

**CURSO 2015/2016**  
**GRADO EN DERECHO**  
**UPV/ EHU**

**TRABAJO REALIZADO POR: ARIADNA VESNA ARBULU ROSOCHA**

**DIRIGIDO POR: JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN**



**El derecho de consulta como contenido parcial del  
derecho a la participación de los trabajadores en la  
empresa**

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
A. <b>RESUMEN.....</b>	<b>5</b>
B. <b>OBJETIVOS.....</b>	<b>6</b>
C. <b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>6</b>
<b>2. LA NECESIDAD DE UN MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONESLABORALES.....</b>	<b>7</b>
2.1. Antecedentes históricos en España.....	8
2.2. Breve análisis de los diferentes modelos de participación .....	10
2.2.1. Los derechos participativos en general .....	10
2.2.2. Concepto de información .....	12
2.2.3. Concepto de consulta .....	13
2.2.4. Concepto de participación .....	15
<b>3. DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL PLANO INTERNACIONAL. NORMAS DE LA OIT Y DIRECTIVAS EUROPEAS .....</b>	<b>16</b>
3.1. Normas de la OIT en materia de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa .....	16
3.2. Ámbito Europeo. Antecedentes históricos .....	17
3.3. La Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.....	20
3.3.1. Objetivos .....	21
3.3.2. Ámbito de aplicación .....	22
3.3.3. Materias y contenido .....	23
3.3.4. Tiempo y forma .....	24

<b>4. MARCO JURIDICO DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN ESPAÑA</b>	
.....	24
4.1. Artículo 129.2. de la Constitución .....	24
4.2. Regulación en el Estatuto de los Trabajadores .....	26
4.3. Sujetos .....	26
4.3.1. Los trabajadores .....	27
4.3.2. La Asamblea .....	27
4.3.3. Representantes unitarios de los trabajadores.....	28
4.3.3.1. Delegados de Personal .....	28
4.3.3.2. Comité de Empresa.....	29
4.3.3.3. Comité Intercentros .....	30
4.3.4. Representación sindical .....	31
4.3.4.1. Las Secciones Sindicales .....	34
4.3.4.2. Los Delegados Sindicales.....	34
4.3.5. Representación específica en materia de prevención .....	35
<b>5. EL DERECHO DE CONSULTA REGULADO EN EL ARTICULO 64 ET.....</b>	<b>35</b>
5.1. Derecho de consulta y emisión de informe .....	36
5.2. Derechos de vigilancia y control .....	38
5.3. Deberes de sigilo y secreto .....	39
<b>6. DERECHO DE CONSULTA EN LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA DE LA EMPRESA</b>	
.....	41
6.1. Derecho de emitir informe .....	41

6.2. Derecho de consulta- negociación. Reglas comunes en la movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y descuelgue convencional.....	42
6.2.1. Titulares del derecho de consultas.....	42
6.2.2. Duración del periodo de consultas .....	45
6.2.3. Contenido del periodo de consultas .....	45
6.2.4. Terminación de las consultas .....	47
<b>7. DERECHO DE CONSULTA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACION DE EMPLEO. DESPIDOS COLECTIVOS, SUSPENSIONES Y REDUCCIONES DE JORNADA .....</b>	<b>49</b>
7.1. Derecho de emitir informe .....	49
7.2. Derecho de consulta-negociación .....	50
7.2.1. Titulares del derecho de consulta.....	51
7.2.2. Ámbito de negociación: global o por centros .....	52
7.2.3. Duración del periodo de consultas .....	54
7.2.4. Obligaciones de información y documentación. Contenido del periodo de consultas .....	55
7.2.5. Terminación del periodo de consultas .....	56
<b>8. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CONSULTA .....</b>	<b>57</b>
8.1. Orden jurisdiccional social.....	57
8.2. Incumplimiento de consultas reguladas en el artículo 64 ET .....	58
8.3. Incumplimiento del deber de consulta en la movilidad geográfica, MSCT, y despidos colectivos .....	58
9. CONCLUSIONES.....	61
10. BIBLIOGRAFÍA .....	66
11. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL.....	68

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **A. RESUMEN**

La democratización de las relaciones laborales ha abierto las puertas a la consideración de los trabajadores como sujetos con derecho a ser informados y consultados sobre cuestiones legalmente establecidas. Participan así, en mayor o menor medida, en la marcha de la empresa.

Por regla general, estos derechos se ejercen en las empresas mediante el mecanismo de representación de los trabajadores. A continuación, tanto los representantes unitarios como los sindicales serán analizados, deteniéndome en los puntos más polémicos en cuanto a su regulación.

Empezando con los objetivos deseados y la metodología empleada para la realización del presente trabajo, intentaré aclarar y analizar los diferentes modelos de participación existentes en nuestro país. Este principal análisis no estaría completo sin una breve referencia del contexto internacional, analizando entre otras, la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

Una vez posicionada, me centraré en el análisis del marco jurídico de los derechos participativos en la regulación española, comenzando por el artículo considerado como núcleo de los derechos participativos: el artículo 64 ET. Teniendo en todo momento presente la regulación del artículo 64, analizaré el periodo de consultas en casos más específicos como las medidas de flexibilidad interna de la empresa y los procedimientos de regulación de empleo, concluyendo con un análisis sobre el marco sancionatorio y de control judicial en caso de incumplimiento de la obligación de consulta.

La investigación finaliza con las conclusiones que he alcanzado durante la redacción del trabajo y como no podría ser de otra forma, la bibliografía y el listado de jurisprudencia y doctrina judicial.

## **B. OBJETIVOS**

El principal objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es analizar y deliberar sobre el procedimiento de consulta como contenido parcial del derecho de participación de los trabajadores en la empresa.

Concretamente, busco analizar la regulación actual sobre el derecho de consulta de los trabajadores, aclarar si forma o no parte del homogéneo concepto de participación, resaltar las contradicciones existentes tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, entre otras cosas. En este sentido, durante todo el trabajo pretendo aclarar los efectos de la norma en la práctica empresarial, destacando cualquier posibilidad de mejora que considere oportuna.

Desgranando cada figura y concepto con el que me encuentre, aclararé porqué considero que la representación sindical es un órgano de representación en la empresa. Analizaré detenidamente el procedimiento de consulta, manejando los términos consulta- negociación a la par.

En definitiva, ofreceré un ensayo íntegro y sistemático, fruto de la recopilación de numerosa jurisprudencia, doctrina judicial y doctrina. Deseo como último fin proponer una seria reflexión sobre el tratamiento jurídico del derecho de consulta, considerando esta una de las piezas fundamentales del derecho de participación de los trabajadores en la empresa.

## **C. METODOLOGÍA**

Para la realización de este Trabajo de fin de Grado ha sido necesaria la ayuda de una persona conocedora de la materia, actuando en calidad de tutor, aconsejándome en todo momento sobre la metodología a seguir.

Tomando como punto de partida el estudio de diferentes textos legales, investigaré y analizaré los aspectos históricos relativos al derecho del trabajo como ciencia jurídica. Tratándose de un tema tan debatido como es la participación de los trabajadores en la empresa, será imprescindible consultar a numerosos autores, cada uno con su respectiva opinión.

En definitiva, siendo mi último fin ofrecer un análisis descriptivo y completo sobre el procedimiento de consulta, analizaré tanto las normas vigentes como sus antecedentes, ofreciendo una valoración crítica de las mismas. Para ello, resulta imprescindible tomar en consideración las aportaciones de la doctrina al igual que los pronunciamientos judiciales, centrándome sobre todo en la actual realidad en torno a los derechos participativos.

## **2. LA NECESIDAD DE UN MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES**

Mediante la celebración de un contrato de trabajo, una parte de la relación – el trabajador- penetra en el ámbito de una organización empresarial, cuyo titular es quien dirige y ordena las prestaciones debidas por el trabajador integrado en la misma. Esta relación de poder de una parte contractual sobre la otra, que tiene lugar en el ámbito laboral de la economía, pugna con los valores democráticos vigentes en el plano de la sociedad civil.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **TEZANOS, J.F.** *La democratización del trabajo en los umbrales de la sociedad postindustrial.* en J. F. Tezanos, *La democratización del trabajo*, Madrid, 1987, pág. 25.

Así, en las sociedades avanzadas la participación de los trabajadores en la empresa<sup>2</sup> refleja el derecho de los trabajadores a participar de modo indirecto en la toma de decisiones.

En el plano internacional, la misma OIT (Organización Internacional del Trabajo) ha sido consciente de esta realidad, ofreciendo diversas recomendaciones sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, como cabe apreciar en la Recomendación número 94 (1952) que invita a la adopción de medidas adecuadas para promover así la consulta y colaboración entre empresario y trabajadores sobre temas de mutuo interés.

La Unión Europea ha otorgado gran atención a esta cuestión. El artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al igual que la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000 recogen de una manera u otra los derechos de información, consulta, representación y defensa colectiva de los empleados y empleadores. Tales derechos se encuentran a la vez reflejados en varias Directivas, todas de gran importancia, pero a cuyo análisis procederé más adelante.

En el ámbito interno, teniendo presente a la transición sufrida en las últimas décadas desde un sistema autoritario de relaciones laborales a otro democrático, y a la luz la Constitución Española de 1978, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 recogió por aquel entonces en su artículo 4 el derecho de los trabajadores a la participación en la empresa.

Actualmente los trabajadores tienen como derechos básico la “*información, consulta y participación*” según el artículo 4.1.g del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Esta consideración de derechos básicos de los trabajadores surgió a raíz de la exigencia de una de las Directivas más importantes, la

---

<sup>2</sup> GALIANA MORENO, J.M. y GARCIA 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, num.43, 2003, pág. 13

Directiva 2002/14/ CE de 11 de marzo, la cual llevo a la creación de la Ley 38/2007 de 16 de noviembre para poder así ajustar los términos necesarios en el ET.

## 2.1. Antecedentes históricos en España

El nacimiento del sistema capitalista basado en la libertad de empresa y la propiedad privada fue una clara consecuencia de los procesos liberales que acabaron con el antiguo régimen, abriéndose camino muy poco a poco las asociaciones obreras. En palabras de **MONTOYA MELGAR** *“Es necesario que la presión del movimiento obrero alcance cotas alarmantes para que el legislador burgués se decida a intervenir en las relaciones laborales”*<sup>3</sup>. Y efectivamente así fue.

Afloró de esta manera de la necesidad de reconocer ciertos derechos a la contraparte. El éxito de la Revolución Bolchevique en Rusia presionó todavía más al Estado a encontrar soluciones de armonía social para calmar los ánimos revolucionarios que recorrían toda Europa.

La época de la Segunda República conllevó un paréntesis democrático y social en la historia de España, entre la restauración borbónica y el fascismo franquista. La Constitución Española de 1931 en su artículo 46.2 encomendaba a la *“legislación social del estado”* la regulación de, entre otros aspectos, *“la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”*.

En 1943, mediante el Decreto de 17 de julio, el Régimen Franquista pretendió transmitir la idea de una cierta apertura participativa en el seno del sindicato mediante el reconocimiento de la *“colaboración de los productores en el nombramiento de los cargos sindicales”*, con excepción de los jefes, que *“serán elegidos por el Mando”*, y de los cargos técnicos administrativos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> *Ibidem* pág. 59

<sup>4</sup> *Ibidem* pág. 357

Tras la elaboración de numerosas Leyes y Decretos, el RD 3149/1977, de 6 de diciembre, dictado para regular “*con carácter transitorio y provisional*” la constitución de representaciones unitarias en las empresas, anticipó un nuevo modelo que finalmente plasmaría el Título II de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (sustituido por el vigente ET de 1995).<sup>5</sup>

## **2.2. Breve análisis de los diferentes modelos de participación**

### **2.2.1. Los derechos participativos en general**

A pesar de los diferentes intentos llevados a cabo por los autores más significativos, los derechos objeto de este estudio muestran una naturaleza heterogénea, siendo muy complicada la tarea de englobarlos bajo un mismo concepto.

Teniendo en cuenta la flexibilidad atribuida al concepto de “*participación*”, podríamos definirlo como “*el conjunto de medidas que dispone el trabajador para influir en las decisiones que adopta la empresa en la que trabaja*”<sup>6</sup>

Conscientes de esa heterogeneidad, las propias instituciones europeas han visto necesaria la creación del concepto de “*implicación*”. El artículo 2 h) de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre, por la que se contempla el estatuto de la Sociedad Anónima Europea, define la implicación de los trabajadores 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*”.

---

<sup>5</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. *Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa*. Aranzadi Social. Vol. 1, nº 12, 2008. Pág. 14.

<sup>6</sup> CASTRO R.M., . *La participación obrera en la empresa*. en J.F. Tezanos, La democratización del trabajo, pág.25

De esta definición podemos extraer que frente a la participación referida de forma genérica a todos los derechos de naturaleza participativa (derechos de información, consulta y participación entre ellos), se decidió emplear la palabra implicación que no se confunde con el mecanismo concreto y singular de participación, evitando así malentendidos conceptuales. El concepto de implicación se convirtió por tanto en una útil y novedosa perspectiva institucional sobre la participación que, aunque formulada de modo singular para la Sociedad Anónima Europea, según la opinión de **PALOMEQUE LÓPEZ** (también para la Sociedad Cooperativa Europea), está llamada a convertirse seguramente en pauta general para la construcción técnica de las diferentes categorías concurrentes en este asunto.<sup>7</sup>

Según entiende el mencionado autor, se abre así camino “*una noción general de implicación de los trabajadores en la empresa (la Sociedad Anónima Europea en este caso), comprensiva de modo abierto de cualesquiera instrumentos o formas de acción mediante (los cuales) los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa, como la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo encaminado a esta finalidad (artículo 2. h) De la Directiva)*”.<sup>8</sup>

En cuanto al ordenamiento interno, hasta la entrada en vigor de la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, el artículo 4 g) del ET (desarrollado a su vez por los artículos 61 y 64 ET) recogía el derecho de participación en la empresa. La entrada en vigor de la Ley 38/2007 sumó junto al derecho de participación, los derechos de información y consulta, convirtiendo así la noción de participación en un término concreto y no tan general como anteriormente era.

