

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA DETERMINACIÓN DE MEDIDAS DE AMORTIGUACIÓN EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS*

Belén Fernández Docampo**
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. Planteamiento. –2. Fórmulas de participación indirecta de los trabajadores en las decisiones empresariales. En particular, su contexto europeo. –3. La participación de los trabajadores en los despidos colectivos: manifestaciones y propuestas. 3.1. Manifestaciones en favor y en contra. 3.2. Alguna propuesta de futuro.

RESUMEN

Las reformas laborales de los últimos años, en particular la de 2012, han flexibilizado la negociación de ciertas medidas de amortiguación a la salida de la empresa en los expedientes extintivos de regulación empleo. En concreto, se ha pasado de la presentación obligatoria de un plan de acompañamiento social a la negociación, en periodo de consultas, de medidas sociales de acompañamiento. El plan de recolocación externa antes exigido en todas aquellas empresas con más de cincuenta trabajadores, en la actualidad solo está previsto cuando el despido afecte a más de cincuenta trabajadores. Y éstas y otras modificaciones se producen en un contexto en el que el propio contenido del art. 51 ET también ha flexibilizado, y mucho, el contenido de las consultas y los eventuales acuerdos alcanzados. Con este escenario de partida, en el presente trabajo se analiza si el contenido y el régimen jurídico de las consultas del art. 51 ET, se adapta al modelo comunitario de participación de los trabajadores en la empresa que precisamente tuvo su primera manifestación en la regulación de la situación más crítica por la que atravesase cualquier empresa, un despido colectivo.

ABSTRACT

Labour market reforms of recent years, in particular the 2012 reform, have eased the negotiation process of certain measures mitigating the departure from the company in labour force adjustment plans. Specifically, the mandatory provision of a social assistance plan has been replaced by the negotiation, during the consultation period, of social support measures. The outplacement plan that was previously required in companies with more than fifty employees is at present only expected when the dismissal affects more than fifty employees. And these and other modifications occur in a context in which the content itself of Article 51 of the Worker's Sta-

*Recibido el 13 de octubre. Aceptado el 28 de octubre.

** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Titular Acreditada)

tute has also eased, quite considerably, the content of the consultations and the eventual agreements reached. In light of this situation, the present work analyses if the content and legal framework of Article 51 consultations conform the EU model of employee participation in the company, which had its first manifestation in the regulation of the most critical situation faced by any company: a collective dismissal.

Palabras clave: Participación. Información y consulta. Negociación. Amortiguación. Representación colectiva. Despidos colectivos. Flexibilización.

Key words: Participation. Information and consultations. Negotiation. Mitigation. Collective representation. Collective dismissals. Labour flexibility.

1. PLANTEAMIENTO

El objeto del presente trabajo es analizar y reflexionar sobre el alcance y contenido de los derechos de información y consulta de los trabajadores en la fase de negociación de las *medidas sociales de acompañamiento* –incluido el *plan de recolocación externa*– de los despidos colectivos. En definitiva, sobre sus derechos de participación. Y ello porque como es por todos conocido, desde el año 2010¹, pero en particular con las reformas introducidas en los años 2012² y 2013³, han sido tantas las modificaciones operadas sobre el régimen jurídico del despido colectivo que puede afirmarse que su configuración es totalmente diferente a la existente con anterioridad, y ello tanto desde un punto de vista sustantivo, como desde la perspectiva procesal⁴.

Ya en particular, en lo que se refiere a la negociación de tales medidas sociales de acompañamiento –las que en este trabajo se califican como medidas de amortiguación–, ya sean “preventivas”, ya sean “curativas”⁵, la idea, por lo menos de entrada, es que las referidas reformas han procedido a una importante *flexibilización*.

Como muestra representativa de esta tendencia flexibilizadora puede destacarse que se ha pasado de la presentación obligatoria, en empresas de más de cincuenta trabajadores, del antes

¹ En particular con la reforma iniciada con el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sustituido por Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

² RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente derogado por Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³ RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto (BOE de 3 de agosto), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, posteriormente tramitado como proyecto de ley lo que dio lugar a la aprobación de la Ley 1/2014, de 28 de febrero (BOE de 1 de marzo), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

⁴ En el aspecto procesal las reformas del proceso de impugnación del despido colectivo fueron iniciadas con la misma promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE de 11 de octubre), reguladora de la jurisdicción social.

⁵ El calificativo de las medidas sociales como “preventivas” o bien como “curativas”, en Terradillos Ormaetxea, E., *Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012*, Revista de Derecho Social, núm. 64, 2013, pp. 64 ss. Cuando Terradillos Ormaetxea, E., habla de medidas “preventivas”, a las que también califica de “paliativas”, se refiere a todas aquellas que tratan de “evitar o reducir los despidos colectivos”, tal y como dispone el art. 51.2 ET, párrafo primero. Y cuando menciona las “curativas”, las relaciona con todas las que atenúen las consecuencias de dicha extinción colectiva, para lo cual, también acude al mismo párrafo del art. 51.2 ET, que cita las “medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional”. Con todo, y como es del todo lógico, la autora también incluye entre las medidas “curativas” el plan de recolocación externa al que se refiere el art. 51.10 ET.

llamado *plan de acompañamiento social*⁶, a la negociación, en período de consultas, de las ahora calificadas como *medidas sociales de acompañamiento*⁷. Sin lugar a dudas, la negociación de estas medidas, en vez de su presentación unilateral, conforma un requisito menos gravoso para el empresario, pues ya no tiene que anticiparlas en la comunicación de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo, sino que se convierte en un elemento más de las consultas. A tal efecto se entiende, pues nada dice el legislador, que el número de trabajadores de la empresa en la que se materializa el despido es indiferente, siempre que, obviamente, se trate de un despido colectivo. Por otra parte, hay que significar que tal previsión se adapta plenamente al contenido de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, en concreto a su art. 2.2 que dispone que las consultas versarán, como mínimo, sobre “las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento”.

