

DÉFICITS DE EFICACIA DE LAS MEDIDAS DE CONTROL SINDICAL: CAUSAS Y PROPUESTAS DE CORRECCIÓN*

Edurne Terradillos Ormaetxea**
Universidad País Vasco

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El reforzamiento de la comisión “*ad hoc*” prevista para la ausencia de representación colectiva de los trabajadores en la empresa: una evidencia del paulatino debilitamiento del control sindical en ese ámbito. 2.1. La comisión “*ad hoc*”: ámbitos de actuación. 2.2. Propuestas de corrección. –3. La desaparición de las medidas sociales de acompañamiento y/o del plan de recolocación del contenido mínimo de la solicitud o de la documentación que inicia el procedimiento de despido colectivo: ¿menos contenido para negociar durante el período de consultas? 3.1. Las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación en el período de consultas del despido colectivo. 3.2. Propuestas de corrección.

RESUMEN

El trabajo parte de la reforma jurídico-laboral de 2012 avalada por el Tribunal Constitucional. A partir de ese estado de la cuestión, el estudio se enfoca al análisis de dos materias muy concretas que han afectado al control sindical de las relaciones laborales en la empresa: el reforzamiento, vía ámbito objetivo de actuación (Ley 3/2012), de la comisión “ad hoc” prevista ante la falta de representación legal de los trabajadores, para actuar en los períodos de consulta de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.4 ET), de movilidad geográfica (art. 40.2 ET), de transmisión de empresa (44.9 ET), de suspensión de los contratos de trabajo (art. 47.1 ET), de reducción de jornada (art. 47.2 ET), de despido colectivo (art. 51.2 ET) y, sobre todo, en el caso de la inaplicación de convenios colectivos (art. 82.3 ET); y la desaparición de las medidas sociales de acompañamiento y/o del Plan de Recolocación del contenido mínimo de la solicitud o de la documentación que inicia el procedimiento de despido colectivo (art. 51.2 ET).

ABSTRACT

The work is based in the labour law reform of 2012, endorsed by the Spanish Constitutional Court. From this state of affairs, the study focuses on the analysis of two very specific issues that have affected the Trade Union’s control of labour relations in the company. The first, strengthening via objective scope (Law 3/2012), the “ad hoc” commission provided for in the absence

*Recibido el 3 de junio 2016, aceptado el 13 de junio 2016

** Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

of legal representation of workers. As it is known this “ad hoc” commission was created by Law 35/2010 to act in periods of consultation procedures substantial change in working conditions (art. 41.4 ET), geographical mobility (art. 40.2 ET), transmission of company (44.9 ET), suspension of employment contracts (art. 47.1 ET), reduction in working hours (art. 47.2 ET) and collective redundancies (art. 51.2 ET). But, above all, its importance is increased with the provision in the case of non-application of collective agreements (art. 82.3 ET).

The second issue to be considered relies on the disappearance of accompanying social measures and / or Plan Repositioning the minimum content of the application or documentation that initiates the procedure of collective dismissal (art. 51.2 ET).

Palabras clave: comisión “ad hoc”; acuerdos de empresa; medidas sociales de acompañamiento; despidos colectivos

Key words: “ad hoc” commission; firms’ contracts; accompanying social measures and; collective dismissal

1. INTRODUCCIÓN

La premisa de la que parte este trabajo descansa, sobre todo, en la Exposición de Motivos (EM) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio). Partiendo de la concepción de la flexiseguridad como concepto-guía de la nueva ordenación de las relaciones laborales (apdo. I), principio que preside esta reforma¹, el apartado IV de la EM, referido a las reformas introducidas en materia de negociación colectiva, esgrime el objetivo confeso de “fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa (entre otros)”. Por eso, la Ley prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Y con el mismo apoyo, la Exposición sigue justificando esas modificaciones en base al “objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”. Tras corroborar que otras modificaciones legales sobre esas materias no han arrojado los resultados esperados, la reforma laboral de 2012 añade un mecanismo de cierre: el arbitraje obligatorio, herramienta que se recoge como traducción de la misión que debe arrogarse la ley en desbloquear el conflicto y “cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”.

Ciertamente esta defensa tan intensa de la productividad como medio de alcanzar mejores tasas de empleo², o, en palabras del Voto Particular de la STC 8/2015, 22 de enero, utilizar “la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE —por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III— acordadas por el legislador”, contrasta con los principios y valores que alumbran la creación y desarrollo de la Organización Internacional de Trabajadores (OIT), organización de la que España forma parte y que no es ni

¹ Respecto de Italia, véase TIRABOSCHI, M., “The Reform of the Italian labor market over the past ten years: a process of liberalization?” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, nº 4, 2008, pp. 427-458.