Analizando el actual artículo 4 1 g) parece claro que la participación es – o eso es lo que se ha querido lograr- el escalón más alto de los derechos participativos. Según la opinión de **PRECIADO DOMENECH**, el derecho de participación engloba los derechos de información y consulta de modo que información, consulta y participación

---

<sup>7</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**, M.C. *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Revista Española de Derecho del Trabajo num.133/2007. Editorial Civitas. Pamplona. Pág. 19

<sup>8</sup> *Ibidem* pág.20

se asemejan a las “ *matrioskas*”, incluyendo cada una a la anterior y presuponiendo el siguiente.<sup>9</sup>

El modelo legal español de participación de los trabajadores se llevan a cabo mediante una serie de instituciones con las que se intenta que “ *las direcciones y órdenes impartidas como consecuencia de la potestad de dirección o mando del empresario sean de algún modo controladas, intervenidas, meramente conocidas (...) o consultadas, con carácter previo a su ejecución*”.<sup>10</sup>

### 2.2.2. Concepto de información

El derecho de información – pasiva- ha sido considerado como el primer nivel de los derechos participativos. Según **RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ** el derecho de información podría entenderse como “*el deber de comunicación que funciona en una sola dirección y que no supone para estos (los trabajadores) más que el derechos a la recepción de la misma*”.<sup>11</sup>

El hecho de atribuirle la característica de ser el nivel más bajo de los derechos participativos nos lleva a pensar que el derecho de información no es participación, pero sí supone una condición sine qua non para poder llevar a cabo una participación efectiva. Por tanto, para poder participar de forma efectiva los trabajadores tienen el derechos a ser informados anteriormente a cerca de los ámbitos en los que van a intervenir.

En el mismo sentido, el derecho de información y el derecho de consulta mantienen una estrecha relación. La información es condición esencial para que la consulta se lleve a cabo de una manera efectiva. Es en este ámbito donde podemos destacar la información como derecho accesorio al de la consulta.

---

<sup>9</sup> **PRECIADO DOMENECH, C.H.** *Dret d'informació i consulta dels representants dels treballadors/es*. Confederació General del Treball de Catalunya. Barcelona. 2012. Pág. 15

<sup>10</sup> **ALONSO OLEA M.** *Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa*. Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág.36

<sup>11</sup> **RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.** *La participación de los trabajadores en la empresa*. RPS 121. 1979. Pág. 421.

Por último, el derecho a la información puede aparecer no tan solo como información pasiva sino también como la denominada información activa significando en este caso “*el derecho de los representantes de los trabajadores a informar tanto a sus representados como a la empresa*”.<sup>12</sup>

### **2.2.3. Concepto de consulta**

Un escalón por encima del derecho de información nos encontramos con el derecho de consulta. En este caso, resulta imprescindible una actitud activa por parte de los trabajadores manifestando su opinión. Esto significa que el derecho de consulta “*presupone la información y comporta un deber de escuchar y de toma en consideración de las opiniones de los representantes de los trabajadores respecto a la materia objeto de consulta*”<sup>13</sup>

El derecho de consulta ha sido definido por numerosos textos legales. Así, la Directiva Marco 2002/14/CE la ha calificado como “*el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario*”.

La Ley 38/2008 - modificó el artículo 64 del ET- define la consulta como “*el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo*”.

También podemos encontrar una clara definición de la consulta en la Directiva 2001/86/CE sobre la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas sosteniendo que la consulta es “*la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes*

---

<sup>12</sup> **SAMPER JUAN, J.** *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores.* En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales.* XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca. Pág. 260.

<sup>13</sup> **MONEREO PÉREZ, J. L.** *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores.* Civitas. Madrid, 1992. Pág. 101 y 102

*de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo, y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores , a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones de la SE”.*

El derecho de consulta supone la apertura de un dialogo tal como se puede concluir de las diferentes definiciones ofrecidas, sin perjuicio del informe que pueden emitir los representantes de los trabajadores de forma escrita.

En cuanto a la calificación jurídica de las consultas, resulta imprescindible valorar la obligación que tenga la parte empresarial de realizarlas. Existen por tanto consultas obligatorias y consultas potestativas. Vienen a ser obligatorias las reguladas imperativamente por ley determinando ante qué decisión empresarial es necesario llevar a cabo una consulta para poder así conocer la opinión de los trabajadores y de sus representantes , y las consultas potestativas, pudiéndolas realizar en cualquier momento. La duda que aquí se plantea es en el caso de la consultas obligatorias: ¿sobre qué parte/ es recae esa obligatoriedad? Es lógico pensar que la obligatoriedad o la voluntariedad de las consultas recaen tan solo sobre el lado empresarial ya que este es el único obligado en cada caso a realizar una consulta. Al no estar obligados a proporcionar una respuesta a la consulta llevada a cabo por el empresario – ya que el derecho a ser consultados es de los propios trabajadores o sus representantes en su caso- claro está que la mencionada obligatoriedad recae sobre el lado empresarial.

Según la fuerza que se le atribuya a la contestación obtenida de la parte trabajadora, las consultas pueden también ser calificadas como vinculantes o no vinculantes. En el caso de que una consulta resulte vinculante (es ejemplo de ello el artículo 51 del ET que analizaré más adelante), la parte empresarial ha de ceñirse a lo que los trabajadores o sus representantes en su caso hayan decidido o manifestado. Si por el contrario la consulta es calificada como no vinculante, el empresario podría seguir actuando a su antojo sin tener la obligación de tomar en cuenta la opinión manifestada por los trabajadores o sus representantes.

### 1.1.1. Concepto de participación

Los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación unitaria (Comité de Empresa y Delegados de Personal) sin perjuicio de otras formas de participación, tal como menciona el artículo 61 del ET en relación con el 4 g) del mismo texto legal.

La participación es un concepto indefinido tal como he indicado anteriormente. **PALOMEQUE LOPEZ** considera inútil la noción de participación en la empresa como categoría unitaria. Señala el autor que dicho concepto (la participación) se ha presentado dentro del debate ideológico y político general y en su plasmación jurídica, como una etiqueta estándar que por estar en condiciones de dar cobertura a un amplio inventario de formas organizativas de los trabajadores en el centro de trabajo “*ha llegado a alcanzar la extraña virtud de poder significar todo y nada al mismo tiempo*”<sup>14</sup>. Según las propias palabras del autor “*la ambigüedad y va porosidad extremas de la expresión (participación), que ha llegado a amparar de modo efectivo contenidos técnicos tan heterogéneos como para arruinar al final la utilidad unitaria del concepto.*”<sup>15</sup>

Siendo consciente del desorden y la gran confusión existente en este tema, resulta imprescindible la utilización de una expresión adecuada para designar el conjunto de “*instrumentos o mecanismos al servicio de la representación de los trabajadores(...)* ya que la participación non puede designar lógicamente al mismo tiempo el todo y la parte, es decir, el conjunto de las formas de influencia colectiva en la empresa y

---

<sup>14</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**, M.C. *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Ponencia inaugural. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca. Pág. 15.

<sup>15</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**, M.C. *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Revista Española de Derecho del Trabajo num.133/2007. Editorial Civitas. Pamplona. Pág. 1

*también, como modalidad de ésta, la presencia institucional de la representación de los trabajadores en los órganos del capital”.*<sup>16</sup>

Resultaría por tanto beneficioso que la participación abandone su inicial sentido abierto para poder alcanzar un significado propio como fórmula particular. Parece que el concepto de “*implicación*” introducido por la anteriormente mencionada Directiva comunitaria ha aportado – aunque en principio solo para la Sociedad Anónima Europea y la Sociedad Cooperativa europea- ese significado particular.

### **3. DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL PLANO INTERNACIONAL. NORMAS DE LA OIT Y DIRECTIVAS EUROPEAS**

#### **3.1. Normas de la OIT en materia de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa**

Entre las normas emitidas por la O.I.T se encuentran diversos textos que a pesar de no referirse de modo directo a los derechos participativos, sí que lo hacen cuando se refieren a otros temas laborales.

Se encuentran por tanto la Recomendación 94 del año 1952 sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, que invita a la adopción de medidas adecuadas para promover la consulta y participación entre empresarios y trabajadores sobre temas de interés mutuo; la Recomendación 129 sobre las Comunicaciones dentro de la Empresa de 1967 ofrece una regulación un tanto general de los derechos participativos de los trabajadores, en la cual mediante la utilización del condicional ( podrían, deberían, etc) como tiempo verbal expone los posibles mecanismos a utilizar para las comunicaciones entre empresa y trabajadores; la Recomendación 130 del 1967, sobre el examen de reclamaciones, donde también se hace referencia a la participación de los trabajadores; el Convenio 135 y la Recomendación 143 del 1971, donde se aprueban las normas

---

<sup>16</sup> *Ibidem* pág. 22

internacionales del trabajo relativas a la protección y facilidades que se otorgaran a los representantes de los trabajadores en la empresa.

Estos Convenios y Recomendaciones no analizan de manera directa los derechos participativos. Tratando temas a los que los derechos participativos van siempre ligados (los representantes de los trabajadores, la seguridad y salud en el trabajo, la negociación colectiva) estos Convenios y Recomendaciones logran analizar de manera indirecta los derechos participativos en la mayoría de los casos.

### **3.2.   Ámbito Europeo. Antecedentes históricos**

La Carta Social Europea realizada por el Consejo de Europa, la declaración de los derechos sociales, fue uno de los primeros textos en aludir los derechos de información, consulta y participación. Desde su revisión en el año 1996, pasó a conocerse como Carta Social Europea Revisada, estando todavía pendiente de ratificación por numerosos países entre los que se encuentra España.

A pesar de suponer un gran avance ante la necesidad que demostraba la Comunidad Europea de reconocer firmemente unos derechos sociales, la Carta Social Europea fue sucesivamente enriquecida por tres importantes Protocolos de 1988, 1991 y 1995 (procedimiento de reclamaciones colectivas), asimismo abiertos a la ratificación de los miembros del Consejo de Europa, produciéndose lógicamente muchas diferencias entre éstos a la hora de aceptar la totalidad de los compromisos sociales establecidos o solamente algunos de ellos. Concretamente España ratificó los protocolos de 1988 y de 1991, ambos el 24 de enero de 2000, pero no el de 1995.<sup>17</sup>

Por otro lado, los derechos de información y consulta de los trabajadores nombrados en el artículo 137 TCE también son reconocidos en algunos artículos de la Carta

---

<sup>17</sup> DE LA VILLA DE LA SERNA, P. (2001). *Las tres “Cartas” europeas sobre derechos sociales*. En Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Vol. 32 Pág.273.

Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada el 9 de diciembre de 1989 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea.

Esta declaración de derechos, si bien carecía de fuerza vinculante inmediata, introdujo un extenso programa de iniciativas legislativas en materia laboral que fue cumplido por la Comisión Europea con notable diligencia.<sup>18</sup> Los puntos 17 y 18 de la mencionada Carta agrupaban la mención de “*información, consulta y participación de los trabajadores*”. En la opinión de **MOLERO MARAÑÓN y VALDÉS DAL – RÉ**, a pesar de que la carta no aporta cambios sustanciales en el tratamiento de del ámbito material del ejercicio de la información y consulta, la carta tendrá el efecto (...) de reubicar la posición de ambos derechos en la construcción de las bases del modelo europeo de relaciones laborales. Según los citados autores, pese a sus limitaciones objetivas en relación con el tratamiento de la información y consulta, este documento lleva a cabo alguna innovación que no puede pasar desapercibida.<sup>19</sup>

A pesar del resultado deseado, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores no posee carácter jurídico sino más bien simbólico. Es por eso que ciertos autores afirman que “*la carta no se trata de una norma jurídica comunitaria sino de una mera proclamación política solemne*”.<sup>20</sup> Claro queda que una mera declaración no aporta grandes avances jurídicos ni prácticos, sobre todo teniendo en cuenta la pobre regulación de la información, consulta y participación –no los menciona como derechos, sino más bien como mecanismos-. Aun así, y a pesar de sus notables limitaciones, la inclusión en la carta de una rúbrica específica *dedicada << a la información, y consulta (y participación) de los trabajadores >>* tiene el mérito de haber dotado a estos instrumentos de visibilidad en el espacio social europeo.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> **MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ- SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCIA MURCIA, J.** (2015) *.Derecho del Trabajo*”. Ed. 24, pág. 113

<sup>19</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** (2014) *.Derecho de información, consulta y reestructuración de empresa*. Editorial Comares, pág. 20

<sup>20</sup> **SALA FRANCO, T., COLINA ROBLEDO, M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.** *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Pág. 80.

<sup>21</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** (2014). *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresa*. Editorial Comares, pág. 22.

Por otro lado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada de forma solemne por parte del Consejo, El Parlamento y la Comisión y aprobada posteriormente por el Tratado de Niza en diciembre del año 2000 supuso un gran avance en la consolidación de los derechos sociales como derechos fundamentales en el ámbito comunitario. A diferencia de lo ocurrido en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, la redacción de esta Carta se realizó bajo el “*imperativo Kantiano*” de obrar “*como si*” sus disposiciones fuesen a tener un carácter jurídico vinculante, y hubieran de integrarse en los Tratados.<sup>22</sup>

Tras un fallido intento de darle carácter vinculante a la Carta mediante el Tratado de la Constitución Europea, el tratado de Lisboa modificó el artículo 6 del TUE afirmando que “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados (...)* “. A pesar del aparente avance y la consolidación de la Carta como norma jurídica vinculante, muchos autores sostienen que su equiparación a los tratados una simple apariencia.

Si bien es cierto que los derechos participativos han encontrado su principal referencia en las anteriormente analizadas Cartas Comunitarias, has sido las Directivas Comunitarias el instrumento que la Unión Europea ha destinado al desarrollo y análisis de estos derechos.