Y en cuanto al *plan de recolocación externa*, que también conforma una de las medidas de amortiguación a la salida de la empresa, la flexibilización antes aludida ha provocado que se haya pasado de su presentación obligatoria en todas las empresas con más de cincuenta trabajadores⁸, a exigir su presentación solo cuando el despido colectivo afecte a más de cincuenta trabajadores⁹. Ahora bien, a diferencia de las *medidas sociales de acompañamiento*, que son negociadas, el *plan de recolocación externa*, que se materializará a través de empresas de recolocación autorizadas, tiene que ofrecerlo y por lo tanto elaborarlo y presentarlo el empresario, porque como dispone el art. 9.1 RD 1483/2012, de 29 de octubre, las empresas deberán incluirlo en la documentación que habrá de acompañarse a la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo. Con todo, aunque presentado por el empresario, el art. 9.4 RD 1483/2012, de 29 de octubre, precisa que su contenido puede ser “concretado o ampliado” durante el período de consultas, de forma que al finalizarlas se proponga su redacción definitiva. En cualquier caso, pese a la importancia de estos planes como medida de amortiguación frente a una extinción contractual, si se tiene en cuenta el tamaño y las dimensiones de la empresa española, su virtualidad va a quedar ciertamente en entredicho y a la postre solo se le exigirá a un porcentaje muy pequeño de entidades. Sí tendrá mayor repercusión en aquéllas con dimensiones de grupo, de ahí la previsión del propio art. 9.5 RD 1483/2012, de 29 de octubre, que a efectos del cómputo del número de trabajadores en el plan de recolocación externa menciona expresamente el grupo empresarial. Ahora bien, frente a este inconveniente, no puede dejar de reconocerse que entre las medidas sociales de acompañamiento propiamente dichas a la que se hacía referencia con anterioridad y que, como también se advirtió, se negocian al margen del número de trabajadores de la empresa, habrán de incluirse, cuando proceda, medidas de recolocación externa de los despedidos¹⁰, con lo que la barrera anterior del umbral de la dimensión empresarial quedaría parcialmente salvada.

⁶ Así estaba previsto en el art. 51.4, párrafo segundo, ET antes de las modificaciones introducidas ex RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero: “en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan de acompañamiento social que contemple las medidas anteriormente señaladas”. Y lo mismo en el art. 9 RD 801/2011, de 10 de junio, actualmente derogado por disp. derog. única RD 1483/2012, de 29 de octubre.

⁷ Véase art. 51.2, párrafo primero, ET y art. 7.1 RD 1483/2012, de 29 de octubre. Por otro lado, el art. 8 RD 1483/2012, de 29 de octubre, proporciona varias pistas sobre el contenido de dichas medidas y que pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que se materializan en el ámbito interno de organización de la empresa y tratan, ante todo, de evitar el despido (art. 8.1) y las que se proyectan hacia el exterior y buscan, principalmente, planes de apoyo a los trabajadores que han sido o serán despedidos (art. 8.2).

⁸ Como ya se advirtió en el texto, antes de las modificaciones introducidas en el año 2012, la presentación de medidas de recolocación externa de los trabajadores despedidos, incluidas en el también referido plan de acompañamiento social, era obligatoria en todas aquellas empresas de más de cincuenta trabajadores (art. 51.1, párrafo segundo, ET, antes de la reforma ex RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y art. 9 RD 801/2011, de 10 de junio, antes de su derogación por RD 1483/2012, de 29 de octubre).

⁹ Véase art. 51.10 ET (redacción vigente) y art. 9 RD 1483/2012, de 29 de octubre.

¹⁰ Véase art. 51.2, párrafo primero, ET.

Pero la flexibilización no se ha producido tan solo frente a la elaboración, propuesta y negociación de medidas de amortiguación. También se ha extendido, y mucho, al contenido de las consultas y a los eventuales acuerdos alcanzados entre las partes implicadas. Por hacer mención tan solo de algún ejemplo representativo de esta tendencia basta recordar que desde el año 2012 ya no hay que negociar, esto es, ya no hay que abrir y mantener un intercambio de informaciones y opiniones sobre una de las cuestiones nucleares de cualquier extinción contractual, esto es, sobre su causa. En efecto, antes de la aludida reforma, en un expediente de regulación de empleo, las consultas entre la representación de los trabajadores y el empresario, deberían versar, en primer término, sobre las causas motivadoras de dicho expediente, tal y como estaban definidas entonces legalmente¹¹. Desde el año 2012 y más allá de cierta laxitud en su definición¹², las razones de la extinción colectiva ya no son objeto de negociación, quedando, en su caso, para la valoración judicial una vez que el despido se impugne judicialmente¹³.

En definitiva, y sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, de lo que se trata en este trabajo es de comprobar si todas esas medidas flexibilizadoras han afectado, y en qué medida, al alcance y dimensión de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los despidos colectivos y todo ello dentro del más amplio marco de sus derechos de participación en la adopción de las decisiones empresariales de gestión.

2. FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN INDIRECTA DE LOS TRABAJADORES EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES. EN PARTICULAR, SU CONTEXTO EUROPEO

La trascendencia del tema que se estudia en este trabajo, pero también su tradición y peso histórico no es baladí. No en vano no se puede obviar la razón de ser de la aprobación, en la década de los setenta, de la primera directiva comunitaria en materia social, en una Comunidad Europea con fines principalmente económicos: la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos¹⁴. En efecto, su finalidad no había sido otra que el reconocimiento de un conjunto mínimo de derechos a los trabajadores afectados por tales extinciones colectivas resultantes de la crisis mundial del petróleo del año 1973. Y tales derechos eran, precisamente, derechos de información y derechos de consulta: información sobre determinados datos relativos al despido colectivo –motivos, número de trabajadores que se van a despedir y los empleados habitualmente en la empresa y período para los despidos– y la consulta posterior con la intención de que empresa y representantes de los trabajadores llegasen a un acuerdo. Es más y en relación con la consulta, se disponía ya, por un lado, de las posibilidades de negociar para evitar o reducir los despidos colectivos o, en su caso, para atenuar sus consecuencias. Y por otro, de que los representantes de los trabajadores formularasen propuestas constructivas al empresario¹⁵. Evidentemente, el obligado a transmitir toda aquella información era el empresario.

¹¹ El art. 51.4 ET, antes de la reforma operada ex RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, señalaba que: “la consulta con los representantes legales de los trabajadores (...) deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (...)”.

¹² Sobre la laxitud en la definición legal de los causas del despido, puede consultarse, entre otros, García-Perrote Escartín, I., “Estudio preliminar: un relevante cambio legal y de prácticas en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada”, en AA.VV., *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral* (Dir. García-Perrote Escartín, I. y Reyes Herreros, J.), Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 24 ss.

¹³ Art. 124 LJS.

¹⁴ DOCE de 22 de febrero de 1975. Su promulgación fue posible gracias a la aprobación de la Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974 (DOCE de 22 de marzo de 1974) sobre el primer programa de acción social en la Comunidad, que fijaba entre sus objetivos la adopción de las medidas necesarias para alcanzar la “participación de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas”.

¹⁵ Sobre todas estas cuestiones, esto es, contenido de la información, deber de negociar y búsqueda de un acuerdo, véase art. 2 Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero.

Y como destinatarios, y en consecuencia, como interlocutores en las consultas, la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, apuntaba a los representantes de los trabajadores. Con todo, pese al marcado contenido laboral de la norma, su trasfondo económico era evidente pues como señalaba su propia exposición de considerandos, las diferencias en el régimen jurídico de los despidos colectivos podían tener una “incidencia directa en el funcionamiento del mercado común” y de ahí, la necesaria equiparación de sus disposiciones reguladoras y con ello evitar tales disfunciones y sus consecuencias. La importante reforma de la Directiva 75/129/CEE, de 17 febrero, por Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio¹⁶, provocó la necesaria codificación de ambas en la actualmente vigente, la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio¹⁷.

Con la misma finalidad y contenido similar, aunque referida a una institución jurídico-laboral diferente, a la Directiva 75/129/CEE, le siguió la 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre transmisión de empresa¹⁸, que también y con el mismo propósito que la anterior, imponía deberes de información y consulta a las entidades cedente y cesionaria implicadas en un negocio de transmisión empresarial sobre los representantes de los trabajadores afectados¹⁹. Las modificaciones introducidas en la Directiva 77/187/CEE ex Directiva 98/50/CE, de 29 de junio²⁰, también fueron codificadas con la promulgación de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo que conforma la ordenación vigente en la materia²¹.

Como es de sobra conocido, éstas y otras directivas posteriores, entre ellas la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio, sobre seguridad y salud en el trabajo²², y la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece el marco general sobre la información y la consulta²³, conformaron un conjunto de disposiciones normativas que tenían, precisamente, por finalidad el reconocimiento de tales derechos de información y consulta a los trabajadores dentro del más amplio concepto de su *participación* en las decisiones empresariales. En las tres primeras –directivas 98/59/CE, 2001/23/CE y 1989/391/CEE–, en situaciones específicas, normalmente críticas, de la vida de las empresas, y en la última –Directiva 2002/14/CE–, de forma más general, y de ahí su carácter marco. Eso sí, en unas y otras, siempre referido a entidades mercantiles de ámbito estatal. Cuando la entidad de referencia sobre la que se proyectaba su contenido, superase el territorio de un Estado miembro, ya lo fuese por su propia constitución supranacional en sociedad anónima europea o sociedad cooperativa europea o por tener sede en distintos Estados miembros, los derechos de información y consulta, tal y como se conocen en la actualidad, e incluso, la posibilidad de intervenir o participar en la elección, designación u oposición de miembros del órgano de control de la sociedad, eran y son los regulados respectivamente, en las directivas 2001/86/CE, de 8 de octubre, sobre sociedad anónima europea²⁴, la 2003/72/CE, de 22 de julio, sobre sociedad cooperativa europea²⁵, y en lo que concierne al

¹⁶ DOCE de 26 de agosto de 1992.

