiene de cara a valorar la regularidad del procedimiento fijado en el período de consultas [Cfr. CABEZA PEREIRO, J.L., 2012, 194]. En este sentido, se ha considerado expresamente que hay una trasgresión de dicha obligación, “cuando la empresa se limita a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ERE con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando (...) el acuerdo sólo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación caracterizada por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un ERE con la única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el de período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe” [STSJ Madrid 30 mayo 2012, rec. 17/2012; en la misma dirección STSJ Galicia 19 julio 2012, sentencia nº 4389/2012]. Fraude de ley por negociación individual paralela (SAN 25 julio 2012)*.

En este sentido, resulta previsible que dichos comportamientos puedan producirse con mayor frecuencia a partir de la nueva ordenación sustantiva del despido colectivo en la práctica negociadora, desarrollándose el período de

consultas como un mero trámite y no como un auténtico proceso negociador, al saber con certeza el empresario que una vez concluido el mismo, podrá imponer su decisión unilateralmente. En consecuencia, resulta de suma trascendencia el control judicial en este sentido, que efectivamente bajo el amparo de la nueva modalidad procesal vele por el cumplimiento de este principio de buena fe, que implica un juicio sobre el desarrollo de un verdadero proceso de negociación para que efectivamente el período de consultas cumpla su auténtica finalidad. Los tribunales de lo social con la cobertura que proporciona el motivo de impugnación que permite reclamar por incumplimiento del artículo 51.2 ET deberán controlar que efectivamente se haya producido a través de las consultas un auténtico proceso negociador y no una mera formalidad procedimental [art. 124. 2 b) LRJS]. En efecto, si se demuestra que la empresa no ha tenido intención de llevar a buen fin el período de consultas o que dicho período ha estado vacío de contenido, es decir, que se ha convocado exclusivamente para cumplir formalmente el trámite, el período de consultas así planteado deberá calificarse como nulo [SAN 26 marzo 2012]

A este respecto, y con el cambio normativo producido a raíz de la reforma de 2012 con la supresión de la autorización administrativa, la autoridad laboral deberá velar, primero, porque efectivamente dicho período de consultas cumpla su auténtica finalidad y una vez adoptada la decisión empresarial, serán los tribunales de lo social quienes deberán controlar que el período de consultas se haya desarrollado como un auténtico proceso de negociación. A nuestro modo de ver, la supresión de la autorización administrativa implica en cierto modo una *revalorización del período de consultas* y de su adecuada articulación como genuino proceso negociador, erigiéndose en un trámite esencial para la propia regularidad de la decisión empresarial final del despido colectivo. Como se ha dicho por el TJCE, el deber de consultas a que hace referencia la Directiva sobre despido colectivo, “más que un deber de consultas, pareciera que lo que se reclama es una auténtica negociación colectiva” [STJCE 27 enero 2005, 31 –*asunto Junk*]. Ahora bien, para que efectivamente cumpla dicha función resulta de suma trascendencia el control judicial que se ejerza en la modalidad colectiva sobre el procedimiento para adoptar la decisión extintiva [art. 124 LRJS].

Consecuentemente, el órgano judicial deberá entrar en cada caso a valorar la relevancia del incumplimiento empresarial de cara a que el período de consultas cumpla la funcionalidad para la que se instaura, o lo que es lo mismo, en el proceso judicial habrá de enjuiciarse si efectivamente se ha desenvuelto un verdadero proceso negociador en el que ambas partes han actuado con el objetivo de alcanzar un acuerdo en la adopción de la decisión del despido colectivo. En este sentido, adquiere una importancia decisiva el análisis de la actuación empresarial en el proceso negociador, y en particular su voluntad de esfuerzo concretado en propuestas y contrapropuestas concretas que se habrán documentado en las actas que se han de levantar en las reuniones. A este respecto, no basta la entrega de la información y documentación, sino que es necesario mostrar una voluntad de diálogo y negociación con la representación de los trabajadores, justificando y motivando las negativas a las propuestas de la parte social y negociando, como se ha indicado, medidas concretas e individualizadas que eviten o reduzcan los

despidos colectivos, intentando atenuar sus efectos [GOÑI SEIN, J.L., 2012, 45]. La Ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el período de consultas, pero sí obliga a negociar.

Por último, la negociación del período de consultas puede finalizar con tres posibles alternativas: la primera es que tras asegurarse de la imposibilidad de acuerdo, empresario y representación de los trabajadores pueden decidir sustituir la tramitación de dicho período por someterse a un proceso de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. Como ya se expuso en su momento, dicha alternativa esta supeditada a que ambas partes negociadoras estén conformes con dicha posibilidad, debiendo tramitarse dichos procesos con una clara falta de realismo en el mismo período temporal previsto para el período de consultas¹⁷.

En segunda instancia, el período de consultas podrá finalizar con acuerdo; si se hubiera alcanzado un pacto entre empresa y representación, se trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En cualquier caso, el empresario comunicará tanto a los representantes de los trabajadores, como a la autoridad laboral la decisión que va a adoptar sobre el despido colectivo o, en su caso, sobre la suspensión o reducción de contrato. Dicha comunicación deberá incluir el contenido definitivo del escrito inicial de apertura del período de consultas, pero ya con el contenido actualizado o, lo que es lo mismo, incorporando las modificaciones que se hayan negociado durante el período de consultas. Desde esta perspectiva, la norma reglamentaria incluye expresamente en el ámbito del despido colectivo que la comunicación deberá incluir la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y el plan de recolocación externa, cuando exista obligación de adoptarlo [art. 12.2 RD 1483/2012]. Todo ello refuerza la obligación empresarial de negociar dichas medidas en los nuevos procedimientos de regulación de empleo: no sólo del plan de recolocación cuando proceda, sino en todo caso de las medidas sociales de acompañamiento. En el ámbito de los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, dicha comunicación deberá contemplar el calendario con los días concretos de suspensión o de reducción de jornada individualizados por cada uno de los trabajadores afectados. Además, si se trata de una reducción de jornada, se deberá determinar en dicha comunicación el porcentaje de disminución temporal y si éste se computa sobre la base diaria, semanal, mensual o anual, y los períodos concretos en los que se va a producir la reducción, así como el horario de trabajo afectado por la misma. [art. 20.6 RD 1483/2012].

Dicho último trámite o comunicación permitirá que el empresario pueda legítimamente notificar la decisión de forma individualizada a cada uno de los trabajadores afectados por la medida, debiendo en el caso del despido colectivo haber respetado como mínimo una plazo de treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectividad de los despidos. Por tanto, queda claro que la validez de los despidos o suspensiones o reducciones de jornada se supedita en buena parte a la regularidad del período de consultas previo que el

¹⁷ Vid. en detalle apartado 2.2.3 de este capítulo.

empresario debe tramitar de modo previo a adoptar dichas decisiones empresariales. De su adecuada tramitación dependerá de forma directa la legalidad de la decisión empresarial, adquiriendo una importancia crucial la correcta negociación del período de consultas entre la empresa y la representación de los trabajadores.