Junto con la Directiva Marco 2002/14/CE<sup>23</sup>, que establece un marco general a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, existen otras Directivas (Directiva 2001/86/CE, Directiva 2003/72/CE entre otras) que tratan los derechos de información y consulta de una manera más singularizada y específica, pero cuyo análisis resultaría demasiado extenso en este trabajo.

---

<sup>22</sup> CARRILLO SALCEDO, A. *Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, enero/junio 2001, Pág. 14.

<sup>23</sup> Véase punto 3.2

### **3.3. La Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea**

Con base en el artículo 136 del Tratado de la Comunidad y 17 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, una de las directivas más importantes en este ámbito es la Directiva 2002/14/CE de 11 de marzo por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la UE. Esta Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno mediante la ley 38/2007 de 16 de noviembre.

Mediante la lectura del preámbulo de la Directiva resulta fácil extraer el contexto social como político del momento. La directiva pretende establecer un marco general que incluya los principios, las definiciones y las modalidades de información y consulta (Considerando 23), fijando << *disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad* >> (Considerando 18). Y todo ello, con la perspectiva de << *reforzar el dialogo social y fomentar las relaciones de confianza mutua en la empresa* >> (Considerando 7).<sup>24</sup>

Es el artículo 4.2 el encargado de aclarar sobre qué materia ha de caer la información y la consulta. Estos derechos contendrán la información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o el centro de trabajo y de su situación económica; la información y la consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo; la información y la consulta sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9.

La Directiva también ofrece una visión sobre el modo y el momento de llevar a cabo dicha información o consulta. Así, el artículo 4.4 aclara que la consulta se

---

<sup>24</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014)** .*Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 23

efectuará “ *en un momento, de una manera y con un contenido apropiados; al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado; con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f) del artículo 2, y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular; de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen; con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2*”

### 3.3.1. Objetivos

El artículo 1.2 de la Directiva refleja claramente el objetivo perseguido: reforzar el dialogo social y fomentar las relaciones de confianza mutua en la empresa con el fin de favorecer la prevención de riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa.

De este modo, la norma comunitaria concibe la información y consulta con fines preventivos, para evitar la toma de decisiones empresariales dañosas para los trabajadores.<sup>25</sup> La Directiva reconoce a favor de los representantes de los trabajadores unas facultades de información y consulta, pero “*exige que esas facultades se conciban en un sentido, se extiendan a unos ámbitos y se ejerzan conforme a unas reglas de tiempo y procedimiento que aseguren la eficacia en el ejercicio de esas facultades*”<sup>26</sup>. Claro queda pues el principal objetivo de la Directiva: lograr que los derechos de información y consulta sean eficaces.

**GARCIA GUTIERREZ** opina que no se trata de establecer el derecho de información y consulta de los trabajadores con carácter absoluto, sino modularlo por las necesidades de “*favorecer la prevención de riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso a los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco*

---

<sup>25</sup> **ORTIZ LALLANA, C.** *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario.* en AA.VV. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, pág. 94

<sup>26</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** (2014) *.Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas.* Editorial Comares, pág. 23

*de seguridad, concienciar a los trabajadores de adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de esta”.*

27

Se entiende pues que solo los sistemas nacionales que no garanticen unos mínimos derechos de información y consulta establecidos por la Directiva se verán obligados a revisar sus leyes nacionales.<sup>28</sup> De ahí, el impacto bastante escaso asignado a la Directiva sobre el ordenamiento español.<sup>29</sup>

### **3.3.2. Ámbito de aplicación**

Según el artículo 3.1 de la misma, la Directiva será de aplicación a elección de los Estados miembros; a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores; o a los centros de trabajo que empleen en un Estado menos al menos a 20 trabajadores. Serán los Estados miembros los responsables de determinar el modo de calcular el número de trabajadores empleados.

Así mismo, serán los estados miembros los que han de elegir el parámetro de empresa o de centro de trabajo. Esta regla ha sido objeto de crítica en numerosas ocasiones, siendo una de ellas la Sentencia de 18 de enero de 2007 (asunto C- 385/05) del TJCE en la que en palabras de **MOLERO MARAÑÓN** y **VALDÉS DAL- RÉ**, los Estados miembros no pueden adoptar medidas que comprometan la eficacia de la norma europea mediante el expediente de excluir, incluso de manera temporal, una determinada categoría de trabajadores de dicho cálculo.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> **GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L.** *La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.* Actualidad Laboral, nº 4, enero 2003. Pág. 60.

<sup>28</sup> **MENENDEZ SEBASTIAN, P.** *La participación de los trabajadores en la empresa.* en **J. GARCIA MURCIA** ( Dir.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid, 2005. Pág. 515

<sup>29</sup> **MERCADER UGUINA, J.** *Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo.* RMTAS 2005, núm. 57. Pág. 288

<sup>30</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** (2014) . *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas.* Editorial Comares, pág. 28

Respetando los principios y objetivos de la Directiva, los Estados miembros podrán aprobar disposiciones específicas aplicables a las empresas o centros de trabajo que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones, siempre que, el día de entrada en vigor de la presente directiva, ya existan en el derecho nacional disposiciones en la materia ( 3.2. art). Según **GARCIA GUTIERREZ**, no se trata de una mera exclusión de la aplicación de la norma sino de la posibilidad de los estados miembros de prever peculiaridades en su ejercicio. La autora llega a esta conclusión insistiendo en que el Consejo de la Comunidad Europea, a la hora de querer excluir la aplicación de una Directiva, así los ha señalado expresamente.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la trasposición de la mencionada Directiva en España no supuso ningún cambio sustancial en la legislación, limitándose tan solo a resaltar o modificar aspectos muy puntuales y concretos del sistema de información y consulta nacional. Esto resultó así porque se cumplía casi por completo con las exigencias de la Directiva 2002/14.

### **3.3.3. Materias y contenido**

El artículo 4.1 encomienda a los Estados miembros la denominación de las modalidades prácticas del ejercicio de los derechos de información y consulta.

Las disposiciones el artículo 4 tratan, por un lado, las materias objeto de los derechos participativos encomendados, y por otro, las formas en las que deberían estos hacerse valer. Este precepto señala que su contenido contiene unos mínimos aplicables, sin perjuicio de las disposiciones y/o prácticas nacionales vigentes más favorables para los trabajadores de los distintos países comunitarios

Como se ha tenido ocasión de ver, la norma hace un tratamiento conjunto de ambos derechos, considerándolos de ejercicio simultáneo o sucesivo. De todos modos, si bien la consulta o intercambio de opiniones ha de ir precedida normalmente por una

información, sensu contrario, no toda información tiene que necesariamente ir seguida de una consulta.<sup>31</sup>

### **3.3.4. Tiempo y forma**

El derecho de consulta, según dispone el artículo 4.4 de la Directiva coincidiendo con el 4.3, se efectuará en un momento, de una manera y con un contenido apropiado. En este caso y diferenciándose de la información, el legislador quiso introducir otro precepto: la consulta se efectuara al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema trabado según nos indica el artículo 4.4.b.

La consulta se efectuara con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular (4.4.c) de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores a reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen (4.4.d).

En cuanto al final del proceso de consulta y el resultado que quiere lograrse, el artículo 4.4.f prevé que “ *el fin – será- de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2*”.

## **4. MARCO JURIDICO DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN ESPAÑA**

### **4.1. Artículo 129.2. de la Constitución**

---

<sup>31</sup> **GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L.** *La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.* Actualidad Laboral, nº 4, enero 2003. Pág. 63.

El artículo 129.2 de la Constitución Española De 1978, dentro de su título séptimo relativo a la Economía y Hacienda pública, hace referencia a los derechos participativos manifestando que “*los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa (...)*”.

Este conjunto heterogéneo de mandatos constitucionales encomendados a los poderes públicos de modo genérico<sup>32</sup> sin duda puede ser el núcleo de los derechos participativos (derecho de información, consulta y participación de los trabajadores) en el ordenamiento jurídico español. Para llevar a cabo un análisis completo, fijando el alcance y los límites del mismo, resulta conveniente analizar el contexto constitucional para poder destacar las bases de nuestro estudio y desarrollar una visión correcta para el posterior análisis que se llevará a cabo.

En este sentido, el sistema de participación en la empresa se dibuja sobre la base de la propiedad privada<sup>33</sup> de los medios de producción, es decir, el sistema de economía libre constituye el trasfondo del mandato que el artículo 129.2 dirige a los poderes públicos en orden a la promoción de diversas formas de participación.

El 129.2 se “*desgrana*”<sup>34</sup> en una serie de derechos recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran derechos muy importantes como pueden ser los derechos de sindicación y huelga regulados en el artículo 28, el derecho a la propiedad privada y la herencia regulados en el artículo 33 o la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado regulado en el artículo 38. Esto sin olvidar los importantísimos artículos 7 y 28 relacionados con la libertad sindical, analizados más adelante.<sup>35</sup>

La libertad de empresa en el marco de la economía del estado (artículo 38 CE) y el derecho a la propiedad privada y herencia (artículo 33.1. CE) son otros dos pilares fundamentales para poder entender el posterior análisis que se llevara a cabo. Analizando los dos preceptos clara es la conclusión de que el ordenamiento Español

---

<sup>32</sup> **PALOMEQUE LOPEZ, M.C.(2007)** .*La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Revista española de Derecho del Trabajo núm. 133/2007. Ed. Civitas, Pamplona. Pág. 12

<sup>33</sup> **MORENO FERNANDEZ- SANTA CRUS, M.** *Sinopsis del artículo 129.* 2003.Actualizada por Vicente Moret, Letrado de las Cortes Generales. Junio, 2011.pág.1. Se puede consultar en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=129&tipo=2>

<sup>34</sup> *Ibidem* pág. 2

<sup>35</sup> Véase punto 4.3.4

defiende la libertad de empresa donde un propietario de ciertos medios de producción dispondrá de sus pertenencias (los medios de producción) a su antojo.

Según el autor **PALOMEQUE LOPEZ**, lo perseguido mediante todos estos artículos no es más que *“culminar la mutación de un sistema normativo de corporativismo estatal y de autoritarismo patronal en otro sistema en el que, sin perjuicio de la libertad de iniciativa económica, se ha abierto espacios a la autonomía colectiva y a la auto tutela de los trabajadores en las empresas y en los centros de trabajo”*<sup>36</sup>

#### **4.2. Regulación en el Estatuto de los Trabajadores**

El artículo 61 se complementa con diversos artículos a lo largo del propio ET. El artículo más importante y sobre el que recae en mayor medida la regulación de los derechos participativos es el artículo 64 ET, sin perjuicio de la regulación específica en diferentes materias reguladas en el mismo cuerpo normativo o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que ofrece una regulación importante en materia de derechos participativos.

#### **4.3. Sujetos**

Centrándome ahora en el derecho de consulta, antes de comenzar el procedimiento a seguir en los casos específicos anteriormente mencionados, es imprescindible definir los sujetos regulados en el general artículo 64.

A simple vista parece que el propio ET no tiene claro quién es el titular del derecho de consulta. En ocasiones el legislador se refiere a *“los trabajadores”* (64.1 ET), *“el comité de empresa”*, *“los representantes de los trabajadores”* o simplemente *“el comité”* (64.6 ET).

La dualidad de canales de representación característica del ordenamiento español - representación unitaria y sindical- supone un claro problema a la hora de especificar a

---

<sup>36</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.** *La participación de....* Pág. 27.

quien le corresponden los derechos participativos. Tanto la representación unitaria (Delegados de Personal, Comité de Empresa, Comité Interceptaros o el Comité de Empresa Europeo) como la representación sindical (Delegados Sindicales y Sección Sindical) se dividen a su vez en diferentes órganos. Es por eso que se resulta necesario analizar la conexión entre las dos clases de representación por la tan debatida relación que tienen.

Por último, existen otros órganos relacionados con los derechos participativos entre los que se encuentran la Comisión de Seguridad e Higiene o la Comisión mixta paritaria de vigilancia e interpretación del convenio, órganos que tan solo me limitaré a mencionar.

#### **4.3.1. Los trabajadores**

Es derecho básico de los trabajadores según el artículo 4.1.g: los derechos de información, consulta y participación en la empresa.

#### **4.3.2. La asamblea**

La asamblea se regula en el artículo 77 y siguientes del ET, siendo esta la máxima expresión de la participación directa de los trabajadores en la empresa.

Si bien son los trabajadores los que participan en ella, para que la asamblea sea convocada, resalta la necesidad de la representación unitaria una vez más, ya que son estos los encargados de convocarla y presidirla mancomunadamente, pero también fijar el orden del día.

Un número no inferior al 33 por ciento de la plantilla también puede convocar la asamblea si así lo desean siendo también presidida por la representación unitaria de los trabajadores. Esta afirmación nos invita a analizar el supuesto en el cual no existen representantes unitarios de los trabajadores – en el caso de las pequeñas empresas-. Parece que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de Abril de 2002 confirma la validez de una asamblea celebrada sin los representantes unitarios de

los trabajadores poniendo énfasis en si estos hubieran permitido esa asamblea sin su presencia.

En los casos de empresas que no cuentan con representación unitaria de los trabajadores resulta beneficioso recurrir a un mecanismo de votación ad hoc y determinar de esta manera quien será el órgano encargado de la presidencia de dicha asamblea.

### **4.3.3. Representantes unitarios de los trabajadores**

En principio el ET otorga cierta preferencia a la representación unitaria dejando abiertas las puertas a “*otras formas de participación*” (art. 61). Según palabras de **GALIANA MORENO** y **GARCÍA ROMERO**, ésta es la vía legal que permite la introducción del sindicato como alternativa de participación de los trabajadores en la empresa, a través del reconocimiento de las secciones sindicales.<sup>37</sup>

La representación unitaria de los trabajadores está formada por diversos órganos que se analizarán a continuación. Eso sí, para que un órgano o persona tenga la característica de formar parte de la representación unitaria de los trabajadores tienen que surgir de un proceso de elección, tener atribuidos ciertos derechos y deberes y actuar siempre en defensa de los derechos de sus representados. Es por esta definición que podemos excluir a la representación sindical de la representación unitaria ya que no surge de la elección de todos los trabajadores.