² Véase CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 2, 2014, pp. 275 y ss.

siquiera citada en la Exposición de Motivos, como sí se hace, por ejemplo, con la OCDE (apdo. I). En este momento, sólo se mencionará, por continuista y fortalecedora de los valores de la justicia social y del trabajo decente —centro de las políticas de la OIT como medio de alcanzar sus objetivos constitucionales—, la Tercera Declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT en 1919: la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa³. Esta declaración institucionaliza el concepto de Trabajo Decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales. Y esa justicia social en un entorno en constante evolución se consigue, invocando la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998) y reconociendo la importancia y el significado especial de los derechos fundamentales; particularmente, en lo que nos ocupa, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento *efectivo* del derecho de negociación colectiva⁴.

Tampoco el TC (STC 119/2014) en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parece interesarse por la dimensión internacional de las modificaciones operadas por el legislador español en lo que concierne a la negociación colectiva⁵. Entre otras cuestiones, la sentencia trata de las relaciones de jerarquía entre el convenio colectivo y la ley. Haciendo alusión al art. 9.3 CE y a partir de la convicción de que la consagración constitucional de la negociación colectiva en el art. 37.1 no presupone ningún modelo de relaciones laborales particular y menos aún “el desapoderamiento normativo del Estado” (F.J.3), y con el debido análisis del juicio de proporcionalidad de la medida, da carta de naturaleza tanto a la determinación de la duración del período de prueba (contrato de emprendedores) (F.J. 3º), como a la facultad de acordar la inaplicación de lo pactado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo (F.J. 4). Respecto de esta última cuestión, el TC desarma el argumento del Parlamento de Navarra quien, refiriéndose a las modificaciones introducidas en el ámbito de la negociación colectiva, consideraba que la reforma suponía una ruptura del “modelo constitucional de relaciones laborales”. Pero en esos particulares fundamentos jurídicos no hay ni una sola ocasión en que el TC se refiera a los convenios de la OIT ratificados por España (señaladamente, los Convenios nº 87 y 98 ó 154); como tampoco apela el TC, ni en ésta ni en la STC 8/2015, a la normativa jurídica internacional al abordar la constitucionalidad del arbitraje obligatorio (párrafo octavo del art. 82.3 ET) (F.J.4 y 5). Y esa ausencia llama especialmente la atención al ser comparada con el análisis del período de prueba del conocido como “contrato de emprendedores”, donde el TC de 2014 sí lo somete a las disposiciones del Convenio OIT nº 158 sobre terminación del contrato de trabajo cuyo contenido, en opinión del órgano máximo de interpretación de la Constitución, resulta conforme con la reforma.

A partir de ese estado de la cuestión este trabajo se enfoca al análisis de dos materias muy concretas que han afectado al control sindical de las relaciones laborales en la empresa: (ii) el reforzamiento, vía ámbito objetivo de actuación (Ley 3/2012), de la comisión “*ad hoc*” prevista ante la falta de representación legal de los trabajadores, para actuar en los períodos de consulta de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.4 ET), de movilidad geográfica (art. 40.2 ET), de transmisión de empresa (44.9 ET), de suspensión de los contratos de trabajo (art. 47.1 ET), de reducción de jornada (art. 47.2 ET), de despido colectivo (art. 51.2 ET) y, sobre todo, en el caso de la inaplicación de convenios colectivos (art. 82.3 ET); y (iii) la desaparición de las medidas sociales de acompañamiento (en adelante, MSA) y/o del Plan de Recolocación del contenido mínimo de la solicitud o de la documentación que inicia el procedimiento de despido colectivo (art. 51.2 ET).

³ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

⁴ La cursiva es nuestra.

⁵ No es ni mucho menos el caso del Voto Particular emitido donde hay continuas referencias a los convenios OIT, incluso a los informes aprobados por el Consejo de Administración de esta organización.