3. Los derechos de información y consulta en la transmisión de empresa

3.1. La originaria inadaptación del ordenamiento interno a las exigencias comunitarias

Con anterioridad a la reforma del art. 44 ET llevada a cabo por la Ley 12/2001, nuestra legislación no contenía precepto alguno que estableciera, con carácter general, un deber de información al estilo del que enunciaba la Directiva 77/187. Esta función no la cumplía, desde luego, el art. 44.1 ET-1980, cuyo desajuste a las exigencias comunitarias afectaba a todos sus elementos. En primer lugar, al contenido sustantivo del deber formulado. La mera notificación del "cambio de titularidad" no lograba superar el menos exigente *test* de comparación con las informaciones que habían de facilitarse *ex párr. 1º* del art. 6.1 de dicha Directiva. En segundo lugar, a los sujetos pasivos. Mientras la legislación nacional hacía recaer el cumplimiento de este deber sobre el cedente y, subsidiariamente, el cesionario, la comunitaria impone a cada empresario unas obligaciones de información por separado. Y en tercer lugar y, en fin, a los titulares del derecho, que en el art. 44.1 son, exclusivamente, los representantes de los trabajadores "de la empresa cedida" y en la norma comunitaria son o pueden serlo los órganos de representación de las empresas transmitente y adquirente.

Tampoco podía atribuirse al art. 64.1^a.g ET, en la versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2007, la función de instituir un derecho de información con una estructura jurídica similar a la de la norma comunitaria. Al margen de otras consideraciones, la inadecuación derivaba del propio contenido del pasaje estatutario, que no establece un derecho de información sino de consulta. En contra de este primer juicio podría alegarse que la emisión de los pareceres prescritos por la ley precisaba, con carácter previo, la puesta a disposición de la información pertinente. Aceptando esta hipótesis, el juicio de inadaptación no variaría dada la distinta definición del alcance jurídico del derecho de consulta *ex art. 64.1.g ET* y del derecho de información *ex art. 6.1 de la Directiva 77/187*. Mientras este resulta aplicable, conforme ya fue razonado, a todas las transmisiones, con independencia del negocio jurídico base, nuestro precepto limitaba su aplicación a los solos supuestos de "fusión, absorción y modificación del <status> jurídico del empresario". La fórmula legal se apartaba así, por defecto, de la comunitaria.

Por esta misma razón, tampoco del art. 238 y preceptos concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas¹⁸ resultaba dable predicar su cualidad de

¹⁸ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22-12, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Como se sabe, dicha Ley fue reemplazada por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el RDL 1/2010, de 2 de julio que entró en vigor

disposiciones homologables, desde la perspectiva del efecto útil perseguido, a la de la Directiva. La fusión, en su doble modalidad de fusión propia y fusión por absorción, y la escisión de sociedades, anónimas y limitadas, constituyen, desde luego, supuestos de transmisión de empresa; pero no los agotan, de manera que extramuros de la garantía quedaban los restantes actos de transmisión.

La conclusión final de la comparación entre el contenido de los materiales normativos internos, vigentes con anterioridad a la Ley 12/2001, y el del art. 6º de la Directiva 77/187, evidenciaba la completa falta de acomodación de nuestro ordenamiento a los compromisos comunitarios en materia de información, conclusión ésta igualmente extensible al derecho de consulta.

El art. 64.1.g ET, norma inicialmente aplicable, resultaba ser manifiestamente insuficiente para cubrir las garantías instituidas por la Directiva. El desajuste procedía, en primer lugar, del distinto y más reducido enunciado del supuesto de apertura, en nuestra legislación, del derecho de consulta. Mientras que la norma comunitaria imponía e impone esta obligación en todo tipo de transmisiones en que los empresarios cedente o cesionario proyecten adoptar medidas laborales respecto del personal a su servicio con ocasión de la transmisión misma, nuestro derecho restringía la consulta a unas pocas modalidades de sucesión de empresa (fusión, absorción y transformación de la vestidura formal de la empresa), siempre y cuando éstas incidieran en el volumen de empleo. Adicionalmente y por si esta diferencia no tuviera suficiente envergadura, concurría un segundo motivo de desajuste, relativo ahora al contenido material del derecho. Este, en el texto estatutario, quedaba constreñido a la mera emisión de un parecer, dictamen o informe, preceptivo pero no vinculante. En el texto comunitario, en cambio, la consulta se configuraba y configura como un medio de intervención más intenso, pues el trámite abre un proceso de negociación que, eventualmente, puede desembocar en acuerdo.

Por lo demás y tras los cambios normativos sobre la disciplina comunitaria introducidos por la Directiva 98/50, vino a sumarse un nuevo déficit en materia de información. Como ya se hizo notar en otro lugar del presente estudio, una de las novedades aportadas por la reforma de la Directiva 77/187 consistió en reforzar las garantías informativas, estableciendo a tal efecto reglas específicas encaminadas a asegurar que, ante la inexistencia, por motivos ajenos a la voluntad del personal, de órganos de representación, los trabajadores estén igualmente informados sobre los proyectos empresariales de transmisión de empresa.

La falta de acomodación de nuestra legislación en este particular deber de información era absoluta. Ni el art. 44 ET, ni ningún otro precepto garantizaba este derecho de los trabajadores, dotado de una sustantividad propia y, por tanto, no subsumible en la información que el empresario ha de facilitarle sobre "la identidad de la parte" (del contrato) en el momento de la celebración del vínculo contractual¹⁹.

el 1 de septiembre de 2010.

¹⁹ Cfr. art. 2.2 del RD 1659/1998, de 24-7, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

3. 2. Los derechos de información y consulta: sus reglas comunes

Transcurridos más de quince años desde el ingreso del Reino de España a la hoy Unión Europea, la Ley 12/2001 vino a cancelar la profunda anomalía jurídica derivada de la falta de armonización de nuestra legislación con el núcleo duro de las garantías colectivas de la disciplina europea sobre transmisión de empresa. La nueva redacción del art. 44 ET concluye el ciclo de desencuentros entre las regulaciones comunitaria e interna en materia de reestructuración de empresas, llevando a cabo un tratamiento de los derechos de participación de los trabajadores del que ya puede afirmarse, sin margen alguno de incertidumbre, su cerrada y firme correspondencia con aquella disciplina; con la contenida en la Directiva 98/50 pero, además y sobre todo, con la que estableciera hace casi un cuarto de siglo la Directiva 77/187.