#### **4.3.3.1. Delegados de personal**

En las empresas o centros de trabajo que cuenten con más de 10 pero menos de 50 trabajadores, el artículo 62 ET permite la existencia de los delegados de personal, siendo estos según el número de trabajadores mínimo uno y máximo 3. .

---

<sup>37</sup> **GALIANA MORENO, J.M** y **GARCIA 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 43, pág. 19.

Estos delegados de personal funcionarán mancomunadamente representando ante el empresario a los trabajadores y gozarán de las mismas competencias atribuidas al comité de empresa pero también respetarán las normas sobre sigilo profesional establecidas en el artículo 65 ET.

Haciendo referencia a la consulta, en las situaciones que se requiera la actuación de los 3 delegados de personal, Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha<sup>38</sup> afirma que la actuación mancomunada que prevé el artículo 62.2 para los Delegados de Personal no significa que para ejercer una pretensión procesal tengan que comparecer todos los delegados de personal a sostenerla “ *puesto que estos deben actuar conjuntamente y de común acuerdo, pero adaptando la decisión por el sistema de mayoría, ya que, otra solución, conduciría a una posible parálisis del funcionamiento de la representación otorgada*” o dicho en otras palabras, la oposición de uno solo de los delegados de personal de los tres supondría la “ *parálisis*” del funcionamiento de la representación otorgada si estos tuvieran que funcionar por unanimidad y no por mayoría.

En este sentido, el empresario adeudará sus prestaciones frente a todos y cada uno de los delegados, sin que el cumplimiento con uno de ellos le libere frente a los demás.<sup>39</sup>

#### **4.3.3.2. Comité de Empresa**

El Comité de Empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o el centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores (63.1 ET). El número de sus miembros oscilará entre 5 y 75, según una escala establecida en función del número de los trabajadores del centro.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> TSJ Castilla la Mancha. Sentencia 26 enero 2005 ( AS 2005/171)

<sup>39</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*. Akal, Madrid, 1984, pág. 58.

<sup>40</sup> *El ET ofrece la posibilidad a formar Comités de Empresa conjuntos para varios centros de trabajado, siempre que estos centros sean dos o más y estén en la misma provincia o municipios*

El titular de los derechos concedidos por el ET es el propio órgano en su conjunto y no cada uno de los miembros de lo integran. Recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 31 de marzo de 2015<sup>41</sup> el carácter colegiado del Comité de Empresa y su propia personalidad jurídica. Tratándose pues de un órgano colegiado, las decisiones que han de adoptarse por el Comité de Empresa requieren una mayoría absoluta.

El Comité de Empresa cuenta con un presidente y un secretario. El presidente no ostenta capacidad de representación del comité sin previa autorización del propio órgano en su conjunto para el caso concreto.<sup>42</sup>

#### **4.3.3.3. Comité Intercentros**

La constitución y el funcionamiento del Comité Intercentros solo podrán pactarse mediante convenio colectivo tal como establece el artículo 63.3 del ET. Este órgano unitario de representación de los trabajadores contará con un máximo de 13 miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro, siendo nula cualquier cláusula que del convenio colectivo que fije un número de miembros superior.<sup>43</sup> En la constitución del Comité Intercentros es necesario que se guarde la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.

Las competencias del Comité Intercentros serán las que el convenio colectivo le haya otorgado exclusivamente, de manera que todo lo que quede excluido de la

---

*limitrosferos. Estos centros de trabajo no deben alcanzar por separado el límite para poder confeccionar un Comité de Empresa.*

<sup>41</sup> STSJ PV de 31 de marzo de 2015 ( 1070/2015)

<sup>42</sup> TSJ de Andalucía de 27 de enero de 2009 ( STSJ AND 521/2009 ) afirma que “ no puede otorgarse valor alguno a una decisión adoptada por una parte del comité, reunido en una comisión no creada en forma por decisión de todos sus miembros, ya que de aceptarse implicaría negar a los restantes su derecho a participar en la elaboración de los acuerdos concernientes a las materias que integran su competencia, y como por sí mismo el Presidente no tiene facultades para ejercitar acciones administrativas o judiciales, según anteriormente se ha razonado, se impone la estimación de la excepción procesal de falta de legitimación activa, por falta de representación”.

<sup>43</sup> STCT, de 9 de abril de 1981 ( RTCT 1981/2913)

regulación en el convenio colectivo no corresponderá sino a los comités de centro de los que emana este órgano.

#### **4.3.4. Representación sindical**

Es característica esencial del modelo español de relaciones laborales la coexistencia de dos instancias o canales de representación de los trabajadores en la empresa: un canal unitario donde el protagonismo corresponde a Comités de Empresa y Delegados de Personal, y un canal sindical donde actúan las Secciones Sindicales y los Delegados Sindicales.<sup>44</sup>

A pesar de considerarse una solución que abona la confusión y la concurrencia en la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, en la práctica el sistema parece funcionar sin graves dificultades, sobre todo por la fuerte e inevitable sindicalización del canal unitario. Es por eso que pueden establecerse espacios de actuación conjunta o separada entre los órganos representativos unitarios y órganos sindicales en la empresa.<sup>45</sup>

La representación unitaria en la empresa se encuentra fuertemente sindicalizada puesto que son los sindicatos quienes concurren, a través de un proceso electoral, a la formación de dichos órganos. Tanto las funciones como los derechos atribuidos al Comité de Empresa y Delegados de Personal se fundan en actividades sindicales en sentido propio, incluyendo no solo el derecho de información y consulta, sino también otros derechos como pueden ser el derecho de negociación colectiva y huelga.

El propio Tribunal Constitucional<sup>46</sup> sostiene que “ *la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercida, sin entrar ahora en otras posibilidades, tanto por el sindicato, como por el comité de empresa*”.

---

<sup>44</sup> LUJAN ALCARAZ, J. *Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa.* pag.8

<sup>45</sup> BAYOS GRAU, A. *Control Obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles.* En AAVV. *Autoridad y Democracia en la empresa.* Trotta. Madrid, 1992. pág. 171

<sup>46</sup> STC de 13 de diciembre de 1983 ( RTC 1983/ 118)

El autor **LUJAN ALCARAZ**<sup>47</sup> afirma que el modelo español de participación de los trabajadores en la empresa *“es de los denominados de doble canal, lo que significa que junto a órganos de representación unitaria conviven en la empresa órganos sindicales en los términos previstos en los arts. 8 y ss. LOLS; aparte de que, en la práctica, se ha llegado por diferentes vías a una evidente sindicalización del canal unitario”*.

Para el autor *“sin duda, los Delegados de Personal y Comités de Empresa desarrollan «una función calificable latu sensu como sindical»; pero como la titularidad del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE pertenece sólo a los sindicatos, dicho precepto «no protege la actividad desarrollada por las representaciones unitarias o electivas». Éstas son creación de la Ley y, por tanto, y como señala STC 134/1994, de 9 mayo, «no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores”*.

La representación sindical está formada por Secciones y Delegados Sindicales y emana en cada caso de un sindicato concreto del que depende. Es la herramienta que tienen los sindicatos para poder así ejercer su derecho a la libertad sindical que le concede la propia Constitución Española.

El artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS 11/1985 de 2 de agosto) dispone que los Delegados Sindicales, en el supuesto de que no formen parte del Comité de Empresa, tengan las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros del mencionado comité. Gozarán por tanto del derecho a la misma información y documentación que lo mencionados miembros del comité de empresa pero también tendrán sus mismas obligaciones: guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente así lo determine el artículo 65 ET.

El mismo artículo de la LOLS sigue reconociendo el derecho de los delegados

---

<sup>47</sup> **LUJAN ALCARAZ, J.** *Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa.* pág.21

sindicales a asistir a reuniones de los Comités de Empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene, con voz pero sin voto.

Por último, se prevé el derecho que estos Delegados Sindicales tienen de ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos. **GARRIDO PEREZ** señala que la amplitud terminológica material empleada por el legislador permite entender << *que la información que deben recibir los delegados sindicales abarca cualquiera que reciba el Comité fuera incluso de las previsiones legales, por venirle así reconocida por la negociación colectiva e incluso por la práctica habitual en la empresa*>>. <sup>48</sup>

Los Delegados Sindicales que no formen parte de la representación unitaria gozarán de ciertos derechos de índole participativa. Mediante esta afirmación no pretendo decir que los Delegados Sindicales que sí forman parte de la representación unitaria no gozan de esos derechos, ya que las funciones de estos como representantes unitarios absorben las propias de representantes sindicales en lo dispuesto en este precepto, o dicho de una manera más clara aún, si ya son miembros de dicho comité les corresponde ese derecho como parte del mismo teniendo ya conocimiento de la información y documentación que solicitan al pertenecer al órgano de representación unitaria. <sup>49</sup>

En cuando al derecho de consulta se refiere, el artículo 10.3 de la LOLS tan solo les otorga un derecho a ser oídos previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a sus afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos. Claro está pues que “*ser oídos*” no es comparable a un verdadero periodo de consultas.

No obstante, en los artículos 41 y 51 ET se puede ver una cierta prioridad hacia las Secciones Sindicales para formar la comisión representativa, tal como será estudiado más adelante. Por tanto, las Secciones Sindicales pueden en ciertos casos negociar durante un periodo de consultas, entendiendo esta negociación parte la gran familia que es la participación en la empresa. Es decir, si comprendemos la participación en la

---

<sup>48</sup> **GARRIDO PEREZ, E.** *La información en la empresa*. CES, Madrid, 1995, pág.120.

<sup>49</sup> STJS de Islas Canarias, Las Palmas, de 31 de mayo de 2002 ( AS 2003/1168)

empresa como un concepto general, capaz de abarcar diferentes figuras participativas - como por ejemplo el derecho de consulta- también abarcará esta la negociación que los representantes sindicales llevan a cabo. Si bien la participación no es igual a negociación, la negociación sí es una manera más de participar en la empresa, una parte más de la matrioska que es la participación.

Dejando de lado la interminable discusión doctrinal y jurisprudencial, resulta necesario un prevé análisis de los siguientes órganos sindicales:

#### **4.3.4.1. Las secciones sindicales**

El artículo 8.1.a de la LOLS reconoce a los trabajadores afiliados a un sindicato en la empresa o centro de trabajo la facultad de constituir secciones sindicales.

El artículo 8.2 establece que estas secciones sindicales tendrán derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en su legislación específica ( que son los contenidos en el artículo 87.1 ET) pero también un derecho a un tablón de anuncios para facilitar así la difusión de información del sindicato a los trabajadores en el centro de trabajo.

Si el centro de trabajo cuenta con más de 250 trabajadores, la sección sindical gozara por ultimo del derecho a la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar su actividad y reunirse, siendo esto parte del contenido esencial de la libertad sindical.

#### **4.3.4.2. Los delegados sindicales**

Los delegados sindicales pueden ser definidos como los representantes de la sección sindical a todos los efectos según señala el artículo 10.1 de LOLS. El artículo 10.3 LOLS anteriormente mencionado otorga los derechos participativos a los delegados sindicales y no a la sección sindical.

No obstante, no todas las secciones sindicales alcanzan los requisitos para disfrutar de delegado/s sindicales: que la empresa o en su caso el centro de trabajo ocupe más de 250 trabajadores y que se trate de una sección sindical perteneciente a un sindicato que a la vez tenga presencia en el comité de empresa.

Si el sindicato en cuestión no está presente en el comité, podrá designar un portavoz o figura similar pero no un delegado sindical con las garantías y facultades reconocidas por la ley.<sup>50</sup>

#### **4.3.5. Representación específica en materia de prevención**

La ley 31/1995, de 8 de noviembre regula en materia de Prevención de Riesgos Laborales, los órganos y las competencias de control y participación de los representantes de los trabajadores. Nacen así los Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud.

Según el artículo 35 LPRL los *“Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo”*. Estos serán designados por y entre los representantes del personal de acuerdo a una escala.

El Comité de Seguridad y Salud es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones en la empresa en materia de prevención de riesgos. Se forma pues como órgano de perfil asesor.<sup>51</sup>

Será necesaria su presencia en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores. Los Delegados de Prevención por un lado y el empresario y/ o sus representantes por otro en número igual serán las personas responsables de formar este Comité de Seguridad y Salud.

---

<sup>50</sup> TC 84/1989 de 10 de mayo y TS 15 de febrero de 1990

<sup>51</sup> SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *Las competencias y facultades de los Delegados de Prevención*. Tribuna Social, num.77, 1997, págs. 54-55. *Lo importante de este órgano es su capacidad de acción conjunta ya que está pensado para intercambiar datos, diseñar propuestas comunes y debatir.*

## 5. EL DERECHO DE CONSULTA REGULADO EN EL ARTICULO 64 ET

En este momento del estudio resulta oportuno seguir con el derecho de consulta de los representantes de los trabajadores. Antes de comenzar con el análisis de los supuestos específicos situados en el ET, es imprescindible analizar el artículo 64 ET, ya que es este el principal núcleo donde se encuentran las competencias del Comité de Empresa y Delegados de Personal. Pero el artículo 64 no es el único que contempla esas competencias. También artículos 40, 41,44 o 51 son ejemplo de verdaderos derechos participativos<sup>52</sup>. Así lo corrobora el artículo 64.8 ET manifestando que “*lo dispuesto en este presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales o reglamentarias*”.

### 5.1. Derecho de consulta y emisión de informe

La Ley 38/2007 anteriormente mencionada introdujo una definición en el 64.1 ET manifestando que por consulta ha de entenderse “*el intercambio de opiniones y la apertura de un dialogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo*”.

Vista la definición, claro está que el artículo 64 diferencia las consultas en sentido estricto de la emisión de informes en los supuestos recogidos en el artículo 64.5 tercer párrafo.