¹⁷ DOCE de 12 de agosto de 1998. En general, sobre la aparición y consolidación de los derechos de información y consulta en los despidos colectivos, véase Fernández Docampo, B, “La información y consulta en los despidos colectivos: la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico interno al comunitario en materia de representación”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas (XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, MTAS, Madrid, 2006, pp. 449 ss. Un interesante y reciente estudio al respecto, puede consultarse en Molero Marañón, M.L., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas, a debate*, Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 7, 2015, pp. 760 ss. Y ya sobre su tratamiento por la jurisprudencia del TJUE, véase Garrido Pérez, E., *La impronta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el tratamiento español de los derechos de información y consulta, en especial en los despidos colectivos*, Temas Laborales, núm. 130, 2015, pp. 351 ss.

¹⁸ DOCE de 5 de marzo de 1977.

¹⁹ En particular, véase art. 6 Directiva 77/187/CEE.

²⁰ DOCE de 17 de julio de 1998.

²¹ DOCE de 22 de marzo de 2001.

²² DOCE de 29 de junio de 1989.

²³ DOCE de 23 de marzo de 2002.

²⁴ DOCE de 10 de noviembre de 2001.

²⁵ DOCE de 22 de julio de 2003.

comité de empresa europeo, lo previsto en la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo, que derogaba la 1994/45/CE, de 22 de septiembre²⁶.

En síntesis, todas estas disposiciones, ya sean las de ámbito nacional o ya sean las de ámbito transnacional, lo que pretenden es ordenar jurídicamente y a nivel comunitario, los diferentes mecanismos a través de los cuales los trabajadores pueden intervenir e influir en las decisiones que se adopten en sus empresas, intervención o influencia que será mayor o menor según el mecanismo participativo al que se refieran. En el primer nivel estaría la información, entendida como transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento de algún tema y examinarlo²⁷. En el siguiente nivel estaría la consulta consistente en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los sujetos interesados, esto es, empresario y de nuevo los representantes de los trabajadores²⁸. Y el grado máximo de participación lo sería a través de la elección, designación, recomendación u oposición, por parte del órgano de representación de los trabajadores de determinados miembros integrantes del órgano de administración o de control de la sociedad. Esta última posibilidad, solo reconocida en la normativa europea reguladora de la participación en las sociedades anónimas europeas y en las sociedades cooperativas europeas es lo que, propiamente, las mismas normas califican de participación, mientras que todos los mecanismos anteriores en su conjunto – información, consulta y la participación propiamente dicha– así como cualquier otro mediante el cual los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en sus empresas, se califica globalmente como implicación. De hecho, en el propio título de las directivas 2001/86/CE –sociedad anónima europea– y 2003/72/CE –sociedad cooperativa europea–, aparece expresamente el término *implicación* para definirlo expresamente en su articulado como “la información, la consulta y la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”²⁹.

Ahora bien, al margen de calificativos y de los diferentes grados de participación –información, consulta, designación de miembros del órgano de administración...- lo decisivo es que los trabajadores, a través de sus representantes, puedan influir en las decisiones que se adopten en sus empresas. Y aquí se sitúa el segundo elemento fundamental en los mecanismos participativos en el Derecho europeo, su carácter *indirecto*, pues se materializan y se llevan a la práctica a través de los representantes colectivos de los trabajadores³⁰. En definitiva, en ninguna de las directivas a las que acaba de hacerse referencia se atiende a una participación directamente ejecutada por los propios trabajadores, sino que se trata, siempre y en todo caso, de una participación indirecta a través de sus representantes, ya sean unitarios o ya sean sindicales. A tal efecto, las directivas no distinguen, ni limitan. Aquí el legislador europeo deja a los Estados miembros la elección en función de su sistema interno de representación. Al respecto, téngase en cuenta la existencia de los dos grandes modelos europeos de representación de los trabajadores: el sistema a canal único y el sistema a canal doble o doble vía de representación. Con todo, y pese a constatarse diferencias, se trata de una distinción relativa por las propias

²⁶ DOUE de 16 de mayo de 2009.

²⁷ Esta definición es extraída del art. 2 f) Directiva 2002/14/CE. En todo caso, la misma definición aparece reconocida, con mayor o menor extensión, en algunas de las otras directivas sobre participación, por ejemplo, en el art. 2 Directiva 2001/86/CE, en el art. 3 Directiva 2003/72/CE y en el art. 2 Directiva 2009/38/CE.

²⁸ Definición también extraída del art. 2 g) Directiva 2002/14/CE, aunque como sucede con la información, su contenido se reitera en otras, por ejemplo, en el art. 2 Directiva 2001/86/CE, en el art. 3 Directiva 2003/72/CE y en el art. 2 Directiva 2009/38/CE.

²⁹ Cfr. art. 2 h) Directiva 2001/86/CE y art. 2 h) Directiva 2003/72/CE.