2. EL REFORZAMIENTO DE LA COMISIÓN “AD HOC” PREVISTA PARA LA AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: UNA EVIDENCIA DEL PAULATINO DEBILITAMIENTO DEL CONTROL SINDICAL EN ESE ÁMBITO

2.1. La comisión “ad hoc”: ámbitos de actuación

Este análisis parte de la premisa conocida de que la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio) ha potenciado los productos de la negociación colectiva distintos del convenio colectivo “tradicional” regulado en el Título III del ET. Los acuerdos de empresa, denominación que adoptan los variados resultados derivados del *período de consulta* en el marco del cual las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, se han visto revitalizados por las últimas reformas laborales, a los cuales el legislador ha otorgado “una importancia aún más decisiva en la ordenación de las relaciones laborales”⁶. Y en esa deriva es evidente que la comisión representativa “ad hoc” o “laboral”⁷ ha adquirido *mayor relevancia* que la que ya tenía antes de la Ley 3/2012⁸. Nos estamos refiriendo a una de las comisiones legitimadas para llevar a cabo el período de consulta, con posible resultado de acuerdo de empresa, en todos los procedimientos señalados en la introducción y cuando no exista representación legal en el centro de trabajo (o las secciones sindicales no cumplan lo prescrito en el citado precepto). La relevancia alcanzada por estas comisiones se fundamenta en que la Ley 3/2012 amplió la lista “cerrada” de materias objeto de los acuerdos de descuelgue o inaplicación de convenios colectivos, lo que no ocurre con la relación de condiciones susceptibles de modificación sustancial⁹. Y queremos fijar nuestra atención en esta materia dado que esa comisión estará compuesta por trabajadores [(máximo de tres trabajadores de la propia empresa, elegidos por estos democráticamente) (art. 41.4 ET)] que no ostentan ni la representación legal ni la sindical sino que puede ser elegidos exclusivamente para desarrollar esas consultas-negociación.

Vayamos por partes. Expresa el art. 41.4 ET que en el centro de trabajo que no exista representación legal de los trabajadores (y/o que no haya secciones sindicales o éstas no se hayan puesto de acuerdo en la composición de la comisión representativa en los términos del art. 41.4 II ET), los trabajadores afectados por las modificaciones citadas cuentan con dos opciones:

- Constituir una “comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente”
- Constituir una “comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y 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”.

Si la modificación sustancial afecta a más de un centro de trabajo y algunos centros no cuentan con representantes legales ni la empresa cuenta con un comité intercentros, también se recurrirá a las opciones planteadas.

⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La reforma sobre el sistema de negociación colectiva: un análisis crítico”, en AA.VV., (RAMOS QUINTANA, M. Dir. Y GRAU PINEDA, M.C., coord.) *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 35.

⁷ DE LA VILLA GIL, L.E., “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *RGDTSS*, vol. 23, 2011, p. 10.

⁸ Efectivamente fue el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE n° 147) el que consagró estas comisiones. Para NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Lex Nova, 2015, p. 24, la reforma de mayor calado en relación con las instancias de representación de los trabajadores en el ámbito empresarial.

⁹ Por todos, cfr., ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Algunos efectos de un nuevo modelo de negociación colectiva más dinámico y cercano a la empresa”, *Revista de Derecho Social*, n. 67, 2014, p. 222.

Por su parte, el art. 28.2 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante, RD 2012) –artículo que se encuentra en el Capítulo III titulado “disposiciones comunes a los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”–, insiste en que “sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el artículo 26” (precepto que se remite al art. 41.4 ET).

Es difícil conocer a ciencia cierta qué porcentaje de los procedimientos en lo que puede actuar esa comisión representativa “laboral” se han llevado a cabo por ésta en detrimento de la comisión sindicalizada. Sin embargo, hay ciertos datos estadísticos como aspectos de la ley, que conducen a concluir que esa comisión puede (o ha podido) estar interviniendo en muchos supuestos. Sirvan los siguientes:

El primero, que de los datos aportados por la propia Exposición de Motivos (apdo. III) de la Ley 3/2012, se concluye que “Las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23% de las empresas españolas”. Asimismo la Estadística de la Seguridad Social revela que el 78% de las empresas españolas tiene menos de seis trabajadores¹⁰. Estos datos nos mueven a deducir que la ausencia de representación legal en las empresas españolas no es una mera anécdota y que la actuación de estas comisiones “*ad hoc*” puede estar siendo relevante.

En segundo lugar, es el empresario quien debe comunicar al conjunto de los trabajadores la iniciación del procedimiento obligatorio, así como es aquél quien debe informar a los trabajadores que a ellos les corresponde decidir quién o quiénes les van a representar durante las consultas¹¹.

Finalmente, puede interesar el cuadro (Tabla 1) que muestra el número de descuelgues de convenios colectivos y de trabajadores afectados por procedimiento de inaplicación durante 2015¹², de donde sólo podemos derivar que la mayor parte de los acuerdos de empresa se adoptan en sede del periodo de consultas.