Siguiendo muy de cerca la sistemática, e incluso la literalidad, del texto comunitario codificado, los derechos de participación se instrumentan a través de dos manifestaciones o vertientes: la información y la consulta. De la primera manifestación participativa, se ocupan los núms. 6, 7 y 8 del vigente art. 44 ET, siendo objeto de regulación la segunda vertiente en el núm. 9 de este mismo precepto, que se cierra con un décimo y último ordinal cuya imputación normativa tiene un carácter bilateral. Sin perjuicio de esta regulación separada, los derechos de información y consulta, bien que dotados cada uno de un contenido objetivo propio y autónomo, comparten una plataforma de elementos comunes, que afectan básicamente, aunque no sólo, a la vertiente subjetiva de su estructura jurídica.

Comunes son, en primer lugar, los titulares del derecho, que se atribuye a los "representantes legales de los trabajadores", giro gramatical éste que, en nuestro ordenamiento, comprende tanto a la representación unitaria como a la representación sindical. De su lado, el deber de informar, de consultar o de ambos recae sobre los sujetos empresariales que hubieren celebrado el negocio jurídico determinante de la sucesión. No son éstas obligaciones cuyo cumplimiento pueda ser satisfecho alternativamente por el empresario transmitente o por el empresario adquirente; y tampoco subsidiariamente por el cesionario para el supuesto de inobservancia por el cedente. Como en su día dispusiera la Directiva 77/187, el art. 44 ET impone estos deberes a uno y a otro, que han de cumplimentarlos de manera independiente y por separado ante y con los respectivos representantes de sus trabajadores.

No obstante, no puede pasarse por alto la diferencia en el modo de ejercicio de los deberes de información y consulta por parte de los empresarios ante sus respectivos representantes. Aquél primero ha de ejercitarse ante las dos representaciones: la unitaria y la o las sindicales, si las hubiera. Este otro, por el contrario, se cumplimentará de manera alternativa con uno o con otro. La finalidad a la que sirve la consulta, que es la de alcanzar un acuerdo (art. 44.9 ET) y no la simple de emitir un parecer u opinión, así lo confirma. A este respecto, se ha de llamar la atención que en este derecho de consulta la posible respuesta legal que se ha activado en las empresas sin representación a favor de la doble Comisión (art. 41.4 ET) a partir de la Ley 35/2010, no se aplica en este concreto

supuesto de derecho de consulta que se establece única y exclusivamente a favor de las representaciones de los trabajadores constituidas. Por tanto, en el caso de la transmisión de empresa, y a diferencia del resto de medidas que se pueden activar en los denominados pactos de reestructuración productiva, el texto estatutario no prevé ninguna alternativa de interlocutor negocial frente a la carencia de estructuras representativas. En suma, si la empresa cedente o cesionaria no tiene órganos de esta naturaleza quedará sin efecto el derecho de consulta establecido en el artículo 44.9 ET, al no haber representaciones con las que negociar, pudiendo la empresa imponer unilateralmente las medidas laborales a que se refiere la norma estatutaria.

En segundo lugar, también hay identidad, al menos de principio, en la determinación del momento hábil en que estos derechos-deberes pueden y deber ser ejercitados. Las informaciones han de facilitarse y las consultas han de celebrarse "con la suficiente antelación" (art. 44.8 y 9 ET), referida ésta al supuesto de hecho que define el ámbito objetivo de cada derecho, al que luego me referiré. La dicción legal, que reproduce el tenor literal de la norma comunitaria, utiliza una fórmula que logra aunar la flexibilidad con el resultado perseguido de permitir la previa intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones. La "suficiente antelación", concepto jurídico indeterminado ajeno hasta ahora a nuestros usos lingüísticos normativos, se erige en el estándar jurídico que ha de servir para delimitar temporalmente el correcto cumplimiento, por los empresarios cedentes y cesionario, de sus deberes de información y consulta.

Común es, en fin, el régimen de garantías de la información y consulta en los casos de transferencias de entidades económicas sometidas al control de una empresa dominante. A tales efectos, el art. 44.10 ET instituye una regla de directa e inmediata influencia comunitaria, ya prevista para los despidos colectivos (art. 51.8 ET), a tenor de la cual las obligaciones de información y consulta rigen con independencia de que la decisión sobre la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente o cesionario "o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos", sin que tal circunstancia puede alegarse como causa justificativa del incumplimiento de dichas obligaciones. Bien que el ámbito de imputación normativa de esta garantía se formula con un alcance universal, su campo típico de aplicación se dirige a los supuestos de fusión o escisión de sociedades. De nuevo, también en el marco de la transmisión de empresa se tiene en cuenta a efectos realmente limitados el que la empresa pertenezca a un grupo de empresas y la decisión de la transmisión haya sido adoptada por una empresa distinta a la titular de la actividad productiva, sin que asuma la empresa dominante o cabecera una posición más protagonista en la articulación de los derechos de información y consulta como es la que debiera corresponder como empresa responsable de la decisión.

Finalmente, la inobservancia de los deberes de información y consulta por cualquiera de las dos empresas implicadas puede suponer una responsabilidad administrativa imputable al empresario infractor, calificándose como infracción grave [art. 7.7 y 11 LISOS]. No obstante, al margen de la sanción administrativa, en el caso del derecho de consulta se plantea el interrogante sobre si la medida laboral impuesta de forma unilateral por el empresario, infringiendo el

procedimiento negociador debe llevar aparejada igualmente la sanción jurídica de la nulidad de la medida impuesta, por los tribunales sociales. Indudablemente, en esta hipótesis hubiera resultado deseable una previsión legal que incorporase dicho pronunciamiento, como sucede en el caso del despido colectivo [art. 124 LRJS], o por vía jurisprudencial se califica como tal la modificación colectiva que omite el período de consultas [SSTS 4 octubre 20001 y 8 noviembre 2002]. No obstante, a nuestro juicio, la infracción de este derecho de consulta debiera conllevar un pronunciamiento judicial de nulidad de la medida laboral adoptada, quedando sin efecto, reponiendo a los trabajadores en sus condiciones de origen.

3.3. Los derechos de información

El reformado art. 44.6 ET vino a modificar profundamente la estructura jurídica del derecho de información. En la vieja disciplina estatutaria, era éste un derecho cuya titularidad activa correspondía exclusivamente a los representantes de los trabajadores del empresario cedente y cuya titularidad pasiva recaía en éste y, subsidiariamente y para el caso de incumplimiento de aquél, en el empresario adquirente. La Ley 12/2001 alteró de manera sustancial los elementos subjetivos del derecho, variación ésta que, en realidad, no es sino la consecuencia lógica de la configuración de dos derechos-deberes autónomos: el que corresponde a los representantes legales de los trabajadores del empresario transmitente y que éste ha de satisfacer, como obligado único, y el que pertenece a los representantes legales de los trabajadores del empresario adquirente y que éste ha de cumplimentar bajo esa misma condición. La utilización por el art. 44.6 ET de la partícula copulativa "y" confirma la autonomía de estos derechos.