³⁰ Ya en el año 1997, Rivero Lamas, J., distinguía entre participación indirecta, a través de representantes, y participación directa, como aquella en la que “los trabajadores individualmente participan en el poder empresarial para organizar el trabajo, si bien, de ordinario, elaborando decisiones en equipo”, cfr. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 84, 1997, pp. 502-504.

particularidades existentes en las distintas regulaciones internas, así como por la existencia de amplias zonas de convergencia y superposición entre ambos. Sobre esta materia, huelga señalar que la estructura representativa vigente en España es el sistema a canal doble o doble vía de representación –unitaria y sindical– que es, además, el más extendido en la Unión Europea. No obstante, a diferencia de la línea predominante en el Derecho comparado, en donde se aprecia una nítida separación de funciones entre las asignadas a ambas representaciones, lo que en la práctica provoca una fuerte superposición funcional, en el caso de España, aunque se trata de dos representaciones diferentes, las interconexiones funcionales, incluso orgánicas entre ambas, son muchas. Como prueba de lo que aquí acaba de afirmarse no se puede obviar la conocida extracción sindical de los propios representantes unitarios de los trabajadores debida, en parte, a las propias características del proceso electoral³¹. Y también el propio régimen jurídico del procedimiento electoral para representantes unitarios de los trabajadores, comúnmente conocido, por su ineludible interrelación, como proceso de elecciones sindicales³². En este contexto tampoco puede dejarse de hacer mención a los importantes derechos de información y consulta reconocidos a los delegados y secciones sindicales, tal y como están previstos en el art. 10.3 LOLS. Y por último, y como manifestación más evidente de aquella interrelación, no se puede dejar de mencionar que la legitimación para negociar convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior es compartida alternativamente por las representaciones unitarias y por las sindicales³³.

A vueltas con la participación indirecta a través de los representantes colectivos, esto es, con la conexión entre participación y representación, es evidente que las posibilidades y las materias, incluso las controversias susceptibles de análisis, se amplían considerablemente. Desde la propia confusión e identificación de una institución con la otra, pues las dos permiten a los trabajadores hacer valer sus intereses dentro de la empresa, hasta situarlas en lugares antagónicos toda vez que su punto de partida es diferente: en la representación, aunque con matices, es la confrontación de intereses empresario-trabajador, mientras que en la participación es la colaboración en la convergencia de sus propios intereses. De lo que se trata ahora es de analizar la proyección, o mejor dicho el cumplimiento, de esta participación indirecta de los trabajadores en las decisiones empresariales de despidos colectivos.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: MANIFESTACIONES Y PROPUESTAS.

3.1. Manifestaciones en favor y en contra

La proyección de las consideraciones anteriores sobre el régimen jurídico interno del despido colectivo, hace que nos planteemos si existe una verdadera participación de los trabajadores en dicha decisión empresarial. En concreto, si en la fase de consultas que necesariamente ha de cumplimentarse en toda extinción de carácter colectivo, cuya finalidad, entre otras, es la negociación de las medidas sociales de acompañamiento, se respeta el significado de la participación de los trabajadores, tal y como ha sido configurada desde su aparición en el Derecho Social de la Unión Europea. La respuesta, *a priori* y por las razones que se pasan a exponer a continuación, sería afirmativa. Con todo, también existen, y no pocos, argumentos en sentido contrario. Sobre todos ellos se va a dar cuenta a continuación.

³¹ Esta idea fue destacada por Galiana Moreno, J. y García Romero, B., *La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 43, 2003, p. 20.

³² A modo de ejemplo palpable de lo que se afirma en el texto de este trabajo, repárese en el título de una de las obras de Cabeza Pereiro, J., *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, en la que estudia y analiza el régimen jurídico del procedimiento electoral de los arts. 69 ss ET y, por lo tanto, de los representantes unitarios de los trabajadores.

³³ Art. 87.1 ET. Sistema que Galiana Moreno, J. y García Romero, B., denominan “fórmula mixta legitimadora”, *La participación y representación de los trabajadores...*, *op. cit.*, p. 20.

En primer lugar, parece que se puede proclamar que existe una verdadera participación de los trabajadores en los despidos colectivos toda vez que, como ya se expuso en el primer epígrafe de este trabajo, las *medidas sociales de acompañamiento* –tanto las preventivas, como las curativas– hay que negociarlas necesariamente en fase de consultas y, desde luego, la negociación es el cauce más adecuado para llevar a la práctica la aludida participación³⁴. No se olvide que la participación busca la colaboración entre las partes implicadas y la referida colaboración se hace con la vista puesta en la convergencia de sus respectivos intereses. En fin, que no hay presentación unilateral, ni obligatoria, de medidas sociales de acompañamiento por parte de la empresa, como ocurría, en determinados supuestos, antes de la reforma de 2012³⁵, lo que podría predisponer a los negociadores hacia la aceptación de determinadas propuestas, pero sobre todo a limitar la negociación al contenido de las ofertas empresariales. En la regulación actual, la negociación sobre las medidas sociales de acompañamiento debe existir y debe producirse necesariamente. Y en relación con este tema, no se olvide la buena fe exigible a las partes en dicha negociación³⁶ y la necesaria intervención de la autoridad laboral que deberá velar por la efectividad del período de consultas pudiendo, incluso, realizar las actuaciones de mediación que sean convenientes a fin de buscar soluciones a cualquier problema que eventualmente se plantee³⁷.

La intervención de la autoridad laboral a la que acaba de hacerse mención –el llamado control administrativo– parece que excluye también la posibilidad de llegar a algún acuerdo sobre el despido colectivo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, sin agotar las consultas previas. Esto es, sin que el empresario ofrezca a sus trabajadores, y por lo tanto, sin negociar con sus representantes, medidas sociales de acompañamiento. Al respecto, no puede obviarse la importante función fiscalizadora que desempeña dicha autoridad laboral en este procedimiento, pues de lo contrario se convertiría en un mero “convidado de piedra en el momento estelar de su intervención, el período de consultas”³⁸.