Tabla 1. Inaplicaciones de convenios y trabajadores, por procedimiento de inaplicación

PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN	INAPLICACIONES DE CONVENIOS	PORCENTAJE DE INAPLICACIONES	TRABAJADORES
TOTAL	679	100,0	22.225
Acuerdo en periodo de consultas	624	91,9	19.791
Acuerdo de la comisión paritaria del convenio	31	4,6	1.342
Acuerdo de mediación en órgano bipartito	12	1,8	994
Laudo en órgano bipartito	-	-	-
Decisión en el seno de un órgano tripartito	12	1,8	98

¹⁰ http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Empresas_Cotizantes/index.htm

¹¹ Véase, CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2010, pp. 176 y ss.

¹² Estadística del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales.

Los datos menos científicos que nos llevan a ese mismo resultado de la pérdida de control sindical en esos espacios son los siguientes: “a priori” esas comisiones “ad hoc” adolecen de la profesionalidad ínsita a la representación legal y/o sindical, así como carecen de la información que puede obtenerse por la representación legal vía art. 64 ET. Por otra parte, y de conformidad con lo anterior, los acuerdos que surgen de dichas comisiones, como es fácil de deducir, habrán de ser de menor calidad que los logrados por comisiones compuestas por representantes unitarios o sindicales. Otro dato que arroja más luz sobre esta constatación es que, de acuerdo con la ley, si el período de consultas del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo finaliza con acuerdo, se presumirá que concurre la causa justificativa y aquél sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 41.4 in fine)¹³. Y, por una cuestión de lógica, será más fácil que el empresario llegue a un acuerdo con la comisión “ad hoc” que con una comisión sindicalizada.

2.2. Propuestas de corrección

Con el análisis precedente las propuestas de corrección que se pueden plantear proceden del ámbito del Derecho Internacional. En concreto, dado que uno de los aspectos en los que nos hemos centrado ha sido los acuerdos de empresa resultantes de la actuación de las llamadas comisiones representativas “laborales” en los procedimientos donde la ley reclama la apertura de consultas con vistas a la celebración de un acuerdo y debiendo las partes negociar de buena fe, procede acudir al Convenio OIT sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), ratificado por España, en pos de arrojar luz sobre la naturaleza de los acuerdos de empresa y a fin de despejar las dudas suscitadas por la legitimidad de la comisión “laboral”. Esto es, en primer lugar, se pretende ahora responder a los interrogantes que tantas páginas doctrinales han originado respecto de si esos acuerdos de empresa son acuerdos inscribibles en el marco de la negociación colectiva cuando, por el contrario, nacen de un proceso de consulta (nos referimos a los supuestos de los arts. 40, 41, 44, 47 y 51 ET). La doctrina¹⁴ que se ha posicionado a favor de incluir los acuerdos de empresa entre las distintas manifestaciones de la negociación colectiva se ha inclinado por remachar su posición recordando la fuente originaria de la que son tributarios esos acuerdos, esto es, la autonomía colectiva. En tanto que los acuerdos de empresa, en su variada tipología, beben de esa fuente colectiva, las dudas respecto de su naturaleza jurídica quedarían despejadas.

Desde aquí se comparte esa reflexión pero se añade la de la definición de “negociación colectiva” que contiene el Convenio 154 OIT. Y así, dispone su artículo 2 que: “A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

¹³ De acuerdo con GARCÍA-PERROTE, I./PONCE RODRÍGUEZ, S., “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I./MERCADER UGUINA, J.R., *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de ley 3/2012 y de los reales Decretos-Leyes 4/2013 y 5/2013*. Lex nova, Madrid, 2013, pág. 156, es de destacar que esa presunción de concurrencia de la causa justificativa no se ha previsto en relación con los despidos colectivos o las suspensiones de contratos y reducciones de jornada, “lo cual está generando en este tipo de procedimientos ciertos problemas prácticos al abrir la posibilidad de que, incluso en caso de acuerdo durante el período de consultas, se produzcan impugnaciones judiciales para cuestionar la existencia o no de la causa justificativa”.

¹⁴ Véase doctrina científica en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico” en AA.VV. *Tres años de cambio laboral*, Lex nova, Thomson Reuters, Tomo I, 2013, p. 243-244.

Con una definición tan vasta y laxa del término “negociación colectiva”, no parece que haya muchos impedimentos en integrar los acuerdos de empresa entre los muchos y variados productos resultantes de la negociación colectiva¹⁵; señaladamente, cualquiera de los acuerdos de empresa que se tratan en este trabajo consistiría, lato sensu, en “fijar las condiciones de trabajo y empleo”. Otro argumento a favor de esta posición procede de que la comisión representativa llamada a *negociar* la inaplicación de una o varias de las materias reguladas en un convenio colectivo (art. 82.3 ET) podría tener esa misma composición “asindical”, o, en otras palabras, corresponderse con la comisión “laboral” del art. 41.4 ET. Por ello, si el legislador, en centros de trabajo que carezcan de representación legal y/o sindical “*stricto sensu*”, no ha querido diferenciar los planos de consulta y negociación a efectos de dotar de legitimidad a ciertas personas, tampoco parece que deba hacerlo nadie. Finalmente, repárese en el art. 27.2 del RD 2012, que en relación con la comisión negociadora se expresa así: “La comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores 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”.