Bien que dotados de una indiscutible simetría jurídica, los derechos-deberes de información no se desarrollan o pueden no desarrollarse de manera bilateral. En el ámbito de organización de la entidad económica transmitida, el empresario cedente vendrá siempre obligado, sea cual fuere la causa de la transmisión, a facilitar las informaciones legalmente establecidas a los representantes de sus trabajadores. Para el empresario cesionario, por el contrario, el deber nacerá o no en función de que el cambio de titularidad previsto vaya o no a afectar a sus propios trabajadores; esto es, a aquellos en relación a los cuales ejerce, con carácter previo a la transmisión misma, la condición de empresario. De no ser así, de carecer la transmisión de consecuencias sobre la suerte de las relaciones laborales de estos trabajadores, faltará el presupuesto de hecho de la obligación de informar y del correlativo derecho a ser informado. Tal es la interpretación que cabe deducir de una lectura sistemática de los párrafos primero de los apartados 6 y 8 del art. 44 ET.

La amplísima variedad de los negocios sujetos a la disciplina de la sucesión de empresa y la no menos extensa forma en que cada uno de ellos puede incidir en la organización del empresario cesionario convierten en tarea estéril la elaboración de un listado cerrado de supuestos en los que el adquirente viene obligado a cumplimentar el derecho de información. Más allá de la fórmula general utilizada por el legislador, el nacimiento de este deber habrá de deducirse mediante un examen de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. No

obstante y sin ánimo de exhaustividad, algunos negocios transmisorios llevan ya implícitos la activación del derecho. Tal sucede en los casos de fusión, propia o impropia, o en los de escisión con aportación de rama en una empresa ya constituida y en funcionamiento.

Pero la Ley 12/2001 no sólo modificó los elementos subjetivos del derecho; también revisó su contenido objetivo. Consistía éste, antes, en una mera notificación de la transmisión o, lo que es lo mismo, en una simple comunicación del negocio transmisorio acordado. La notificación se convierte ahora en información; esto es, en una obligación de puesta en conocimiento de una serie de datos que van más allá del hecho mismo de la transmisión que se pretende llevar a cabo. De conformidad con lo que establece el art. 44.6 ET, los datos que el cedente y el cesionario han de facilitar a la representación de sus respectivos trabajadores son: la fecha de la transmisión, sus motivos, sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores y, en fin, las medidas previstas en relación a éstos.

Las informaciones que los sujetos obligados han de facilitar tienen la finalidad de permitir a la representación de los trabajadores un adecuado enjuiciamiento de la transmisión de empresa con vistas a la adopción de las medidas que estimen más oportunas para la defensa de los intereses colectivos en juego. Como cualquier otro derecho de información, también éste cumple una función instrumental; es el medio del que se sirve el legislador para permitir a los representantes de los trabajadores una fundamentada elaboración y puesta en práctica de líneas estratégicas de acción sindical. En tal sentido, la información abona y prepara el terreno a la consulta/negociación o, en su caso, a la confrontación.

Por lo demás, el derecho de información regulado en el art. 44.6 ET ha de entenderse de ejercicio y cumplimiento autónomo e independiente, no subsumible por ningún otro establecido en otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

En un orden distinto de consideraciones, el art. 44.7 ET transforma este derecho colectivo de información en derecho individual en los supuestos de inexistencia de representantes legales de los trabajadores. En estas hipótesis, la titularidad activa del derecho se atribuye a todos y cada uno de los trabajadores afectados por la sucesión de empresa, manteniéndose inalterable la titularidad pasiva del deber y su contenido objetivo. Qué ha de entenderse, en el contexto del art. 44 ET, por "trabajadores afectados por la transmisión", es interrogante que no se presta a duda. En el ámbito del empresario cedente, los receptores de la información son todos los trabajadores que prestan servicio en la entidad económica objeto de transferencia; en el ámbito del cesionario, el círculo de receptores, que puede no existir, quedará circunscrito, como ya se ha tenido ocasión de razonar, a los trabajadores afectados por el cambio de titularidad.

Siguiendo las orientaciones contenidas en la legislación comunitaria, el nuevo art. 44 ET regula el momento hábil de ejercicio de los derechos-deberes de información, enunciando al efecto dos reglas que pueden calificarse como general, la primera, y como especial la segunda.

Conforme a la regla general, aplicable a todos los supuestos de sucesión de empresa salvo a aquellos que definen el ámbito de imputación normativa de la regla especial, el cedente viene obligado a facilitar la información con la suficiente antelación, "antes de la realización de la transmisión". El cesionario, de su lado, ha de cumplir con su deber también con la suficiente antelación "y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión" (párr. 1º, art. 44.8 ET).

Es ésta, como puede apreciarse, una regla que se desdobla en función del sujeto pasivo del derecho de información; o, mejor aún, dos reglas que, no obstante y como ya se ha hecho notar, comparten un común estándar jurídico para verificar su cumplimiento. Consiste éste en la suficiencia de la antelación, definida a su vez por referencia a la producción de los dos supuestos de hecho que activan el deber de informar: la realización de la sucesión, en el caso del transmitente, y el efecto afectación de la transmisión, en el caso del adquirente.

Por otra parte y dada la función instrumental que cumple este derecho, por información tardía ha de entenderse no sólo aquella que se suministra una vez que se han consumado aquellos supuestos de hecho sino, además, aquella que se entrega con una antelación que impide o imposibilita a la representación de los trabajadores la adopción temporánea de sus decisiones de acción sindical en relación con la transmisión o con sus efectos laborales.

La regla especial, de su lado, tiene un ámbito de imputación normativa limitados a dos concretos negocios transmisivos: la fusión y la escisión de sociedades. En estos supuestos, el párr. 2º del art. 44.8 ET define el *dies a quo* a partir del cual la información facilitada ha de calificarse como extemporánea, y que no es otro que el momento de la publicación de la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los acuerdos de fusión o de escisión.

Con respecto al contenido que ha de integrar el derecho de información y documentación se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que además ha sido modificada en fechas recientes por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

A este respecto, la nueva regla prevé que antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o de la comunicación individual a los socios, los administradores deberán insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, si no tuviera página web, a disposición, entre otros, de los representantes de los trabajadores en el domicilio social los siguientes documentos: - El proyecto común de fusión, - Los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión, - En su caso, los informes de expertos independientes las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles, - El balance de fusión de cada una de las

sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido, - Los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público, - El proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente o, a falta de estos, de la escritura por la que se rija, incluyendo destacadamente las modificaciones que hayan de introducirse, - La identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión [art. 39 Ley 3/2009].