Y ya en lo que se refiere al *control judicial*, tampoco hay que olvidar que ni las medidas sociales de acompañamiento, ni el plan de recolocación externa, son documentos que haya que presentar con la comunicación formal de apertura del período de consultas. Por lo tanto su ausencia en ese preciso momento no dará lugar a la nulidad del despido colectivo de conformidad con el art. 124.11 LJS³⁹. Ahora bien, algo diferente es que la empresa no proponga en el período de consultas medidas sociales para evitar o reducir los despidos colectivos o atenuar sus consecuencias. Al respecto y según la Directiva 98/59/CE, téngase en cuenta que la finalidad de las consultas es “llegar a un acuerdo”⁴⁰ y en el camino es decisivo que los representantes de

³⁴ Art. 51.2, párrafo primero, ET.

³⁵ Antes de la reforma del art. 51 ET por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, las medidas en orden a evitar o reducir los efectos del despido, así como a atenuar sus consecuencias, también se negociaban en fase de consultas, pero en algún caso, el empresario tenía que aportarlas unilateralmente de forma previa, en concreto, en empresas de más de cincuenta trabajadores en el mismo momento de iniciarse el expediente de regulación de empleo, esto es, al comunicar la apertura del período de consultas. Es lo que se llamaba el *plan de acompañamiento social* del entonces vigente art 51.4 ET. En esas empresas de más de cincuenta trabajadores, ese plan también debería comprender medidas de readaptación, reconversión, integración en otros puestos de trabajo, etc. Sobre todas estas cuestiones, más ampliamente, véase *infra*.

³⁶ Art. 51.2, párrafo octavo, ET: “durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”.

³⁷ Art. 51.2, párrafo undécimo, ET.

³⁸ Cfr. Terradillos Ormaetxea, E., *Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa...*, op. cit., p. 75.

³⁹ Según el art. 124.11 LJS la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente “cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (...)”.

⁴⁰ Cfr. Art. 2.1 Directiva 98/59/CE.

los trabajadores puedan formular “propuestas constructivas al empresario”⁴¹, para lo cual será determinante que dispongan de toda la información pertinente. Sin información previa no puede haber negociación, sin negociación no hay acuerdo, y en definitiva, sin negociación y sin acuerdo, no queda más que concluir que no ha habido consultas. Y si no se ha materializado el período de consultas, la sentencia judicial que ponga fin al procedimiento deberá declarar nulo el despido colectivo impugnado, tal y como ordena el art. 124.11 LJS. En fin, como puede inferirse con meridiana claridad, la supresión del control administrativo se ha visto compensada por una intensificación del control judicial que ahora también alcanza la propuesta de medidas en fase de consultas. En definitiva, sobre el alcance de los derechos de información y consulta, esto es, sobre los derechos de participación de los trabajadores en la decisión empresarial.

Con todo, como se dijo más arriba, existen también argumentos en sentido contrario, esto es, razones que permiten defender que la regulación interna de las consultas en los despidos colectivos no responde a la idea de la participación de los trabajadores propiciada por el Derecho Social de la Unión Europea. Y algunas de esas razones se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, porque no existe una lista tasada de medidas sociales de acompañamiento sobre las que se deba negociar o consultar, con lo que el contenido y alcance de la negociación a la que se refiere el art. 51 ET va a quedar al arbitrio de las dos partes implicadas. De manera que, si una de las dos no quiere negociar sobre alguna eventual medida de amortiguación de los efectos del despido colectivo, nada habrá que discutir. Por lo tanto, la flexibilidad aquí es evidente⁴². Y a la postre, la falta de negociación sobre cualquier medida social, si hay negociación sobre otras, no será susceptible de control judicial y por lo tanto no va a tener incidencia alguna en la calificación del despido colectivo.

Por otro lado, muy importante a estos efectos ha sido la *exclusión de la causa justificativa del despido* del contenido mínimo de las consultas⁴³. Si es cierto que la Directiva 98/59/CE tampoco la incluía en el contenido mínimo de la fase de consultas de los despidos colectivos⁴⁴ y así es como, tras la reforma de 2012, ha quedado en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien no se olvide, como se advirtió con anterioridad, que a fin de que los representantes de los trabajadores “puedan formular propuestas constructivas al empresario”, la disposición europea exige a este último proporcionarles “durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil” una serie de datos relacionados con el despido, y entre ellos, expresamente, se incluyen “los motivos del proyecto de despido”⁴⁵. En la normativa interna española, a la necesaria especificación de las “causas del despido colectivo”, hay que acompañar una “memoria explicativa” de tales causas⁴⁶. Con todo, y pese a todas estas previsiones, el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, las excluyó del contenido mínimo de la negociación en fase de consultas. Desde luego, el que antes de la reforma de 2012 la causa del despido colectivo fuese objeto de discusión en las consultas y tras la reforma ya no, junto con una definición legal de tales causas cada vez más laxa⁴⁷, pone de

⁴¹ Cfr. art. 2.3 Directiva 98/59/CE.

⁴² Véase el contenido del art. 8 RD 1483/2012, de 29 de octubre, en el que se aprecia claramente el carácter abierto de las medidas sociales de acompañamiento: “entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán considerar, entre otras, las siguientes” (art. 8.1) y “entre las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, podrán considerarse, entre otras, las siguientes” (art. 8.2).

⁴³ Sobre este tema y su repercusión, Alonso Bravo, M., *El desconocimiento de los derechos de participación de los trabajadores para la composición de los intereses en el despido colectivo tras la reforma laboral de 2012. La opción por un modelo desequilibrado de flexibilidad externa*, Relaciones Laborales, núm. 9, 2013, pp. 9 ss.