Expuesto lo anterior, el siguiente interrogante surge de la *legitimidad* de la comisión “laboral” para negociar acuerdos colectivos, independientemente del tipo de acuerdo que resulte, tanto se trate de un acuerdo de empresa derivado de un período de consultas que podría haber acabado con la decisión unilateral del empresario; como, más grave aún¹⁶, nos encontremos ante un acuerdo de empresa que inaplique una condición laboral regulada en un convenio colectivo estatutario. En este último caso, MOLERO MARAÑÓN Y VALDÉS DAL-RÉ¹⁷ proponen una interpretación restrictiva de la norma de reenvío contenida en el artículo 82.3 ET, que salvaguarda la fuerza vinculante de los convenios. Conforme a estos autores, debe excluirse la comisión “*ad hoc*” como órgano de negociación y consulta en los procedimientos de inaplicación de convenios, de forma que en caso de ausencia de representantes legales de los trabajadores, la remisión al art. 41.1 ET debe entenderse hecha sólo a la posibilidad de constituir una comisión sindicalizada.

La polémica cuestión se prolonga al constatar que la ley (ET) no ha seguido lo indicado por el Derecho internacional, que prioriza la comisión sindical respecto de la también llamada “neutra”, “*ad hoc*” o “laboral”; lo cual se agudiza, como se indicaba más arriba, en el caso del procedimiento de inaplicación de los convenios colectivos. Recuértese en este momento cómo se expresa el art. 41.4 ET respecto de la elección que corresponde a los trabajadores afectados a la hora de constituir una comisión que les represente en el período de consultas. Si se compara esa redacción con el texto, también reproducido, del Convenio 154 OIT, se recordará que éste exige que del lado social exista una “organización de trabajadores”; incluso su art. 3 advierte que esa composición debe hacerse “sin menoscabo de las organizaciones representativas de trabajadores”. A mayor abundamiento, el Convenio OIT 135 sobre representantes de los trabajadores expresa en su art. 3.2 que los Estados adoptarán las “medidas apropiadas, si fuera necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes...”; a lo cual se suma el art. 4 del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98):

¹⁵ Tampoco ha dudado la jurisprudencia, véase SAN 28 de marzo de 2014, rec. 44/2010, considerando el “período de consultas” como una manifestación específica de la negociación colectiva; y antes, STS 16 noviembre 2012, rec. 236/2011.

¹⁶ La doctrina ha puesto de relieve que la opción del legislador de dotar de legitimidad a unos trabajadores elegidos para la ocasión, para modificar lo establecido en un convenio sectorial adoptado por las organizaciones sindicales, podría resultar una lesión del derecho de libertad sindical. Así ALFONSO MELLADO, C., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”, *Relaciones Laborales*, n. 3, marzo 2013 (versión digital).

¹⁷ MOLERO MARAÑÓN, M.L./VALDÉS DAL-RÉ, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, 2014, p. 93-94.

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las *organizaciones de trabajadores*, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Si se repara ahora en la Carta Social Europea de 1961, convenio internacional ratificado también por España, observamos que sin proporcionar una definición de “negociación colectiva”, su art. 6 recoge que las Partes Contratante se comprometen “a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores y *Organizaciones de empleadores*, de una parte, y Organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de Convenios Colectivos”.

Ante la disparidad existente entre el texto del ET y las normas de la OIT, y antes de verter alguna concusión, es apropiado acudir a la Recomendación OIT 91 (1951) sobre los contratos colectivos¹⁸, norma que aporta una definición de “contrato colectivo” y cuyos legitimados para negociar no se ciñen a la condición de “organizaciones representativas”: “la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, *en ausencia de tales organizaciones*, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

La Recomendación citada, que data de 1951, amplía la lista de los legitimados del banco social, ya que permite la presencia de grupos de trabajadores no integrados en una organización, aunque sigue diferenciándose de lo contemplado en el ET. Y así, conforme a la normativa OIT, sólo cuando falten esas organizaciones de trabajadores se permitirá que los representantes de los trabajadores interesados, con las condiciones expresadas, suscriban esos acuerdos con el empleador¹⁹.