En el caso de que la sociedad no tuviera página web, los representantes de los trabajadores tendrán derecho, si así lo solicitan por cualquier medio admitido en Derecho al examen en el domicilio social de la copia íntegra de todos los documentos más arriba referenciados.

3.4. Los derechos de consulta

Además de los derechos de información, a los representantes de los trabajadores de los empresarios cedentes y cesionario les asiste un segundo derecho de participación: el de consulta. Como se ha indicado, dicha norma encuentra su inspiración directa en el artículo 7.2 de la Directiva 98/50/CE, que prevé, tanto para la empresa cedente, como cesionaria, cuando se trate de adoptar medidas en relación sus trabajadores, la obligación de consultar con los representantes de los trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo. La jurisprudencia comunitaria ha interpretado dicha obligación como un deber empresarial que no puede identificarse como una mera consulta, o la emisión de un informe, sino que se trata de un auténtico *proceso de negociación* que puede concluir con acuerdo, y que en todo caso, conforme indica el texto legal ha de estar regido por el principio de buena fe.

A este respecto, resulta adecuado traer a colación la STJCE de 8 de junio de 1994, Comisión c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que consideró *que procedimientos de consulta como el del derecho inglés que únicamente establecía la obligación de iniciar consultas con representantes de los sindicatos reconocidos, tomando en consideración las observaciones que formulen, responderlas indicando los motivos del rechazo, si éste se produce, no está transponiendo de forma correcta el mandato de la Directiva. Dicho procedimiento no se puede equiparar a las consultas con vistas a la consecución del acuerdo que exige la normativa comunitaria.* Consecuentemente, resulta indudable que la escueta referencia del legislador estatutario a este período de consultas ha de identificarse con un auténtico proceso de negociación colectiva, en el que las partes tienen el deber de negociar de acuerdo a la buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

No es éste, sin embargo, un derecho del que pueda predicarse un alcance universal ante cualquier supuesto sucesorio. Con un alcance limitado, la consulta se activa de manera exclusiva en aquellos casos en los que, bien el transmitente, bien el adquirente, hubieren proyectado la adopción de "medidas laborales en relación con sus trabajadores" (art. 44.9 ET).

El primer y básico problema que plantea la dicción legal es el de delimitar su ámbito de aplicación, tarea ésta que ha de acometerse por referencia a los dos elementos que definen el supuesto de hecho: objetivo (las "medidas laborales") y subjetivo (los trabajadores en relación a los cuáles la adopción de dichas medidas obliga a la apertura de un trámite de consultas).

Siguiendo las orientaciones contenidas en la norma comunitaria, tampoco el art. 44.9 ET menciona de manera expresa el tipo de medidas que, caso de ser adoptadas, habilitan el ejercicio, por la representación de los trabajadores, de un derecho de consulta. Pero es ésta una omisión que no resulta difícil de colmar. Con fórmula deliberadamente amplia, puede afirmarse que queda, en principio, excluida en el ámbito de imputación normativa del reseñado precepto legal cualquier medida que altere la posición contractual de los trabajadores al amparo del ejercicio de poderes empresariales distintos de los poderes fuertes de dirección (especificación de la prestación laboral y variación no sustancial).

Por el contrario, la traducción de este genérico enunciado normativo a nuestro tradicional lenguaje normativo institucional haría entrar en juego, en principio, distintas medidas, una vez descartadas de éste capítulo aquellas vedadas por la aplicación del principio de subrogación. En concreto, las siguientes: movilidad funcional sustancial (art. 39.5 ET), traslados (art. 40.1 a 3 ET), modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas (art. 47 ET) y extinción de los contratos por esta misma causa (arts. 51 y 52.c ET). Es ésta, no obstante, una primera conclusión que pide, para su definitiva confirmación, unos razonamientos algo más acabados.

El contenido del derecho de participación regulado en el art. 44.9 ET no se limita a una mera consulta, susceptible de ser instrumentada mediante un cruce de opiniones o la emisión, por parte de la representación de los trabajadores, de un informe, parecer o dictamen. La apertura del período de consultas equivale a la apertura de un verdadero proceso de negociación; al inicio de un proceso contractual que puede concluir con un acuerdo y que, en todo caso, ha de estar regido por el principio de la buena fe. Ahora bien, se ha de destacar que a diferencia de los períodos de consulta desarrollados en este capítulo [arts. 40.2, 41.4, 47 o 51 ET], que están intensamente reglamentados en su duración y en sus contenidos; en el caso de la transmisión de empresa el derecho de consulta esta prácticamente carente de regulación en la norma que lo establece, pudiendo integrar su contenido sólo con las previsiones generales del artículo 64.1 y 6 ET.

No obstante, a nuestro juicio, el legislador ha querido disciplinar dicho proceso de una manera *deliberadamente flexible*, posibilitando una negociación ciertamente informal y carente de reglas entre la empresa y la representación de los trabajadores, sin que ello suponga que dicha libertad en la negociación se

erija en una justificación para no llevar a cabo un auténtico proceso negociador, imprescindible en este supuesto. Como ya se ha expuesto, el derecho de consulta previsto en esta norma debe concebirse como un auténtico proceso negociador, requiriéndose para la consecución del acuerdo las reglas esenciales de mayoría previstas para los acuerdos de reorganización productiva. Ahora bien, antes de proseguir con su análisis es preciso dejar sentado que el empresario podrá continuar gestionando la acción de reestructuración que proponga, en caso de que no logre el acuerdo con la representación, siempre eso sí que haya observado previamente el proceso de negociación con dicha representación de los trabajadores.

En este contexto normativo, la tarea de definir el ámbito de imputación normativa del derecho de consultas ex art. 44.9 ET es cuestión que ha de plantearse ineludiblemente y resolverse con el auxilio de los criterios propios de un doble canon hermenéutico: el sistemático y el teológico. El tan citado derecho ha de ser interpretado a la luz de la finalidad perseguida, que no es otra que el asegurar a la representación de los trabajadores una efectiva y real intervención en aquellos supuestos en los que los empresarios cedente o cesionario vayan a adoptar medidas laborales que afecten su personal y en relación a las cuales el propio ordenamiento no garantice ya, con ocasión de la regulación de dichas medidas, esa misma finalidad.

Dicho esto, ya se está en condiciones de delimitar en qué tipo de medidas laborales, de las anteriormente enunciadas, tiene o no vigencia el trámite de consultas establecido en el tan citado art. 44.9 ET.