En cuanto al modo en que estas consultas tienen que ser llevadas a cabo, es el artículo 64.6 sostiene que deberá realizarse en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su

---

<sup>52</sup> <sup>52</sup> GALIANA MORENO, J.M y GARCIA 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 43, pág. 20.

eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4 del artículo a analizar.

El legislador busca la efectividad de las consultas, insistiendo que su fin será que el empresario al menos conozca la opinión del Comité de Empresa antes de adoptar cualquier medida sobre la que sea necesaria la consulta.

La buena fe durante todo el periodo de consulta es requisito indispensable para su efectividad. Si bien alcanzar un acuerdo no es obligatorio, en los casos que sí se alcance, este acuerdo se solidifica resultando vinculante.

Mediante una fórmula muy genérica y abierta, el legislador ofrece a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informados y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o el centro de trabajo. La poca concreción ofrecida por el legislador a lo largo de todo el precepto 5 del artículo 64 nos lleva a pensar en la necesidad de acudir al artículo 64.8 para entender así la generalidad del epígrafe 5. Invito a entender el artículo 64.5 en relación con el artículo 64.8, dejando así camino abierto a las disposiciones específicas previstas en otros artículos del ET o en otras normas legales o reglamentarias. De esta manera, la situación y estructura del empleo, la evolución probable del mismo y la necesidad de consulta cuando se prevean cambios al respecto están muy ligadas con los artículos 39, 40, 41 o 51 el mismo ET, artículos que regulan la movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales o despidos colectivos, todos ellos analizados más adelante.

En cuanto a la evolución probable del empleo cuando se prevean cambios al respecto, el derecho de consulta nacerá tan solo cuando se prevean esos cambios (65.4 ET).

Sigue el artículo 64.5 segundo párrafo otorgando el derecho a la información y a la consulta siempre que la empresa adopte decisiones que puedan provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos en la empresa. Este apartado del ET recuerda una vez más la estrecha relación que mantiene con los artículos 39, 40, 41 y 51 del mismo cuerpo normativo.

El mismo segundo párrafo concluye con el reconocimiento del derecho de información y consulta ante la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. El legislador no especifica que es lo que debe prevenir con las mencionadas medidas, dejando así presente una posible vía de escape sin efectividad alguna en la mayoría de los casos.

Por otro lado, los representantes de los trabajadores tendrán derecho a emitir informe con carácter previo ante ciertas situaciones en plazo de 15 días. La buena fe y la adecuada información que la empresa ha de suministrar a los representantes en cuestión juegan un papel de fundamental importancia, ya que la falta de información en cuanto a la cuantía de esta o el momento podría resultar perjudicial.

A no ser que la empresa respete rigurosamente estos dos requisitos (carácter previo e información necesaria) existe el riesgo de que la decisión empresarial tomada sea anulada por los Tribunales.

La necesidad de emitir informe está presente en numerosos supuestos. Entre ellos destacaría el informe en las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella, y en las reducciones de jornada (64.5.a y b ET) en relación con el 47 y 51 del ET ( y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, sobre procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada), informe ante traslado total o parcial de las instalaciones relacionado con el artículo 40 del ET, informe ante procesos de fusión, absorción o modificación de estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen del empleo es otro de los requeridos o los planes de formación profesional en la empresa.

Por último, el artículo 64.5. f) prevé el derecho a emitir informe ante la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración del puesto de trabajo. En este caso, según se ha manifestado el Tribunal Supremo<sup>53</sup>, la medida tomada tiene que ser idónea, necesaria y proporcional.

## **5.2. Derechos de vigilancia y control**

---

<sup>53</sup> STS 126/2003, de 30 de junio de 2003 ( RTC 2003/126)

El Comité de Empresa ejerce una labor de vigilancia sobre el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante la empresa y los organismos o tribunales competentes. Todo ello sin olvidarnos de las competencias de vigilancia y control que dispone sobre las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 del propio ET (64.7 ET).

De esta manera, el Comité de Empresa velará tanto por el cumplimiento de las normas laboras (incluidas diferentes normas como la LISOS, LOLS O LGSS) como por los pactos y convenios que nacen de la negociación colectiva.

En cuanto a la vigilancia sobre las condiciones de seguridad y salud, **GARRIDO PEREZ** resalta que si bien este derecho de vigilancia y control viene otorgado a los representantes unitarios, será la representación específica en esta materia la que venga a ocuparse de estos asuntos<sup>54</sup>, siempre que esta representación exista.

### **5.3. Deberes de sigilo y secreto**

El deber/derecho de informar a sus representados que ostentan los representantes de los trabajadores encuentra su límite en el artículo 65 del ET.

El deber de sigilo profesional es una supone una garantía para el empresario. Los representantes de los trabajadores tienen el deber de usar conforme a las exigencias de la buena fe los datos que el empresario le suministra. Esto implica que esos datos no pueden ser utilizados “*fuera del estricto ámbito de aquella*” o transmitidos a quienes no sean titulares de la misma, es decir, ni a terceros ajenos a la empresa ni tampoco a los propios trabajadores representados.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> **GARRIDO PEREZ, E.** *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la ley 31/1995*. Relaciones Laborales n.2, 1997.

<sup>55</sup> **GARRIDO PEREZ, E.** *La información en la empresa. Análisis Jurídico de los Poderes de Información de los Representantes de los Trabajadores*. Consejo Económico y Social (CES) Madrid. 1995. págs... 339-344

Tanto el Comité de Empresa en su conjunto como sus miembros serán los sujetos obligados en este caso, al igual que los expertos que les asistan. La doctrina sostiene que el mantenimiento de este precepto (en cuanto no se ha encontrado un valor significativo a la distinción que este precepto hace entre los “miembros” y el comité “en su conjunto”) es poco comprensible. La solución ofrecida no puede ser otra que optar por una definición de sujetos más genérica y abierta, como por ejemplo “*representantes de los trabajadores*”, abriendo así camino integración de los representantes sindicales y delegados de prevención.<sup>56</sup>

Una lectura del artículo 62.2 ET y 11.3.1 LOLS conduce a concluir que dispuesto en el artículo 65 ET será también de aplicación a los Delgados de Personal y a los Representantes Sindicales. Como no podría ser de otra manera, también los representantes encargados de la prevención deberán cumplir con el deber de sigilo (10.4 LPRL).

En legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, el Comité de Empresa recibirá información de carácter reservado.

**MONEREO** opina que el deber de sigilo ha de ser entendido en un sentido laxo, entendiéndose que esta restricción de transmisión de información si permite la transmisión a los representados, pero no a terceros. El mismo autor afirma que el hecho de entender el deber de sigilo como un secreto impuesto a los representantes también ante sus representados quebrantaría todo el sistema participativo de nuestro ordenamiento jurídico emanado de la propia constitución en su artículo 129.2.<sup>57</sup>

El Comité de Empresa podrá impugnar mediante proceso de conflicto colectivo la decisión del empresario de declarar “reservada” cierta información (65.6. ET).

En cuanto al **secreto empresarial**, el artículo 65.4 deja vía libre a que la empresa no transmita informaciones ni siquiera a los representantes de los trabajadores. Eso sí, esta información debe estar relacionada con secretos industriales, financieros o comerciales

---

<sup>56</sup> **GOMEZ ABELLEIRA, F.J.** *Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho Comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial.* Relaciones Laborales, nº 7, Abril 2008, pag.996

<sup>57</sup> **MONEREO PEREZ, J.L.** *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores.* Civitas. Madrid, 1992. pag. 295 y ss

cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo y ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica.

Recordando el análisis del artículo 64, resulta obvio que el legislador declara “*secretas*” ciertas materias objeto de información y consulta. La enredada y confusa redacción ofrecida durante todo el artículo 65.4 ET se intenta solucionar con la siguiente frase: “*esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen del empleo en la empresa*”. El legislador no precisa una vez más el significado buscado con la introducción de esta frase, dejando vía libre a las diferentes interpretaciones que puedan surgir.

Eso sí, el mismo artículo reconoce la posibilidad (aunque sea de una manera muy formal ya que en la práctica resulta casi imposible) de acudir al procedimiento de conflicto colectivo ante la decisión del empresario de no comunicar cierta información por haberla declarado secreta.

¿Cómo puede la representación de los trabajadores acudir al procedimiento de conflicto colectivo para impugnar lo antijurídico de una información si ésta ha sido declarada secreta, y por tanto estos representantes no la conocen?<sup>58</sup>

## **6. DERECHO DE CONSULTA EN LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA DE LA EMPRESA**

El artículo 64 ET anteriormente analizado, establece con carácter general, supuestos en que el empresario está obligado a consultar al Comité de Empresa (o a los Delegados de Personal) sobre ciertas cuestiones que pueden afectar a los trabajadores, a la situación de la empresa y a la evolución de empleo en la misma.

---

<sup>58</sup> **MARÍN MARTÍNEZ, F.** *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores*. Valencia, 2015, pág. 562

Pero no son sino otros artículos del ET y leyes laborales las que regulan este derecho de consulta de manera más original y clara, ofreciendo un auténtico periodo de consulta.

### **6.1. Derecho de emitir informe**

Con carácter previo a la ejecución de la medida de flexibilidad interna deseada, el empresario debe solicitar informe a la representación de los trabajadores. Estos lo elaborarán en plazo máximo de 15 días, con el fin de que el empresario pueda conocer el criterio del comité a la hora de ejecutar la decisión.<sup>59</sup>

Aunque no tenga carácter vinculante para el empresario, parece que los representantes pueden solicitar una respuesta adecuada a su eventual informe (64.6 ET).

### **6.2. Derecho de consulta- negociación. Reglas comunes en la movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y descuelgue convencional**

#### **6.2.1. Titulares del derecho de consultas**

En un principio el ordenamiento jurídico laboral establecía la alternativa del doble canal como interlocutores negociales de forma neutral; se fijaba de forma indiferenciada por parte del legislador la posibilidad de consulta- negociación, tanto con las representaciones unitarias como con los sindicales, sin fijar ninguna regla de preferencia entre las mismas.<sup>60</sup> Siendo estas representaciones excluyentes y no acumulativas, resultaban necesarias ciertas pautas a seguir en caso de concurrencia de sujetos representativos deseosos de ser titulares del derecho de consulta.

---

<sup>59</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014) *.Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 81

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 84

Así, siguiendo la propuesta de **ROMÁN DE LA TORRE**, se planteó que fueran las propias representaciones negociadoras las que resolvieran las que finalmente negociarían o bien, que la elección quedara en manos del empresario, decidiendo este con cuál de las dos presentaciones desea negociar.<sup>61</sup> Todo esto sin mencionar el problema que suponía la identificación de los sujetos negociadores en caso de las microempresas que carecían de órganos representativos.

Con la finalidad de resolver todos los problemas planteados, las reformas 2010-2011 buscaron una respuesta normativa a la situación, solucionando el problema de negociación de la pequeña y mediana empresa (Ley 35/2010, de 17 de septiembre, sobre << *Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*>>). También se consideró la regla de neutralidad entre ambas representaciones existentes para el periodo de consulta (RDL 7/2011, de 10 de junio, sobre << *Medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*>>).

Todo lo anterior sin olvidar la reciente Ley 1/2014, de 28 de febrero. Esta Ley ha intentado aclarar la titularidad del derecho de consulta no solo con vistas al régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo (41 ET), sino también con aplicación tanto al traslado colectivo (40.2 ET), al descuelgue convencional ( 82.3 ET), suspensión de contrato y reducción de jornada ( 47.1 ET) o el despido colectivo ( 51.2 ET).

Aclarado de esta manera el pasado normativo en relación con los sujetos legitimados para formar parte del periodo de consulta, conviene indicar que actualmente, y siempre que sumen la mayoría de los miembros del Comité de Empresa o entre los Delegados de Personal, las Secciones Sindicales podrán interponerse frente a la dirección de la empresa como sujeto negociador en el periodo de consultas, todo esto por la “*revalorización de las secciones sindicales*” buscada por la reforma del 2011. **CRUZ VILLALÓN** sostiene que mediante la reforma se han resuelto los problemas de concurrencia entre el doble canal de representación, dando prioridad (siempre que así lo deseen y cumplan el requisito exigido por ley) a las Secciones Sindicales de acuerdo

---

<sup>61</sup> **ROMÁN DE LA TORRE M.D.** *Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*. Aspectos sustantivos y procesales, Granada, 2000, Pág. 80

con el modelo constitucional que otorga primacía a las organizaciones sindicales (art. 7 y 28 CE) frente a las representaciones de mera creación legal (129.2. CE).<sup>62</sup>

En el caso de las empresas que no cuentan con representación colectiva de los trabajadores, hasta la reforma del 2010 no se había previsto ninguna solución. Finalmente el legislador ofreció una posible salida (muy debatida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia) mediante la puesta a disposición de los trabajadores de una doble alternativa: o bien otorgan su representación a una comisión Ad Hoc de un máximo de 3 miembros integrada por los trabajadores de la propia empresa, o bien a una Comisión integrada por el mismo número de miembros, pero en este caso designada por los sindicatos más 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 (41.4 ET).<sup>63</sup>

Eso sí, a efectos de elegir una u otra comisión, resulta importante destacar que el procedimiento “*se habrá de activar sin necesidad de una ausencia plena de órganos de representación unitaria en la empresa*” (recordando que aunque exista representación sindical en la empresa esta no podrá por sí misma reemplazar dicho vacío por la necesaria presencia mayoritaria que esta requiere dentro de los órganos de representación unitaria de la empresa), ya que lo realmente necesario es la carencia de órganos unitarios en cualquiera de los centros de trabajo que ostenta la empresa, si es el caso.

Así, las empresas con más de un centro de trabajo se deberán optar por la designación de una comisión en los centros de trabajo donde no hay representación unitaria, aunque si se encuentre constituida en otros centros de la misma empresa, al limitarse la acción representativa al concreto ámbito del centro de trabajo y no a la empresa en general.