Si se realiza una integración de ambos textos²⁰, del Convenio nº 154 y de la Recomendación nº 91 OIT respecto de la materia planteada, resultaría que la legislación laboral española se habría apartado de las pautas del Derecho internacional, al permitir que los trabajadores afectados por la modificación en cuestión decidan entre (i) elegir una comisión “*ad hoc*” o (ii) autorizar que las organizaciones sindicales más representativas o suficientemente representativas intervengan como interlocutores del acuerdo, con la condición expuesta “supra”. En otras palabras, España no habría incorporado el texto del Convenio nº 154 OIT –completado con esa Recomendación– en la letra de la ley (el ET), en tanto que no destina la creación de esas comisiones asindicales al último lugar de las opciones posibles, previa constatación de no haber organizaciones de trabajadores legitimadas para desarrollar los períodos de la consulta.

¹⁸ Como es conocido, las Recomendaciones internacionales; “son meras propuestas a los Estados, desprovistas de todo carácter vinculante. No se ofrecen a los Estados para su ratificación, aunque sí para su examen a fin de ser puestas en ejecución [...] La Recomendación puede, en ocasiones, operar como “criterio interpretativo o aclaratorio del convenio (STC 38/1981), o incluso, complementar un convenio”. También sobre las obligaciones del Estado, por el hecho de ser miembro OIT, respecto de las Recomendaciones. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C./ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Ramón Areces, 2014, p. 230.

¹⁹ Lo mismo ocurre con el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), cuyo texto se expresa así: “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”. La cursiva es nuestra.

²⁰ Véase la nota sobre el valor jurídico de las Recomendaciones de la OIT.

Es cierto que podría defenderse que el lugar que la redacción del ET depara a las *secciones sindicales* sería tanto como respetar la alineación de la legislación española con la legislación OIT sobre esta materia; en tanto que las secciones sindicales rezuman una doble naturaleza jurídica como órganos de representación de los trabajadores pero también como órganos internos del sindicato. No obstante, y en contra de esta interpretación, creemos que debe llamarse la atención sobre la redacción del RD-ley 10/2010, que antecedió a la Ley 3/2012, y debe hacerse por dos motivos:

En primer lugar, esa disposición normativa también priorizaba las secciones sindicales pero, además, previó que en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa (incluyendo en la acepción de “legal”, también a las secciones sindicales), los trabajadores podían encomendar su representación para la negociación del acuerdo de empresa, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, *por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta*. Entendemos que se trata ésta de una fórmula que se hubiera correspondido mejor con las reglas del Derecho sindical español y, por ende, con la legislación de la OIT. Sin embargo, esa fórmula ni siquiera trascendió a la Ley 35/2010 que convalidó el Real Decreto-ley citado, optándose por una comisión “laboral”, en pie de igualdad con la “sindical”, con una composición de corte más sencillo de articular, no cabe duda, pero también de constitución más civilista.

Por tanto, se propone corregir la secuencia de los sujetos legitimados para negociar en los períodos de consulta de los procedimientos de los arts. 40, 41, 44, 47, 51 y 82 ET en el sentido de hacer prevalecer la comisión “sindical” en los términos expuestos en este trabajo. De lo contrario las reglas de la contratación civil podrán estar sumando enteros en nuestro Derecho. En efecto, repárese también en que el art. 41.4 *in fine* ET exige que el acuerdo suscrito por esa comisión “laboral” requiere la conformidad de la mayoría de sus miembros (dos personas) pero “siempre que representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centro de trabajo afectados”. Esta importante novedad que ya incorporó la Ley de 2010 nos vuelve a transportar al ámbito del Código Civil, cuyo artículo 1259 advierte que “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”. Sin duda alguna, resultaría menos extravagante a las reglas del Derecho sindical encomendar las funciones de la comisión representativa a personas procedentes de un sindicato representativo o más representativo del sector de la empresa que a una comisión como la analizada; sin perjuicio de que hacerlo como actualmente permite la ley puede suponer, en muchas ocasiones, que la empresa modifique unilateralmente las condiciones laborales, tanto las pactadas en una fuente contractual, sea de efectos individuales como colectivos²¹, como –aunque con mayor dificultad–, las negociadas con sujeción a las reglas del ET.