De esta forma, el art. 39.5 ET exige, para la válida producción de cambios funcionales sustantivos, acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o las que se establecieren en convenio colectivo. No es cuestión ahora de entrar en un estudio a fondo de este precepto. A los efectos que aquí interesa, bastarán unas breves observaciones. Por lo pronto, la remisión que hace este precepto a la negociación colectiva cubre, desde luego, el requisito establecido por el art. 44.9 ET: un régimen pactado sobre cambios funcionales satisface con holgura la exigencia de iniciar consultas con vistas a alcanzar un acuerdo. Mayores dudas surgen a la hora de extender esta misma calificación a los cambios amparados en acuerdo de las partes en los que, por hipótesis, no hay participación de la representación de los trabajadores. No obstante, este obstáculo puede sortearse entendiendo, con un reputado sector de nuestra doctrina científica, que el acuerdo individual no puede contrariar las disposiciones inderogables del art. 41 ET, entre las que se encuentra, precisamente, el trámite de consultas [ROMÁN DE LA TORRE, 2000, 98].

El art. 40.2 ET establece, para los traslados, la apertura de un trámite de consultas, durante el cual las partes han de negociar con vistas a alcanzar un acuerdo. Dicho trámite, no obstante, queda limitado a los traslados que la propia ley califica como colectivos; esto es, a aquellos que afecten a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin suceder ello, alcance, en un período de noventa días, a un número de trabajadores comprendidos dentro de los umbrales que el precepto enuncia.

En los traspasos adoptados con ocasión o como consecuencia de una transmisión de empresa, el derecho de consultas regulado en el art. 40.2 ET queda sujeto a la concurrencia de una condición, vinculada al número de trabajadores afectados; tiene, en suma, un carácter limitado. No obstante ello y como en su momento fue razonado²⁰, el derecho de consulta también rige para los traslados plurales con amparo en lo prevenido, tras la reforma operada por la Ley 38/2007, en el art. 64.5 ET. Por este lado, el derecho de consulta ha de aplicarse a cualquier traslado efectuado por el transmitente o cesionario, no con ocasión de la transmisión misma sino en atención a la concurrencia de suficiente causa justificativa. Con todo, el objeto de uno y otro derecho de consulta varía; mientras en el traslado colectivo la consulta ha de efectuarse con vistas a alcanzar un acuerdo, en el traslado plural la finalidad es el intercambio de pareceres, pudiendo la representación de los trabajadores emitir un informe por escrito (art. 64.1 ET).

Este régimen de consultas de carácter condicionado rige igualmente para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Como en los traslados, también el art. 41 ET limita el trámite de consultas para las modificaciones sustanciales tipificadas por la norma como colectivas. De acuerdo a la reformulación del artículo 41 ET por la reforma de 2012, el criterio vigente de distinción entre modificaciones individuales y colectivas ha de atender, al igual que en el traslado colectivo, al doble factor relativo al número de trabajadores afectados por la modificación y al número de trabajadores que pertenecen a la empresa, computados eso sí en un período de noventa días [art. 41.2 ET]. Atrás queda la distinción que radicaba la calificación en función de la naturaleza del título jurídico susceptible de modificación, salvo que se trate una alteración de un convenio colectivo en cuyo caso, siempre ha de considerarse una modificación colectiva o, también denominado descuelgue convencional, sujeto ya a un régimen autónomo y separado del artículo 41 ET integrado dentro de la ordenación estatutaria de la negociación colectiva [art. 82.3 ET]. En este último caso, como se sabe, la inaplicación del convenio colectivo requiere ineludiblemente la activación del derecho de consulta, pero de acuerdo a su normativa específica.

En cualquier caso, en virtud de la nueva definición de modificación colectiva, el derecho de consulta con ocasión de una transmisión de empresa queda reducido a las modificaciones colectivas fijadas en función del número de asalariados afectados por la medida y, por supuesto, al descuelgue convencional. Quedan pues excluidas de esta garantía, las modificaciones de condiciones de trabajo individuales que no alcancen los umbrales requeridos por la regla estatutaria para considerarlas colectivos. No obstante y como se viene de argumentar en relación con el traslado, esta inicial exclusión de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter plural fue rectificadas con ocasión de la transposición de la directiva marco sobre derechos de información y consulta, de modo que también esta medida ha de entenderse sujeta a consulta por obra del revisado art. 64.5 ET.

²⁰ Vid. *infra*, apartado 5.2 del Cap. 30***

También la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas requiere la apertura de un período de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 47 ET). La redacción actual de la norma no deja margen de dudas: se habrá de abrir período de consultas con la representación de los trabajadores, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión. Por tanto, el factor determinante para la atribución del derecho de consulta a la representación será la causa o fundamento que ampare la medida, y no el número de afectados. Como se sabe, desde la reforma de 2012 desaparece la intervención dirimente de la autoridad laboral, permaneciendo, no obstante, su participación en el procedimiento desde el inicio hasta su finalización, velando por la regularidad de su tramitación (art. 47 ET). Ahora bien, a los efectos que ahora interesa, resulta claro que en cualquier hipótesis que se suscite una medida de esta naturaleza, tanto la empresa cedente como la cesionaria deberán llevar a cabo el período de consultas que prescribe el artículo 47 ET, llenando su contenido con las previsiones de la regla específica.

En los despidos por causas económicas, en fin, la garantía que comporta el derecho de consultas queda nuevamente circunscrita al ámbito de los despidos colectivos (art. 51 ET), definidos con arreglo a una pluralidad de criterios de entre los cuales el numérico, relativo a los trabajadores afectados, juega un destacado papel tipificador. Los despidos económicos "menores" (art. 52.c ET), no obstante, no se encuentran excluidos, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2007, de aquella garantía. Por consiguiente y a nuestro juicio, la participación de los representantes de los trabajadores no queda ceñida a la recepción de una copia del escrito de preaviso entregado por el empresario al trabajador o trabajadores despedidos por esta causa objetiva (art. 53.1.c. *in fine* ET); también ha de iniciarse, con la "suficiente antelación", un trámite de consultas, pudiendo emitirse el oportuno informe.