⁴⁴ Art. 2.2 Directiva 98/59/CE.

⁴⁵ Art. 2.3 Directiva 98/59/CE.

⁴⁶ Art. 51.2, párrafo quinto, ET.

⁴⁷ Sobre la laxitud de la definición legal de las causas del despido, más arriba ya se mencionó la obra de García-Perrote Escartín, I., “Estudio preliminar: un relevante cambio legal y de prácticas en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada”, en AA.VV., *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada...*, op. cit., pp. 24 ss.

manifiesto cierto interés del legislador en su objetivación⁴⁸. O dicho de otro modo, pone en evidencia su desinterés en la acreditación de la concurrencia de la causa y en su instrumentalización en relación con el proyecto de despido colectivo. Sobre esta cuestión, sorprende que la causa sí es objeto de negociación con los representantes de los trabajadores afectados en otras decisiones empresariales de modificación de condiciones de trabajo. Entre otras, en el traslado colectivo, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en la suspensión del contrato por causa económica, técnica, organizativa o de producción, etc⁴⁹, y sin embargo no lo es en la decisión empresarial más traumática para los trabajadores, como lo es el despido colectivo. En definitiva, como ha sido advertido por la doctrina, parece que el legislador ha querido destacar que en los despidos colectivos las necesidades de la empresa prevalecen sobre cualquier otro interés afectado y de ahí la configuración de las causas, como causas justas de extinción⁵⁰.

En último término hay que significar que la exclusión de la causa del despido del contenido de las consultas limita, y además de forma muy importante, el alcance de las mismas, para quedar prácticamente constreñido a la valoración de la proporcionalidad del proyecto extintivo. Es decir, no tanto al examen de su procedencia o no, sino fundamentalmente al de su proporcionalidad en función de la causa extintiva, lo que lo separa bastante del significado de la participación en el Derecho Social de la Unión Europea. Ahora bien, es relación con esta cuestión donde adquiere una gran importancia el ejercicio y cumplimiento por parte del empresario de los deberes de información y consulta que le exige el art. 64 ET. Como contrapartida a tales deberes el apartado 5 del mismo art. 64 ET dispone que el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado 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 (...) y sobre la adopción de eventuales medidas preventivas especialmente en caso de riesgo para el empleo”. Es evidente que estos derechos laborales –los del art. 64.5 ET– no conforman propiamente un proceso de negociación presidido por la buena fe al modo del art. 51.2 ET, pero sí implican un intercambio de opiniones entre el empresario y los representantes de los trabajadores en un momento y con un contenido apropiados y sobre una cuestión determinada que en todo caso permita conocer la opinión de tales representantes. Y es precisamente aquí, en el cumplimiento del art. 64 ET y como contrapeso a las reformas del art. 51 ET, en donde radica el llamado control social del despido colectivo y con ello la importancia del cumplimiento del control de los derechos de información y consulta⁵¹.

3.2. Alguna propuesta de futuro

Ahora bien, la mayor objeción a la existencia de una verdadera participación en la negociación en fase de consultas de los despidos colectivos, radica en el nivel y en el propio ámbito de la interlocución. Y esto tanto en lo que se refiere a su régimen jurídico sustantivo y procedimental como, por supuesto, a los sujetos representativos, es decir, al propio organismo interlocutor en las consultas. Y es aquí en concreto, en el organismo interlocutor, donde el sistema interno de representación encuentra sus mayores debilidades, en particular en lo que se refiere a los despidos colectivos. Y ello por una razón fundamental. A saber, por el desajuste existente entre el ámbito de actuación propio de la representación de los trabajadores en general, que como es

⁴⁸ Sobre la objetivación de las causas del art. 51 ET, Alonso Bravo, M., *El desconocimiento de los derechos de participación de los trabajadores...*, op. cit., p. 10.

⁴⁹ Arts. 40, 41 y 47 ET.

⁵⁰ Esta idea en Alonso Bravo, M., *El desconocimiento de los derechos de participación de los trabajadores...*, op. cit., p. 10.

⁵¹ De nuevo, sobre estas cuestiones, Alonso Bravo, M., *El desconocimiento de los derechos de participación de los trabajadores...*, op. cit., p. 11. Sobre la importancia de los derechos de información y consulta del art. 64 ET como contrapartida a las reformas operadas sobre el contenido de las consultas del art. 51 ET, Zarza Jimeno, R. y Pérez Martínez, C., *Derecho de información y consulta en los despidos colectivos: alcance y contenido tras la reforma laboral*, Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 7, 2015, pp. 754 ss.

sabido, es el centro de trabajo⁵², y el ámbito de la negociación en el despido colectivo, que al igual que la propia delimitación del carácter colectivo de la extinción, es la empresa, tal y como dispone literalmente la ordenación del art. 51 ET.

Como también es sabido, la opción del art. 51 ET por la empresa, ha supuesto una importante mejora frente a la unidad de referencia de la Directiva 98/59/CE y que era y sigue siendo el centro de trabajo⁵³. Podría plantearse un cambio al respecto de la normativa interna, pero tras las sucesivas reformas que se han venido produciendo en los últimos años sobre el régimen jurídico del despido colectivo, tanto de forma sustantiva como procesal, no parece que sea este el momento más adecuado para introducir otra más mientras no se conozcan, por lo menos a medio plazo, los efectos de la actual regulación. Es más, el propio TJUE ha admitido, en reiteradas resoluciones, la legitimación de la empresa como unidad de referencia en los despidos colectivos frente al centro de trabajo, siempre que ello suponga una mejora y no implique un abandono o reducción de la protección conferida a los trabajadores aplicando solo el concepto de centro de trabajo⁵⁴. En definitiva, para el TJUE lo determinante en este marco, que no es poco, es el mayor o menor grado de protección de los trabajadores afectados.