En resumen, del análisis de este marco normativo se puede deducir que el legislador español ha optado por *potenciar* –resultado que se obtiene de la práctica forense– los esquemas del Derecho privado en vez de buscar soluciones para los centros de trabajo sin representación colectiva en el Derecho sindical. Y lo ha hecho en el marco del Estatuto de los Trabajadores, norma jurídica que consagró la eficacia jurídica del convenio colectivo. De modo que se está en condiciones de afirmar que se ha producido un desplazamiento de la capacidad negociadora

²¹ En este punto coincidimos con la doctrina más autorizada que lamenta que el legislador haya distinguido entre la necesidad de un acuerdo de empresa o la posible ausencia de éste en atención a la naturaleza estatutaria o extraestatutaria, respectivamente, de la fuente donde se contenga la condición laboral a modificar. Así, CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, p. 236. Más tarde, también en ese sentido, cfr. MOLERO MARAÑÓN, M., “Modificación de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica”, en AA.VV., (dir. VALDÉS DAL-RÉ, F./GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.), La reforma del mercado de trabajo de 2010, Madrid, 2011, p. 336 y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva”, Relaciones Laborales n. 23, sección Monografías, diciembre 2012 (Editorial La Ley edición digital).

(consulta-negociación) que tiene el sindicato, en sentido laxo, como asociación de trabajadores, hacia el lado “neutro” de las comisiones representativas “laborales”. Esta constatación tiene visos de perpetuarse por lo explicado, señaladamente, por las altas cifras de empresas españolas con seis o menos trabajadores, y por la inconfesada o confesa querencia por este tipo de comisiones de parte empresarial. Pero a menos que transitemos hacia empresas más transparentes y con mecanismos de *participación directa* con sus trabajadores, fórmula que podría mirarse en el espejo de la regulación de la prevención de riesgos laborales, en el momento actual la entidad que pueden estar alcanzando las comisiones “laborales” debería hacer reaccionar al sindicato, como parece que no ha ocurrido.

3. LA DESAPARICIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y/O DEL PLAN DE RECOLOCACIÓN DEL CONTENIDO MÍNIMO DE LA SOLICITUD O DE LA DOCUMENTACIÓN QUE INICIA EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO: ¿MENOS CONTENIDO PARA NEGOCIAR DURANTE EL PERÍODO DE CONSULTAS?

3.1. Las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación en el período de consultas del despido colectivo

Esta materia se aborda desde la hipótesis de que la capacidad sindical para negociar durante el período de consultas de los despidos colectivos se ha visto mermada por obra de la Ley 3/2012. Lo anterior se sostiene por que, actualmente, las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación de la empresa no forman parte de la relación documental que la empresa debe aportar a los representantes de los trabajadores en el período de consultas. Este cambio se ve también reflejado en la legislación procesal de modo que, de acuerdo con el art. 124 LRJS, la demanda de un despido colectivo podrá basarse en “b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal”. Y, en consecuencia, la sentencia declarará que un despido no está justificado si se acredita alguno de esos extremos.

Si se compara la legislación actual con las precedentes, contenidas en los Reales Decretos 43/1996 y 801/2011, se aprecia la entidad de la modificación operada por la Ley 3/2012, así como el resultado arriba apuntado. En efecto, con la anterior legislación, existía una obligación empresarial de presentar un plan de acompañamiento social en empresas de 50 o más trabajadores que fueran a despedir colectivamente; aparte de la obligatoria autorización administrativa previa. Ahora, por obra de la modificación introducida por el art. 51 ET, que es detallada en el art. 9 RD ERES 1483/2012, resulta que el llamado “Plan de Recolocación externa” se exige en empresas que procedan a despedir a más de 50 trabajadores. Como antes, la legislación actual exige que se negocien medidas sociales de acompañamiento. No obstante, al no integrarse éstas, ni el Plan de Recolocación, en la relación documental del art. 51.2 ET (precepto desarrollado por los arts. 3-5 del RD 1483/2012), no habría obligación de anticipar su contenido en el escrito de iniciación del procedimiento. En efecto, el artículo 7 del RD 2012, titulado “Período de consultas”, prevé en su apartado 1 que “El periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La consulta deberá 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. *A tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe*²²”.

²² La cursiva es nuestra.

Finalmente, la desaparición de la autorización administrativa, que, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se sustituye por la atenta vigilancia y supervisión de la Autoridad Laboral, tampoco se ha demostrado tan eficaz como se pretendía²³; y, al contrario, creemos que se ha producido una procedimentalización del período de consultas.

3.2. Propuestas de corrección

Las propuestas de corrección del estado de la cuestión vienen de la mano de la Directiva 98/59/CEy/o del poder judicial.