En 2012 se introdujo una tercera solución ante la falta de representación de los trabajadores. En este caso, los propios asalariados pueden decidir de manera

---

<sup>62</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*. Relaciones Laborales, Especial Monográfico Reforma Laboral 2010, n. 21-22. Pág. 44

<sup>63</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014). *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 86

democrática que sean representados por los representantes legales de otro centro de trabajo de la empresa (art. 26.3 a) RD 1483/2012).

La constitución de cualquiera de las tres Comisiones de representación será de 5 días. Esta composición no paralizará el periodo de consultas, teniendo este una duración máxima de 15 días.

Es posible y muy frecuente que el periodo de consultas finalice sin acuerdo, sobre todo en las empresas que por no contar con representación obrera tenga que establecer una Comisión Ad Hoc. En este caso, una vez finalizado el periodo de consultas el empresario podrá adoptar la decisión deseada unilateralmente (salvo en el caso del artículo 82.3).

Considero pues que ley venía favoreciendo al empresario y no a la parte obrera, siendo esta última la que necesariamente debía estar mejor protegida. Fue el RDL 11/2013, de 2 de agosto, el encargado de equilibrar el asunto introduciendo el mandato de constituir las comisiones negociadoras como una fase previa al periodo de consultas.

### **6.2.2. Duración del periodo de consultas**

La brevedad del periodo de consultas desemboca una vez más en el mismo mar: si en 15 días no se logra un acuerdo entre las partes, el empresario podrá ejecutar la medida deseada sin resistencia alguna.

### **6.2.3. Contenido del periodo de consultas**

La finalidad última perseguida por el periodo de consulta no es otra que << las partes negocien de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo>> (art. 40.2 y 41.4 ET). Se busca que el empresario adopte la medida colectiva con el previo respaldo de un pacto con la representación de los trabajadores.<sup>64</sup>

De todos modos, la regla general de la buena fe resulta en muchos casos simple apariencia. La negociación puede ser meramente formal, dejando simplemente

---

<sup>64</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014). *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 97

transcurrir el periodo de tiempo legalmente necesario, pero sin mostrar ninguna voluntad negociadora o de diálogo.

La Doctrina Judicial ha afirmado que *“no puede admitirse que dicho periodo se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero cambio de pareceres o a una mera propuesta”*<sup>65</sup>. La misma Doctrina Judicial prosigue señalando en numerosas sentencias que *«... del tenor del art. 41.4 ET resulta patente «la trascendencia que el legislador quiere dar al período de consulta previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones [...], configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe»*<sup>66</sup>

Numerosos tribunales de diferente rango se han pronunciado sobre la indudable importancia de la buena fe durante la negociación. Lo que de verdad interesa es la voluntad de diálogo y la existencia de un esfuerzo serio y real de aproximación de las partes, con ánimo de obtener un acuerdo.<sup>67</sup> Es por esto que la empresa tiene el deber de

---

<sup>65</sup> SAN, de 14 de noviembre de 2012 (Rec. 179/2012)

<sup>66</sup> STSJ de Galicia de 16 de Noviembre de 2011 (RJ 2013, 348) entre otras

Afirma también la : sentencia STS SG 17/07/14 -rco 32/14 (RJ 2014, 5743) *“Tampoco cabe olvidar que «... la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC, precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE (RCL 1978, 2836) [...]; de manera que a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho -incluso fundamental, repetimos-, es la buena fe a la que hay que atender para determinar el ámbito de actuación permitido. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional» [...]. De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho -como el del empresario a proceder a la [...] [modificación de condiciones de trabajo] en las situaciones legalmente previstas- ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales»”*

<sup>67</sup> STSJ Madrid 9 de abril de 2013, proc. 18/13 sostiene que : *Aun partiendo de la base de que la proyección del deber de buena fe sobre el curso de las negociaciones por fuerza ha de ofrecer un casuismo que dificulta notablemente las formulaciones generales, la Sala -tanto en procesos de despido colectivo como de MSCT- ha efectuado algunas declaraciones que nos han de servir de orientación en el caso. Singularmente: a) que en «el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse*

notificar a la autoridad laboral no solo la apertura del periodo de consultas, sino también “*las posiciones de las partes tras su conclusión*” (art 40.2 ET).

En cuanto al contenido que este periodo de consulta- negociación debe presentar, en primer lugar la propia ley indica que se tratará la causa o razón motivadora de la apertura de las consultas. El empresario proporcionará la información y documentación necesaria demostrando la existencia de la causa justificadora para la apertura del periodo de consultas, sin olvidar la necesaria existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por tanto, el empresario tiene el deber de probar la relación entre las medidas adoptadas y la causa invocada.

Una vez probada la causa motivadora, se negociará sobre el alcance de la medida propuesta. Esta negociación se centrará en el alcance temporal de la misma, los trabajadores afectados, la compensación a que tienen derecho los trabajadores afectados en su caso, etc.

#### **6.2.4. Terminación de las consultas**

Dos son las principales maneras de concluir un periodo de consultas: con acuerdo o sin acuerdo.

Para la adopción de un acuerdo es regla indispensable << *la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de*

---

*el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, más tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información» ( SSTS 30/06/11 -rco 173/10 (RJ 2011, 6097) ; SG 26/03/14 -rco 158/13 ; y SG 22/12/14 - rco 185/14 ); b) que «configurado de esta manera ese deber habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones» ( STS SG 18/02/14 -rco 74/13 (RJ 2014, 2239) , FJ 6.2 ; y SG 21/05/14 -rco 249/13 (RJ 2014, 4214) ); c) que la carencia de buena fe que está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas por lo que la mal fe ha de excluirse cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones [diez] y hay variación sobre las iniciales de la empresa ( STS SG 21/05/14 -rco 249/13); y d) por el contrario, ha de apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio ( SSTS SG 20/03/13 -rco 81/12 (RJ 2013, 2883)*

*personal, en su caso, o de la representación sindical si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos>>>.*<sup>68</sup>

Salvo en lo relacionado con la movilidad geográfica (art 40 ET), cuando el periodo de consulta finaliza mediante acuerdo se sobreentiende que concurren las causas justificativas de las medidas, pudiendo impugnar este acuerdo tan solo por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (41.4 y 82.3 ET).

De todos modos, los trabajadores disponen del derecho de recurrir tanto de manera individual (138 LRJS) como por vía de conflicto colectivo (153.1 LRJS) para demostrar la inexistencia de la causa.

En los casos de traslado colectivo o modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo (40.2 y 41.4 ET), siempre y cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, el empresario disfruta del beneficio de imponer la decisión unilateralmente.

No será así en el caso del descuelgue convencional, puesto que la finalización del periodo de consultas sin lograr acuerdo obliga recurrir a la Comisión Paritaria del convenio o a los distintos procedimientos previstos para el artículo 82.3 ET. Si la discrepancia sigue sin solucionarse, la cuestión puede someterse a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o al órgano competente en la Comunidad Autónoma correspondiente, para que decida por sí mismo una solución o designe un árbitro. En nuestro caso el órgano competente es ORPRICCE.<sup>69</sup>

Siguiendo con el tema del descuelgue convencional, tan solo me queda señalar los casos de negociación de un descuelgue mediante la Comisión integrada por los propios asalariados. Admitir que un acuerdo negociado entre tres o menos miembros de la empresa pueda suponer un cambio relevante en todo el régimen de condiciones de trabajo asentadas en el convenio colectivo puede resultar muy peligroso.

No comparto por tanto opinión que la mayoría de doctrina en el sentido de que “*en el caso de inaplicación del convenio colectivo estatutario, el acuerdo de empresa que*

---

<sup>68</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014). *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 102

<sup>69</sup> Órgano para la Resolución de los Procedimientos para la Inaplicación de Convenios Colectivos Estatutarios

*modifica el convenio colectivo tiene los mismos efectos vinculantes del convenio inaplicado*".<sup>70</sup> Una comisión integrada por tres o menos trabajadores ordinarios de la empresa, sin conocimiento y falta de experiencia en la negociación no debería considerarse apta para negociar una medida de tal trascendencia, medida que puede resultar catastrófica en algunos casos y contraria a la fuerza vinculante que la constitución atribuye a la negociación colectiva en el artículo 37.1 y al derecho de libertad sindical del artículo 28.1 CE.

El Tribunal Constitucional<sup>71</sup> ha asentado doctrina al respeto, afirmando rotundamente que resulta imposible que los pactos individuales o plurales en masa puedan diluir el contenido de los convenios colectivos, entendiendo esto aplicable a los acuerdos adoptados por las Comisiones directas.

## **7. DERECHO DE CONSULTA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO. DESPIDOS COLECTIVOS, SUSPENSIONES Y REDUCCIONES DE JORNADA**

*“La ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí obliga a negociar”*<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> NAVARRO NIETO, F. *El régimen de inaplicación y modificación de convenio*. Revista Temas Laborales n. 120, 2013. Pág. 260

<sup>71</sup> **Sentencia núm. 238/2005 de 26 septiembre** ( RTC 2005\238) y en concreto la sentencia **STC 225/2001 ( RTC 2001, 225)** en este sentido manifiesta que: *“Esa vocación sustitutoria de la negociación colectiva en materia salarial, extensible también a lo relativo a la jornada, elementos esenciales ambos del pacto colectivo eludido, causa la lesión imputada por los demandantes, una vez verificado que se llevó a cabo con desatención no sólo de lo prescrito en el art. 41 LET, lo que no dejaría de ser una cuestión de legalidad, sino también, alcanzando en esto su relieve constitucional, por obviar el derecho a la negociación colectiva como instrumento adecuado para conseguirla. Las propuestas empresariales, en resumen, afectaban a dos aspectos trascendentes de la relación laboral de un colectivo cuya disciplina estaba contemplada por el convenio colectivo previamente alcanzado. Sustituir el mecanismo de la negociación por el de acuerdos individuales en masa resulta aquí, por consiguiente, contrario al derecho fundamental a la libertad sindical”*

<sup>72</sup> **GOÑI SEIN, J.L.**, *El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012*. Documentación Laboral, 2012, núm. 95-96, Pág. 45

### 7.1. Derecho de emitir informe

El anteriormente analizado artículo 64 ET regula el derecho del Comité de Empresa a emitir informe ante decisiones empresarias como << reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella>> y << las reducciones de jornada>> (64.5 a) y b)).

El derecho de emitir informe es plenamente compatible con el derecho de consulta. El artículo 3.3 del RD 1483/2012 establece que a la hora de iniciar el procedimiento de despido colectivo, el empresario tiene el deber de solicitar por escrito la emisión del informe. Se integra por tanto el derecho de emisión de informe con el derecho de consulta- negociación, evitando así “duplicidades inútiles”.<sup>73</sup>

**ESCUADERO RODRIGUEZ** opina que la posible coincidencia de los sujetos representantes de los trabajadores y la existencia de unos plazos tasados, conducen a que el derecho de emisión de informe se pueda diluir en la negociación objeto del periodo de consulta<sup>74</sup>, llevando esto en la práctica a que los representantes de los trabajadores decidan no emitir informe.

### 7.2. Derecho de consulta-negociación

Mediante el Expediente de Regulación de Empleo pueden adoptarse medidas de distinto colado sobre los contratos de trabajo efectuados, incluida la exención del vínculo contractual. Esto es porque el ERE no es más que la vía formal establecida por

---

<sup>73</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** (2014) *.Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas.* Editorial Comares, pág. 109

<sup>74</sup> **ESCUADERO RODRIGUEZ, R.** *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo.* Madrid (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), pág. 25. Son palabras literales del autor “Sin duda, la posible coincidencia de los sujetos que actúan en representación de los trabajadores en tales supuestos y la existencia de unos plazos para tal periodo que pueden ser más amplios, al menos en los casos de empresas de más de cincuenta trabajadores, que en el del informe — que ha de ser de quince días—, hace que este último se pueda diluir en la negociación objeto del periodo de consultas.”

el propio legislador para articular el despido colectivo, siendo el núcleo jurídico vigente de este el artículo 51 ET.<sup>75</sup>

Todo esto sin olvidar las medidas de reducción de jornada y suspensión de contrato (ERE de carácter no extintivo). A pesar de tener un carácter de flexibilidad interna, estas medidas conviene analizarlas a la par que el despido colectivo, puesto que comparten la gran mayoría de su régimen jurídico en relación con el procedimiento de consulta.

El procedimiento de consultas se regula en el RD 1483/2012 de 29 de octubre y en el RD 1484/2012 (posteriormente modificado por el RDL 11/2013, que a su vez ha sido reconvertido en la Ley 1/2014, de 28 de febrero) de 29 de octubre.

Se inicia mediante una comunicación escrita dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, de la que también se hará llegar copia a la autoridad laboral competente. Esta comunicación escrita deberá completarse con la solicitud de emisión del informe previsto en el art. 64.5 del E.T para los supuestos de reestructuración de plantilla (art. 51 E.T. y arts. 2 y 3 del RD 1483/2012).

Así, el periodo de consultas en esta clase de procedimientos es de notable importancia, de manera que si el empresario desea tomar ciertas decisiones acerca no solo de la suspensión de contratos y reducción de jornada sino también de despidos colectivos (art. 47 y 51 ET), deberán ser objeto de negociación en el periodo de consulta, sobre todo desde la entrada en vigor del RDL 3/2012 de suprimió la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo.

### **7.2.1. Titulares del derecho de consulta**

El capítulo III del RD 1483/2012 contiene las reglas de legitimación para intervenir en representación de los trabajadores en los procedimientos de ERE. La norma hace referencia tan solo a la representación legal de los trabajadores, entendiéndose dentro de la misma también a la representación sindical, siempre que esta representación cuente con la mayoría de las representaciones unitarias del centro de trabajo en cuestión.

---

<sup>75</sup> **FERNÁNDEZ-MOTA MARTOS, M.T.** *Los expedientes de regulación de empleo. En particular los despidos colectivos en la administración local.* Revista CEMCI Numero 18, Enero- Marzo 2013, pág. 2

En cuanto al Comité Intercentros u órgano de naturaleza, la norma permite su inclusión como sujeto negociador siempre y cuando se haya dispuesto esta posibilidad por negociación colectiva.