De los anteriores desarrollos, pueden ya alcanzarse algunas conclusiones. La primera, con la que se pretende definir en negativo el ámbito de imputación normativa del pasaje legal a examen, es la inaplicación del trámite de consultas previsto en el art. 44.9 ET en los cuatro siguientes supuestos: cambios funcionales sustanciales acordados mediante convenio colectivo, suspensión de los contratos de trabajo y reducción de jornada por causa económica, descuelgue convencional y despidos colectivos. Ello es así, pese a la dicción literal del artículo 44.9 ET que solamente hace referencia a los traslados colectivos y a las modificaciones sustanciales colectivas; no obstante, parece claro que en todos los casos anteriores procede la apertura del período de consultas, ahora bien, la diferencia con respecto al resto de supuestos es que hay una disciplina especial que establece de forma detallada la tramitación del procedimiento. Por tanto, pese a que las medidas se vean inmersas en un proceso de transmisión de empresa, su régimen jurídico queda intacto, debiendo entenderse que la norma de remisión ha de completarse con las medidas arriba mencionadas, puesto que el régimen jurídico de la consulta es mucho más completo, debiendo aplicar las previsiones estatutarias específicas [MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., 2008, 782].

De otro lado, dicho trámite tampoco resultaba aplicable en los despidos económicos menores (art. 52.c ET). No obstante y tras el cambio legislativo operado en el art. 64 ET, estos despidos quedan sometidos, en los términos ya examinados para los traslados plurales, a consulta. Una interpretación integradora induce a ampliar este derecho de participación a favor de la representación de los trabajadores, si se tiene en cuenta la repercusión que se produce para los trabajadores afectados, rigiendo un criterio de lógica interpretativa de inclusión. Además, y al margen de la finalidad legal que pretende este derecho de consulta, en esta concreta hipótesis se ha de tener en cuenta que los representantes de los trabajadores cumplirían un cometido propio y adicional de vigilar el cumplimiento del principio legal, de raíz comunitaria de *mantenimiento del empleo*, que no sólo pesa sobre la empresa adquirente, sino también sobre la cedente. La prohibición de despedir tiene un efecto bilateral; es decir rige tanto para el empresario transmitente como para el adquirente [VALDES DAL-RE, F., 2001, 65]. En suma, la transmisión o el traspaso no puede constituirse por sí misma como el motivo directo o determinante de la extinción contractual, debiendo la organización promotora de esta clase de despido acreditar una causa específica que respalda su decisión frente a la representación de los trabajadores (art. 4.1 Directiva 2001/23/CE).

Las anteriores observaciones han servido para despejar el elemento objetivo del supuesto de hecho que activa la consulta; para conocer en qué tipo de medidas laborales ha de iniciarse, por parte de los empresarios cedente o cesionario, el período de consultas con vistas a la consecución de un acuerdo. Finalmente, para cerrar el radio de imputación normativa del art. 44.9 ET, es preciso definir en relación a qué trabajadores la adopción de ciertas medidas laborales comporta la intervención de la representación legal del personal. En una primera impresión, pudiera pensarse que el interrogante planteado enuncia una banalidad jurídica, pues los trabajadores afectados por las medidas laborales serán los que presten servicios al empresario cedente o al cesionario. La conclusión es rigurosamente cierta; pero insuficiente, al menos desde la perspectiva comparativa con el derecho de información.

Las medidas adoptadas pueden serlo, por lo pronto, por los empresarios transmitente y adquirente, antes de la sucesión de empresa. Es evidente que los trabajadores afectados por dichas medidas serán entonces "sus respectivos trabajadores"; los de uno y otro. Pero también pueden ser adoptadas, de seguro, por el empresario cesionario, una vez consumada la transmisión, en cuyo caso los trabajadores afectados podrán ser tanto los transferidos como aquellos otros que ya pudieren venir prestando servicio en el ámbito de la empresa cesionaria. El derecho de consulta se activa, en semejante hipótesis, sea cual fuere el colectivo sujeto a la medida laboral adoptada.

Pero aún hay más. El cedente, en los supuestos de transmisión parcial de empresa y con motivo de ella, puede precisar la adopción, siempre que concurra causa habilitante para ello conforme a lo establecido en los arts. 40 y 41 ET, de medidas laborales respecto de los trabajadores no transferidos, quedando igualmente incluida esta hipótesis en el ámbito de aplicación normativa del art. 44.9 ET.

En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que tanto la empresa cedente, como cesionaria tendrán que adoptar la iniciativa, con la suficiente antelación, momento temporal indeterminado que ha de integrarse atendiendo a la finalidad de la norma. En este sentido, no se puede obviar que el objetivo de la negociación es permitir la intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso de decisión de las consecuencias laborales que pueda implicar la transmisión de empresa. De este modo, y literalmente la norma estatutaria indica que las consultas versarán sobre “las medidas previstas y sobre sus consecuencias para los trabajadores” [art. 44.9 ET]. De lo que se trata con dicha garantía es de asegurar a los representantes una participación real en la formación de las decisiones empresariales acerca de las medidas laborales referidas, no de cumplimentar un mero trámite sobre una decisión que ya ha sido previamente adoptada.

Por tanto, la coyuntura relevante no es tanto la realización de la transmisión de la empresa, sino el momento en que se pretendan hacer efectivas las medidas que se proyectan, pudiendo activarse, tanto antes de que se materialice la sucesión empresarial, como con posterioridad. Con carácter general, si es la organización cedente la promotora de la negociación se producirá antes de la transmisión, y si es la cesionaria se desenvolverá tras su producción. No obstante, dicha premisa general no resultara de ningún modo obligada: tanto la empresa cedente podrá proyectar medidas laborales para los trabajadores que permanezcan una vez producida la transmisión, como la cesionaria pretender acciones de esta naturaleza antes de que se materialice la sucesión. Lo importante es que en ambos casos la adopción de las medidas laborales encuentre su origen o factor desencadenante en la transmisión de empresa, sin que el propio traspaso pueda operar como causa específica de su imposición. Y a estos efectos, se ha defendido un criterio de razonabilidad basado en la proximidad temporal de la medida con el negocio sucesorio. De este modo, se ha llegado a esgrimir la formulación de una presunción *iuris tantum*, según la cual las medidas que se adopten con una cierta proximidad a la transmisión se considerarán que se han producido con ocasión de la misma, y por tanto, se deberán negociar colectivamente.

BIBLIOGRAFIA FINAL.-

AGUIAR DE LUQUE, L./GONZÁLEZ AYALA, M.D., “El derecho a participar en los asuntos públicos”, en O. Alzaga (Dir), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. XX, Madrid (Ed. Edersa,).

ALAIMO, A., “Coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa: informazione, consultazione e partecipazione”, en S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino (Giappichelli Ed.) 2010.

ALFONSO MELLADO, C.A., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA. VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La influencia de la Directiva 2002/14/CE sobre el ordenamiento interno español”, en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS) 2007.

BIAGI, M., *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, Madrid (MTSS) Madrid 1992.

BOZA PRO, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch) 1997

CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, en *Revista de Derecho Social* (2012), nº 57.

CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Madrid (IEC & Thomson Civitas), 2006.