La Directiva 98/59/CE señala, en su art. 2.1 que *“Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores, en vistas a llegar a un acuerdo”*. Tan importante como lo anterior es lo recogido en su art. 2.2, cuando exige, en referencia al contenido de las consultas, que versen *« 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos»*. De lo expuesto se desprende que es evidente que las MSA deben formar parte de las consultas. Sin embargo, al no constar esa información en la relación prevista en el 51.2 ET ni en el RD 2012, la cuestión que se plantea es si las consultas –en tan breve plazo de tiempo, “como máximo, quince días” exige la ley²⁴– serán lo suficientemente eficaces en el caso de que previamente al período de consultas, los trabajadores no hayan obtenido esa información. Además, en segundo lugar, la duda que surge es si puede obtenerse una sentencia que declare que el despido no es justificado/nulo por la ausencia de las MSA durante la negociación; y si es así, con apoyo en qué precepto de la ley de la jurisdicción social.

Para empezar es importante reproducir en qué consiste esa información “pertinente” que reclama el art. 2.3 de la Directiva: *“A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá proporcionarles todo la información pertinente”*.

En relación con el efecto útil de la información, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta), Caso Akavan, TJCE 2009\263, apdo. 52 dispuso que *“De dicha disposición se desprende que esta información puede comunicarse durante las consultas, y no necesariamente en el momento del inicio de éstas”*. De ahí que entendamos que la representación de los trabajadores podrán recabar de la empresa la propuesta de las MSA o, en su caso, del Plan de Recolocación, en cualquier momento del transcurso de las consultas.

Por otra parte, también la jurisprudencia española, señaladamente la STS 24/11/2015²⁵, citando, entre otras, la Sentencia Akavan, ha declarado que la empresa “debe proporcionar hasta el último momento de la consulta cualquier nueva información pertinente”. Y lo que es tan importante, la sentencia citada del Alto Tribunal ha recogido que “El deber de negociar exige que las partes intercambien propuestas y contrapropuestas y que exista un esfuerzo sincero de aproximación, todo ello con el fin expresado en el art. 51.2 ET de explorar las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias. Así lo pusimos de relieve ya en la STS/4a/ Pleno de 27 mayo 2013 (rec. 78/2012), en la que resaltábamos que *“la expresión*

²³ Véase 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*, n 64, 2013, p. 72 y ss.

²⁴ El plazo escogido por el legislador español para las consultas es el mínimo contemplado en la Directiva. Y ello con la excepción de las empresas de más de 50 trabajadores, donde el plazo se amplía a 30 días. Para PÉREZ AGUILA, S. “Los acuerdos laborales: estado de la cuestión, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 177, 2015, el legislador rechaza establecer un período mínimo en aras a otorgar agilidad a la negociación del pacto.

²⁵ STS 24/11/2015 (ROJ. 5659/2015). En ese sentido, asimismo, cfr., o en la 20/11/2014 ROJ: STS 5620/2014.

legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y –menos aún– a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1258 CC y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá 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», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial".

En efecto, los tribunales españoles se están pronunciando en el sentido de que las medidas de recolocación de los trabajadores constituyen una prueba de la buena fe empresarial y de que existe una verdadera negociación colectiva²⁶; de modo que parece que es la jurisprudencia, la que en esa interpretación de la ley en integración con la Directiva de la UE, está apostando con fuerza por la resituación de las MSA en la fase de consultas.

Eso mismo se constata en una lectura integrada de la STS 25/02/2015²⁷, donde, citando otra sentencia de esa misma Sala, se señala que "la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos"²⁸.

Acudiendo ahora a la otra cuestión, al sentido del pronunciamiento judicial por la falta de información relativa a las MSA durante el período de consultas, la jurisprudencia española²⁹, aplicando la Directiva 98/59/CE, sobre la documentación necesaria a aportar ha concluido que "no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto [de la Directiva] puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada [...]". A contrario, entonces, se entiende que si la Directiva exige, como mínimo, que se negocie sobre la MSA y aunque no quepa pedir una sentencia que declare el despido no justificado por la vía de la falta de documentación en el sentido del art. 51.2 ET, está claro que podrá hacerse en base a la no realización del período de consultas, exigencia expresada también por el art. 124 LRJS. En este sentido, y, de nuevo, a contrario de lo declarado en la STS 29/12/2014³⁰, puede deducirse que el período de consultas se entendería por no hecho si las consultas no versaran sobre las medidas sociales de acompañamiento.

²⁶ Véase STS 16-06-2015 (ROJ: STS 3677/2015).

²⁷ ROJ: STS 26/11/2015

²⁸ Compruébese también en STS 29/12/2014, ROJ: STS 5766/2014.

²⁹ STS/4a/Pleno de 27 mayo 2013 - rec. 78/2012, doctrina reiterada.

³⁰ ROJ: STS 5766/2014.