Cuestión objeto de aclaración deber ser el supuesto en que las secciones sindicales deciden (siempre que cumplan con el requisito de mayoría) negociar el expediente. En este supuesto, su decisión deberá prevalecer frente a la decisión de la empresa sobre la opción reglamentaria que atribuye preferencia al Comité Intercentros. Esta cuestión ha sido debatida en numerosas ocasiones en la jurisprudencia menor<sup>76</sup>, siendo finalmente aclarada mediante la reforma 2013-2014, manteniendo la tesis expuesta.

Por otro lado, en los supuestos de ausencia de representantes de los trabajadores en la empresa, se deberá acudir a la formula prevista en el artículo 41.4. Me remito en este punto a lo analizado anteriormente sobre la constitución de una Comisión negociadora Ad Hoc. Como novedad resaltaría el artículo 26.4 del RD 1483/2012, ya que impone al empresario la obligación de comunicar a los trabajadores la posibilidad de su designación.

¿Qué sucedería si una vez comunica por la empresa la intención de celebrar un periodo de consultas para un despido colectivo, el centro – sin representantes- no la designa en el plazo señalado? En este caso, la doctrina<sup>77</sup> sostiene que el periodo de consulta se tendrá por celebrado, pudiendo esto deducirse de la norma al señalar que *“la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento”* en su artículo 26.4. E

### **7.2.2. Ámbito de negociación: global o por centros**

La gran novedad introducida es la posibilidad de negociar estos procedimientos globalmente, sobre la totalidad de la empresa, o bien negociar por centros de trabajo (art. 27 RD 1483/2012). En los despidos colectivos, la reducción de jornada o

---

<sup>76</sup> SAN, 26 de abril de 2013(Rec. 29/2013) entre otras.

<sup>77</sup> **MONEREO PEREZ** sostiene que en caso de no designarse ninguna Comisión representativa, *“el tramite debe darse por evacuado y el empresario obrar en consecuencia, puesto que la falta de consultas no le es imputable”* (*El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pg. 68).

suspensión de contrato, habrá que especificar si la negociación se realizará a nivel global o por centros de trabajado.

La doctrina judicial<sup>78</sup> ha venido señalando que no es posible la negociación por centros de trabajo, siendo necesario que la empresa lleve a cabo una negociación global.<sup>79</sup> Sostiene **MARTINEZ-GIJÓN MACHUCHA** esta posición al afirmar que resulta más protector que la negociación se haga de manera conjunta para toda la empresa, porque se trata de una reestructuración que, aun afectando a parte de la plantilla, tiene su repercusión en la totalidad de trabajadores de la misma.<sup>80</sup> Sigue el autor afirmando que el artículo 51.2 ET se refiere a un periodo de consulta con los representantes legales de la empresa y no por centros de trabajo, ya que, en su opinión, lógicamente mayor fuerza negociadora tendrán los trabajadores si realizan las consultas con carácter unitario, que si se hace fragmentariamente.

En el caso de optar por una negociación que afecte a la totalidad de la empresa, se constituirá una única comisión negociadora integrada por las distintas representaciones de los centros que representará a la totalidad de los trabajadores de los centros.<sup>81</sup> La comisión podrá decidir el modo de tomar los acuerdos. Si no se logra una decisión en cuanto al modo de tomar los acuerdos, deberá tenerse en cuenta el porcentaje de

---

<sup>78</sup> **SAN núm. 90/2012, 25-7 (AS\2012\1674), FD 4º.** *Se señala que el nuevo procedimiento exige una negociación global, lo que no ocurría con la situación a la que se refería el RD 801/2011, en donde la autorización administrativa podía contener pronunciamientos diversos: “debe tenerse en cuenta que la misma (la disposición reglamentaria 801/2011) se pensó para un procedimiento que culminaba con una decisión de la autoridad administrativa, a la que el citado reglamento habilitó para dictar resoluciones parcialmente estimatorias; es decir, podía autorizar despidos en unos centros de trabajo y no en otros (art. 14.4 y 15.2 RD 801/2011). Así, en el caso que nos ocupa, podría haber autorizado el despido en Álava y Vizcaya, y no en Navarra. Pero esta opción de autorización administrativa parcial no es trasladable a la resolución judicial que culmina el proceso de impugnación de despido colectivo”. Otras Sentencias posteriores que siguen este mismo criterio –si bien todavía en referencia al RD 801/2011– son: SAN núm. 137/2012, 16-11 (JUR\2012\369735), FD 3º y SAN núm. 142/2012, 21-11 (JUR\2012\384238), FD 3º. Vale la pena transcribir parte de lo sostenido en SAN núm. 137/2012: “De acuerdo con esta doctrina, la negociación por centros impuesta por la demandada, dando lugar a acuerdos individualizados tan sólo en algunos de ellos, en ciertos casos alcanzados con representantes unitarios y en otros con comisiones ad hoc, es contraria a lo dispuesto en el art. 51.2 ET, y por elementales razones de coherencia y convicción, la Sala debe mantener su criterio. Además, en este caso se observa con especial claridad hasta qué punto la tramitación de un despido colectivo por centros degrada las garantías para los trabajadores, puesto que convierte a los centros de trabajo en rivales entre sí, parcela y, consecuentemente, merma la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores, y hace de mayor debilidad a algunos afectados frente a otros”.*

<sup>79</sup> **MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.** El nuevo procedimiento de despido colectivo tras el reglamento de desarrollo. Algunas reflexiones. Temas Laborales núm. 118/2013. Págs. 95-112.

<sup>80</sup> *Ibidem* pág. 98

<sup>81</sup> **SAN 28 de septiembre de 2012** (proc. 152/2012)

representación que tenga cada uno de los integrantes. La Audiencia Nacional discrepa con esta regla, al señalar que en todo caso los acuerdos deben requerir que la mayoría de los miembros de la comisión negociadora representen en su conjunto a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.<sup>82</sup>

En el caso de optar por una negociación individualizada por centros de trabajo, se constituirán tantas comisiones negociadoras como centros de trabajo existan. De esa manera, en cada centro de trabajo se adoptará la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión constituida en cada uno de ellos.<sup>83</sup> Resultará así necesaria la adopción del acuerdo por mayoría en todos y cada uno de los centros, ya que solo en este supuesto se considerará que ha habido acuerdo en el periodo de consultas.

### **7.2.3. Duración del periodo de consultas**

En el caso de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración máxima de 15 días. Podrá esa duración ser como máximo de 30 días en empresas que cuenten con 50 o más trabajadores, siendo estos días naturales y no hábiles (51.2 ET). En los casos de reducción de jornada o suspensión de contrato, el plazo queda reducido a la mitad (según el artículo 47.1 ET no tendrá una duración superior a 15 días).

Con la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones, determinando el número de reuniones que se van a celebrar y los intervalos entre las mismas. Siempre que no se haya pactado otra cosa, en empresas de menos de 50 trabajadores se llevarán a cabo al menos dos reuniones con un intervalo entre ellas no superior a seis días ni inferior a tres días naturales. En empresa de más de 50 trabajadores se llevarán a cabo tres reuniones con un intervalo entre ellas no superior a nueve días ni inferior a cuatro. En ambos casos la primera reunión se celebrará en plazo

---

<sup>82</sup> AN, 22 de abril de 2013( Rec. 73/2013)

<sup>83</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014) *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*, Editorial Comares, pág. 118

no inferior a tres días desde la comunicación del inicio del procedimiento, según dispone el art. 7 del RD 1483/2012 en cuanto a los despidos colectivos, o en plazo no inferior a un día si se trata de una suspensión de contrato o reducción de jornada de trabajo (art. 20.3. del RD 1483/2012).

Es muy importante respetar el calendario de reuniones fijado. Si bien es posible lograr un acuerdo en la primera reunión, esto no es del todo recomendable para una futura alegación ante la autoridad judicial. *“Resulta plenamente conveniente que, al menos, se hayan llevado a cabo el número de reuniones que exige el reglamento, al concebirse como el mínimo para entender que efectivamente se ha celebrado un auténtico periodo de consulta”*.<sup>84</sup>

Una vez concluido el plazo fijado para la negociación, el empresario debe comunicar a la autoridad laboral el resultado obtenido. Eso sí, el empresario dispone de un plazo de 15 días a contar desde la fecha de la última reunión del periodo de consultas para comunicar dicho resultado. Tan solo una vez pasado este plazo de 15 días desde la última reunión se producirá la caducidad del procedimiento. Es decir, si ambas partes desean seguir negociando, nada se lo impide siempre que ese período de consulta se mantenga vivo y con reuniones frecuentes, tal como ha mantenido la jurisprudencia al considerar la validez del periodo de consulta cuando los interlocutores deciden continuar negociando más allá del plazo fijado.<sup>85</sup>

#### **7.2.4. Obligaciones de información y documentación. Contenido del periodo de consultas**

El empresario debe comunicar la apertura del periodo de consultas. En esta comunicación deben constar una serie de requisitos esenciales, especificando las causas, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, así como de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el

---

<sup>84</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F. (2014) *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 123

<sup>85</sup> SAN 13 de marzo de 2012 (Proc. 4/13) entre otras.

periodo previsto para la realización de los despidos y los criterios para la designación de los trabajadores afectados (51.2. ET).

Es importante insistir en la gran importancia de dicho escrito y sobre todo en el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos necesarios. Es razón de nulidad del despido colectivo el hecho de que el empresario no haya especificado alguno de estos requisitos de manera efectiva, como tantas veces la doctrina judicial ha venido sosteniendo.<sup>86</sup>

Junto a la anteriormente mencionada comunicación de apertura, el empresario deberá acompañar una memoria explicativa de las causas de la medida en cuestión. En su caso, también resultará necesario un plan de recolocación externa siempre que el despido afecte a más de 50 trabajadores, todo esto con la necesaria información que deba aportar el empresario para justificar la causa alegada. Tanto la información como la documentación serán trasladadas junto al escrito inicial de comunicación tanto a la autoridad laboral como a los representantes de los trabajadores, siendo la falta de uno de estos elementos razón de nulidad del despido colectivo.<sup>87</sup>

Por último, y como ha sido mencionado anteriormente, durante el periodo de consultas rige el general principio de buena fe en la negociación. Si se demuestra que un periodo negociador ha estado vacío de contenido, convocándose así con un único fin de cumplir las formas del trámite, el periodo de consulta se calificará como nulo<sup>88</sup>, ya que lo que realmente se busca es el desarrollo de un verdadero proceso de negociación para que efectivamente el periodo de consultas cumpla su auténtica finalidad.<sup>89</sup>

### 7.2.5. Terminación del periodo de consultas

---

<sup>86</sup> En este sentido, la **STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2012**, señala que *“resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que puedan ser afectados y los criterios de su afectación”*.

<sup>87</sup> **La STS de 20 de marzo de 2013, Rec. 81/2012** sostiene en este sentido que *“la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente”*.

<sup>88</sup> **SAN de 26 marzo 2012**

<sup>89</sup> **MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** (2014) *.Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas*. Editorial Comares, pág. 131

Tres son las posibles alternativas para la terminación del periodo de consultas: 1) recurrir a un proceso de mediación o arbitraje, 2) finalizar con acuerdo, trasladando a la autoridad laboral copia íntegra del mismo, 3) sin acuerdo.

En el caso de finalizar con acuerdo, el empresario comunicará tanto a los representantes de los trabajadores, como a la autoridad laboral, la decisión que va a adoptar sobre el despido colectivo, o en su caso sobre la suspensión de contrato o reducción de jornada, acompañan este acuerdo por el contenido definitivo del escrito inicial de apertura de periodo de consultas.

Una vez cumplidos estos trámites, el empresario deberá notificar la decisión de forma individualizada a cada uno de los trabajadores afectados por la medida en cuestión. En el caso de encontrarnos ante un despido colectivo debe al menos respetar los 30 días requeridos entre la comunicación a la autoridad laboral de la apertura del periodo de consultas a la fecha de efectividad de los despidos.

## **8. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA**

¿Cuáles son los medios legales que disponen los trabajadores para la defensa de sus intereses más en estos asuntos más allá de la empresa?

Para analizar la vía jurisdiccional a seguir, es conveniente analizar las diferentes situaciones que se dan en la realidad, ya que los trabajadores si bien pueden actuar de manera individual, en muchas ocasiones resulta más satisfactorio recurrir a un proceso de conflicto colectivo regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

### **8.1. Orden jurisdiccional social**

El orden jurisdiccional social está compuesto por diferentes órganos, cada uno con sus propias competencias, regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.



## 8.2. Incumplimiento de consultas reguladas en el artículo 64 ET

En el caso que el empresario no cumpla con su deber de consultar al Comité de Empresa en los supuestos regulados en el artículo 64 ET, la sanción posible tan solo sería una sanción administrativa por infracción grave en materia de relaciones laborales tal como establece el artículo 7.7 de la LISOS.

## 8.3. Incumplimiento del deber de consulta en la movilidad geográfica, MSCT, y despidos colectivos

En los supuestos de movilidad geográfica regulados en el artículo 40 del ET, una vez notificado el traslado al trabajador, este tendrá derecho a optar por ese traslado o la extinción de su contrato. En el caso que el trabajador se muestre disconforme con la

<sup>90</sup> <http://www.tiemposmodernos.eu/normativa-laboral-la-jurisdiccion-laboral/>

decisión empresarial, tendrá derecho a impugnarlo individualmente ante la jurisdicción social.<sup>91</sup>

Por otro lado, los mismos acuerdos tomados por el empresario pueden ser objeto de reclamación mediante conflicto colectivo, recordando que el inicio de este conflicto colectivo paralizará las acciones individuales hasta su resolución, todo esto de acuerdo con lo establecido en los artículos 138 y 153 de LRJS.<sup>92</sup>

En cuanto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, la situación es parecida a la anterior. El trabajador que no esté conforme con rescindir su contrato y se muestre disconforme con la decisión empresarial goza del derecho de impugnarlo ante la autoridad social competente para aclarar de esta manera si la decisión es justificada o injustificada. Todo este proceso progresará conforme las reglas del artículo 138 LRJS.