CRUZ VILLALON, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales, Especial monográfico Reforma Laboral 2010*, nº 21-22.

CRUZ VILLALON, J., “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011” en AA. VV. (García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J., Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid (Lex Nova), 2011.

CRUZ VILLALON, J., “El nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo”, *Temas Laborales* (2011), nº 111.

CRUZ VILLALON, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 2012.

CUEVAS LÓPEZ, J., *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Pamplona (Ed. Aranzadi) 1982

DAVIES, P./KILPATRICK, C., "UK Worker Representation after Single Channel", *Industrial Law Journal* vol. 33, 2004, núm. 2.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, 2ª ed., T. I, Madrid (IEP) 1949.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Madrid (CEC) 1984.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Negociación colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo", en AA. VV., *La contratación y el empleo en la negociación colectiva*, XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Madrid (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), 2010.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011", *Relaciones Laborales. Especial monográfico. Reforma de la negociación colectiva*, (2011), nº 23-24.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: La envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", en AA. VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Los márgenes dejados por la ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo" en AA. VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *La negociación en los expedientes de regulación de empleo* Madrid (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), 2012.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., "El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores", *Actualidad Laboral (AL)* 1991, núm. 9.

FERNANDEZ LÓPEZ, M^a.F. "La prohibición de discriminación", en M.E. Casa Baamonde/M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución española*, Madrid (Fundación Wolters Kluwer), 2009.

GAMILLSCHEG, F., "La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 1979", *REDT*, 1980, núm. 2.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., "Medidas de flexibilidad interna: Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales", en AA.VV. (García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J., Dirs.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid (Lex Nova), 2010.

GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa*, Madrid (CES) 1995.

GOMEZ ABELLEIRA, F.J., "La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: Legitimación negocial y comisión negociadora", en AA. VV. (García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J., Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid (Lex Nova), 2011.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/214/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en casos de insolvencia empresarial", RL 2007, núm. 7.

GONZALEZ ORTEGA, S., "Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor", AA. VV. (García-Perrote Escarpín, I., y Mercader Uguina, J., Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), 2012.

GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, E., "El despido colectivo", *Relaciones Laborales. Especial Monográfico. La reforma laboral de 2012*, (2012), nº 23-24.

GOÑI SEIN, J.L., "El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012", *Documentación Laboral* (2012), nº 95-96.

LANDA ZAPIRAÍN, J.P., "La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la gobernanza corporativa: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?", en J.P. Landa Zapiraín (Coord.), *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Albacete (Ed. Bomarzo) 2004

LLANO SANCHEZ, M., "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", *Actualidad Laboral* (2010), nº 2.

LUNARDON, F., "Informazione, consultazione e partecipazione", en F.Carinci/A. Pizzoferrato, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino (Utet) 2010, pp. 762-798

MARTINEZ BARROSO, M^a.R., "Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo", *Relaciones Laborales. Especial monográfico. La reforma laboral de 2012* (2012), nº 23-24.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La participación de los trabajadores en la empresa", en J. García Murcia (Dir.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid (MTAS) 2005.

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 2005, núm. 57.

MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., “Los acuerdos colectivos en el marco de la transmisión de empresa”, en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. y Lahera Forteza, J., Dir. y Coord.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid (La Ley), 2008.

MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves par un futuro debate”, *Relaciones Laborales* (2008), núm. 20.

MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., “Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. y González-Posada Martínez, E., Dirs.), *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid (Reus), 2010.

MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., “La flexibilidad interna promovida por las sucesivas reformas laborales”, en AA. VV. (Rodríguez-Piñero, M. y Valdés Dal-Ré, F., Dirs), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, Madrid (La Ley), 2012.

MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., “El procedimiento en los expedientes de regulación de empleo”, en AA.VV., (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), 2012.

MOLINA NAVARRETE, C., “Novedades laborales en el cierre de la legislatura”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)* 2008, núm. 300.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid (Civitas) 1992.

MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, A., *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Pamplona (Aranzadi), 1997.

NIETO ROJAS, P., “Comisiones y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AA. VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012.

ORTIZ LALLANA, M.C., “La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario”, en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS) 2007.

PAZ ARES, C./ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en J.L Monereo Pérez/C. Molina Navarrete/ M.N. Moreno Vida, *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada (Ed. Comares) 2002, pp. 357-437

PUEBLA PINILLA, A., "Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración", *Relaciones Laborales* (2011), nº 18.

ROCELLA, M./TREU, T., *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, 5ª ed., Padova (Cedam) 2009.

RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Granada (Ed. Comares) 2010

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social", en J.L Monereo Pérez/C. Molina Navarrete/M.N. Moreno Vida, *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada (Ed. Comares) 2002.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Ed. Grapheus) 1992.

ROMAN DE LA TORRE, Mª.D., *Modificación sustancial de condiciones de trabajo: Aspectos sustantivos y procesales*, Granada (Comares), 2000.

SAEZ LARA, C., "Medidas de flexibilidad interna: Movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", *Temas Laborales* (2012), nº 115.

SANGUINETI RAYMOND, W., "La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes", *Revista de Derecho Social* (2012), nº 57.

SANTIAGO REDONDO, K., "La participación en la empresa y el fomento del cooperativismo", en M.E. Casa Baamonde/M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución española*, Madrid (Fundación Wolters Kluwer), 2009.

SEMPERE NAVARRO, A.V., y MARTIN JIMENEZ, R., *Claves de la Reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2012.

SERRANO GARCIA, J.Mª., "Los derechos de información y consulta afectados por la Ley 35/2010 y el Real Decreto 801/2011", en AA. VV. (Escudero Rodríguez, R., Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid (Cinca), 2012.

URIARTE TORREALDAY, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Oñate (IVAP) 2004.

URIARTE TORREALODAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Granada (Ed. Comares) 2005.

VALDES DAL-RÉ, F., “Democracia industrial en Europa: balance de un debate”, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del prof. Gaspar Bayón*, Madrid (Ed. Tecnos) 1980.

VALDES DAL-RE, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid (MTAS), 2001.

VALDES DAL-RE, F., “Una silenciosa pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta”, *Relaciones Laborales* (2008), nº 11-12.

VALDES DAL-RE, F., “La juridificación del concepto de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales* (2011), nº 11.

VALDES DAL-RE, F., “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales* (2012), nº 19-20.

VALDEOLIVAS GARCIA, Y., *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, Madrid (CES), 1996.

WEISS, M., “Workers’ participation in the European Union”, en A. Lyon-Caen/S. Sciarra/S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and perspectives. Liber amicorum Lord Weddenburn*, London (Claredon Press) 1996.

WEISS, M., “La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea”, *Diritto delle Relazioni Industriali* 2004, núm. 1.