La solución pasaría por admitir una propuesta lanzada hace ya varios años por un importante sector de la doctrina y que afectaría a la determinación y fijación de la unidad electoral básica de la representación de los trabajadores en el sistema jurídico español para fijarla, no en el centro de trabajo, sino en la empresa⁵⁵. Con ello, se superarían ciertas disfunciones por todos conocidas. Una de las más importantes, la dificultad existente en un porcentaje importante de nuestras empresas para alcanzar el número mínimo de trabajadores que legitimen la existencia de representaciones unitarias, tendencia cada vez más acusada en las empresas de grandes dimensiones en las que es muy habitual el recurso a fórmulas de descentralización, contratación externa, trabajo a domicilio o trabajo a distancia, etc.

Sobre esta última cuestión, esto es, sobre las nuevas formas de organización del trabajo, es obvio que sería muy útil disponer de un concepto comunitario y generalizado de centro de trabajo. Sí existe y lo proporciona la Directiva 2002/14/CE, pero es muy genérico y además con una importante remisión a lo que determinen las legislaciones internas de los distintos Estados miembros⁵⁶. Ahora bien, también es significativo que lo ofrezca la Directiva marco sobre participación de los trabajadores en la empresa, de lo que se infiere una directa relación entre la actividad económica de la entidad empresarial y la gestión humana y material del centro de trabajo⁵⁷.

A vueltas con la problemática antes apuntada, es sabido que la solución del legislador no ha sido la de optar por la empresa como unidad electoral de la representación de los trabajado-

⁵² La disyuntiva entre la empresa o centro de trabajo como unidad electoral básica de la representación de los trabajadores conforma uno de los temas clásicos de estudio del Derecho Sindical. Con todo, la regla general y mayoritaria, pese a la existencia de opiniones discrepantes, es la que opta por el centro de trabajo. Al respecto, puede consultarse el manual de SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 104 ss.

⁵³ Véase art. 1.1 Directiva 98/59/CE.

⁵⁴ Entre otras, pueden citarse las siguientes: 30 de abril de 2015 (asunto C-80/14, Usdaw), 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13, Rabal Cañas) y, también, 13 de mayo de 2015 (asunto C-182/13, Little). Sobre todas estas sentencias y sus implicaciones, puede consultarse CABEZA PEREIRO, J., *La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas*, Trabajo y Derecho, núm. 10, 2015.

⁵⁵ Entre ellos, Cabeza Pereiro, J., *La acción sindical en la empresa. algunos retos actuales: apuntes para una discusión*, Revista Social mes a mes, núm. 94, 2004, p. 27.

⁵⁶ Según el art. 2 b) Directiva 2002/14/CE, se entiende por centro de trabajo, la "unidad de actividad definida conforme a la legislación y la práctica nacionales, situada en el territorio de un Estado miembro, y en la que se desarrolla una actividad económica de forma continuada con medios humanos y materiales".

⁵⁷ Esta idea en Cabeza Pereiro, J., *La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos...*, op. cit., p. 4.

res, sino que su salida ha venido de la mano de la creación de comisiones específicas como interlocutoras *ad hoc*, a falta de representación legal, en los despidos colectivos. Todo ello empezó con la reforma de 2010, se mantuvo en la de 2012 y definitivamente se consolidó con la ocurrente reforma de 2013, convalidada en el año 2014, con la ordenación de una comisión representativa específica que va a exigir un importante trabajo organizativo en un breve espacio de tiempo, dificultoso y poco garantista sobre todo en aquellas empresas diseminadas en pequeñas unidades productivas y por lo tanto sin representantes y que podrá terminar con la apertura del período de consultas aun sin haberse constituido la referida comisión⁵⁸.

Con todo, y sin querer justificar, ni mucho menos, la posición del legislador interno, un examen de la jurisprudencia del TJUE pone de manifiesto en toda esta materia cierto desinterés del organismo comunitario por el aspecto orgánico del organismo de representación de los trabajadores en pro del funcional. Esto es, el TJUE parece dar por válida y correcta la propia entidad y estructura de los órganos de representación encargados de la negociación en los despidos colectivos, para centrarse, casi exclusivamente, en comprobar si se cumple o no con el contenido de los derechos de información y consulta. O más en general, si se cumple o no con la protección de los trabajadores que delimita el propio ámbito de aplicación de la Directiva 98/59/CE. Quizás haya llegado el momento de advertir al TJUE de la importancia del propio organismo de representación de los trabajadores, pero ya desde su propia composición y constitución, como condición *sine qua non* para actuar correctamente desde la perspectiva funcional y con ello garantizar la efectividad de la participación de los trabajadores en las crisis empresariales, en particular, en los despidos colectivos.

* * *

⁵⁸ Más ampliamente, sobre todas estas cuestiones, Cabeza Pereiro, J., *La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos...*, *op. cit.*, pp. 7 ss. Sobre la comisión representativa vigente, véase art. 51.2 ET.