En los casos que el periodo de consulta termine mediante acuerdo, se presume la concurrencia de las causas justificativas. Este supuesto tan solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

En cuanto a las decisiones del empresario que conlleven modificaciones colectivas y el periodo de consultas haya acabado sin acuerdo, se podrá reclamar en conflicto colectivo (art. 153 LRJS), paralizando las acciones individuales interpuestas.

Con carácter general, en los supuestos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la decisión empresarial podrá ser impugnada por el trabajador afectado individualmente ante la jurisdicción social para declarar si la medida ha sido o no justificada. Eso sí, cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior al previsto en los umbrales del artículo 51.1 del ET, se podrá reclamar mediante conflicto colectivo, recordando que el inicio de esto paraliza las acciones individuales iniciadas.<sup>93</sup>

En los supuestos de despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción ya analizadas (51 ET), es el artículo 124 de la LRJS en que

---

<sup>91</sup> Artículo 40.1. ET

<sup>92</sup> Artículo 40.2 ET

<sup>93</sup> Artículo 47.1 ET

nos ofrece la solución. En este caso, *“la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes,”*. Este proceso de carácter urgente comenzará con una demanda que deberá presentar un fundamento: la no concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita, la no realización del periodo de consultas, no haber entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET, no respetar el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del ET, que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.<sup>94</sup>

En caso de que el período de consultas regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los firmantes del mismo (124.4 LRJS). Esta demanda deberá presentarse en un plazo de 20 días (plazo de caducidad) desde la fecha del acuerdo alcanzado o desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión del despido colectivo (124.6 LRJS).

Si el trabajador individualmente afectado lo deseara, tiene el derecho de impugnar el mismo el despido colectivo (124.12 LRJS), siempre y cuando no haya sido impugnado a través de procedimiento anteriormente mencionado, ya que el propio ET recuerda que la interposición por los representantes de los trabajadores de la demanda analizará la tramitación de acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella (51.6 ET).

Este plazo para la impugnación individual da comienzo una vez pasados los 20 días de caducidad para el ejercicio de la acción de los representantes de los trabajadores. Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente tal como establece el artículo 63 de la LRJS. La demanda se interpondrá ante el Juzgado de lo Social, normalmente el correspondiente al domicilio del demandante.

El órgano judicial tendrá el deber de asegurar que de verdad se ha llevado a cabo un verdadero periodo de consultas o no. De esta manera, el artículo 124 LRJS ofrece una de las alternativas más interesantes: ofrece a los trabajadores individualmente o a los

---

<sup>94</sup> Artículo 124.1 LRJS

representantes de estos la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por el empresario sobre despidos colectivos.<sup>95</sup>

Cuando estime que los acuerdos adoptados en el periodo de consultas han sido alcanzados mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, la autoridad laboral puede impugnar estos acuerdos para que sean declarados nulos.

En el caso que sean los representantes de los trabajadores los sujetos que impugnan el despido colectivo (tanto unitario como sindical) el órgano jurisdiccional competente será la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia siempre que el ámbito territorial no sea superior al de una Comunidad Autónoma. En el caso de que efectivamente se supere dicho ámbito, pasará a ser Competente la Sala de los Social de la Audiencia Nacional.

## 9. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La participación de los trabajadores se refleja en la empresa como consecuencia del proceso democratizador de las relaciones laborales. Consciente del ansia de derechos sociales en la Europa del siglo XIX, el Estado comenzó a dar los primeros pasos hacia el reconocimiento de unos derechos obreros, sobre todo a raíz del éxito de la revolución bolchevique en Rusia. Tras un periodo muy poco fructífero en cuanto a derechos participativos se refiere, finalmente nace la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto De los Trabajadores, recibida con gran esperanza por la clase obrera del momento.

**SEGUNDA.-** Con el Estatuto de los Trabajadores de 1980, la participación fue recogida como concepto genérico y omnicomprendivo, dentro de cual se encontraban la información y la consulta. El concepto de implicación ofrecido desde Europa resulta

---

<sup>95</sup> Ejemplo de ellos es la **Sentencia de 20 marzo 2013. RJ 2013\2883** “ Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, ya se ha visto que en el caso examinado en absoluto se llevó a cabo, lo que supone una clara vulneración de lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , que de conformidad con lo previsto en el 124.9 LRJS (redacción anterior) ha de conducir, tal y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, a la nulidad de la decisión empresarial, teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible”.

más práctico ya que no significa el todo y la parte al mismo tiempo, sino que ofrece un significado propio como fórmula singular.

**TERCERA.-** Los derechos participativos han sido punto de referencia también en el ámbito internacional. Si bien la OIT desarrolló numerosas normas referidas a estos derechos, fueron las diferentes Cartas ofrecidas por Europa las verdaderas pioneras en su reconocimiento. Así, la carta Social Europea del año 1961, Revisada en 1996, fruto del Consejo de Europa, contenía unos derechos sociales considerables entre los que se encontraban la información, la consulta y la participación. De todos modos, estos reconocimientos de los derechos sociales tan solo pueden ser considerados como los primeros pasos hacia su efectiva regulación. Años más tarde, la Carta de Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989, si bien reconocía de manera más amplia los derechos participativos, no tuvo la suerte de ser vinculante. Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, teniendo el mismo valor jurídico que los Tratados, poco ofrece en realidad en cuanto a los derechos de información y consulta se refiere. El hecho de tratarlos como principio y no como derechos, la falta de definiciones claras y a carencia de contenido conduce a que la Carta no ofrezca esa regulación para la que fue creada. Con la llegada de la Directiva marco 2002/14/CE, los derechos de información y consulta se regulan de forma generalizada. El ámbito de aplicación de la norma se determina por umbrales numéricos, reservándose a los Estados Miembros la elección de los umbrales propuestos y el modo de calcular el número de trabajadores empleados. Esta existencia de umbrales deja fuera a las pequeñas y medianas empresas una vez más, marginando a millones de trabajadores. Por último, sus disposiciones en muchos casos no tienen ningún efecto práctico en las legislaciones nacionales, como la española, por tener regulación específica sobre los derechos participativos con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva.

**CUARTA.-** La participación obrera encuentra su fundamento en el artículo 129.2 de la Constitución Española, fuera de los derechos fundamentales y las garantías ofrecidas a estos. La estrecha relación existente entre la representación unitaria y la sindical, protegida esta última constitucionalmente, demuestra la clara sindicalización sufrida por los primeros. A pesar de ello, el TC no reconoce la protección por amparo constitucional a la representación unitaria de los trabajadores, siendo tan solo el sindicato sujeto protegido por la libertad sindical. La doble vía de representación obrera

existente en España y el reconocimiento de muchos derechos y deberes propios de la representación unitaria, demuestra claramente la estrecha relación existente. ¿Si la representación unitaria no es titular de la libertad sindical, porque el legislador les otorga casi los mismos derechos que ostentan los representantes unitarios? Todo desemboca una vez más en el mismo engaño. La falta de conciencia colectiva por parte de los trabajadores hoy en día y el ansia de poder pueden llevar a los mismos sindicatos a convertirse en puros empresarios.

**QUINTA.-** Los derechos participativos de los representantes de los trabajadores se encuentran dispersos en numerosas normas (ET, LOLS, LPRL, LGSS, etc.) pero el núcleo de los mismos lo encontramos en el artículo 64 ET. A su vez, este emana de otros dos preceptos que no son otros que el 4.g y 61 ET. Parece que los derechos del artículo 64 son otorgados directamente a la representación unitaria, concretamente al Comité de Empresa. Por su parte, la representación sindical goza del derecho de acceder a la misma información que los representantes unitarios, así como a ser oídos por la empresa previa adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a sus afiliados en particular. La carencia de representantes de los trabajadores en la empresa esfuma también los derechos reconocidos en el artículo 64. Se puede concluir por tanto que no son los propios trabajadores los sujetos de este derecho, sino los representantes de los mismos. Teniendo en cuenta que la mayoría de las empresas carecen de representación alguna, también carecen de derechos participativos. ¿Acaso un trabajador de una empresa pequeña, una mediana o una grande merece diferente trato en cuanto a sus derechos participativos se refiere?

**SEXTA.-** El artículo 64 no es más que el precepto base de los derechos participativos. Este nos remite a numerosos casos específicos desarrollando así un verdadero procedimiento de información y consulta (son ejemplo de ellos los artículo 41 o 51 ET). Existen por tanto derechos de información y consulta sobre asuntos del día a día de la empresa pero también casos más específicos donde realmente se necesita un riguroso proceso de consulta (acompañado siempre de la información), siempre y cuando se desee tomar una medida que pueda afectar de alguna manera u otra al empleo. Los representantes de los trabajadores a su vez se ocuparán de la vigilancia y el control de las leyes laborales y de Seguridad Social pero también de asuntos referidos a la seguridad y la salud de los trabajadores. Eso sí, la actuación de estos representantes se

ve en ocasiones fuertemente limitada por lo dispuesto en cuanto al sigilo y secreto. El artículo 65 ET limita tanto el derecho a informar a sus representados, al igual que el derecho de información de la empresa hacia los propios representantes. Supone esta una clara desigualdad, puesto que el legislador una vez más ofrece al empresario la postura favorecida. Este tiene la potestad de calificar de secreta una información, dejando así a los representantes prácticamente indefensos.

**SEPTIMA.-** El derecho de consulta en las medidas de flexibilidad interna de las empresas comprende tanto el derecho de emitir informe por parte de los representantes de los trabajadores, como la consulta-negociación. Los titulares de este derecho de consulta pueden ser tanto los representantes unitarios como los sindicales. Actualmente, siempre que sumen la mayoría de los miembros del Comité de Empresa o de los Delegados de Personal, las Secciones Sindicales podrán interponerse frente a la dirección de la empresa como sujeto negociador en el periodo de consultas. Se otorga por tanto la primacía de las organizaciones sindicales (7 y 28 CE) frente a las representaciones de creación legal (129.2 CE). La buena fe de las partes durante toda la negociación es fundamental para la efectividad del acuerdo conseguido. La brevedad del plazo otorgado por el legislador para el desarrollo de las consultas conduce a que en muchos casos se finalice sin acuerdo. En este caso, vez más el empresario resulta ser la parte beneficiada, pudiendo adoptar la decisión deseada unilateralmente.

**OCTAVA.-** La realidad demuestra que en muchas empresas no hay representación de los trabajadores. Este vacío tiene una sencilla solución: o bien se opta por la constitución de una Comisión Ad Hoc de representación integrada por 3 asalariados de la empresa o por la constitución de una Comisión integrada por el mismo número de miembros designados por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable en la misma. Si bien la Comisión integrada por los asalariados puede resultar funcional para algunos supuestos, no es este el caso del descuelgue convencional (82.3 ET). En los supuestos que la Comisión Ad Hoc tenga que negociar un descuelgue convencional el sistema constitucional de negociación colectiva queda seriamente dañado. Un acuerdo negociado entre tres o menos

miembros puede suponer cambios relevantes en todo el régimen de condiciones de trabajo asentadas en el convenio colectivo de manera firme. Comparto plenamente la opinión del Tribunal Constitucional, en cuanto los pactos individuales o plurales no puedan implicar el contenido de los convenios colectivos.

**NOVENA.-** En los procedimientos de ERE, englobando este concepto los despidos colectivos y las suspensiones y reducciones de jornada, la regulación del periodo de consultas se asemeja en cuanto a las medidas de flexibilidad interna. El deber de buena fe durante la consulta resulta fundamental en este caso. Demostrando que un procedimiento ha estado vacío de contenido, podría calificarse como nulo. Lo que realmente se busca es el desarrollo de un verdadero procedimiento de negociación. Siempre que las consultas se mantengan vivas y se lleven a cabo reuniones para negociar, los interlocutores puede seguir negociando más allá del plazo fijado. Esto se debe a que el empresario dispone de un plazo de 15 días a contar desde la fecha de la última reunión del periodo de consultas para comunicar el resultado de la misma a la Autoridad Laboral.

**DÉCIMA.-** El legislador ofrece alternativas tanto a los trabajadores como sus representantes para reclamar el incumplimiento del procedimiento de consultas, pero también otros supuestos relacionados. Así, el incumplimiento del deber de información y consulta ordinarias reguladas en el artículo 64 en la práctica no suponen más que una sanción administrativa por infracción grave en materia de relaciones laborales ( 7.7 LISOS). En los casos específicos de la movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y el despido colectivo, el trabajador puede tanto de manera individual como colectiva impugnar ante la jurisdicción social competente el incumplimiento del periodo de consultas, las decisiones adoptadas siempre y cuando el legislador le ofrezca esa posibilidad o cualquier otro supuesto regularizado. En el caso de ser los representantes de los trabajadores los que impugnen una medida concreta, el órgano jurisdiccional competente será la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia siempre que el ámbito territorial no sea superiora una Comunidad Autónoma. En los casos que se supere dicho ámbito, parará a ser competente la Sala de los Social de la Audiencia Nacional.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

**ALONSO OLEA, M.** *Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa.* Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

**BAYOS GRAU, A.** *Control Obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles.* En AAVV. Autoridad y Democracia en la empresa. Trotta. Madrid, 1992.

**CARRILLO SALCEDO, A.** *Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.* Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, enero/junio 2001.

**CASAS BAAMONDE, M.E.** *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación.* Akal, Madrid, 1984.

**CASTRO R.M.** *La participación obrera en la empresa.* en J.F. Tezanos, *La democratización del trabajo*, Madrid, 1987.

**CRUZ VILLALON, J.** *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010.* Relaciones Laborales, Especial Monográfico Reforma Laboral 2010. Núm. 21-22. Madrid, 2010.

**DE LA VILLA DE LA SERNA, P.** (2001). *Las tres “Cartas” europeas sobre derechos sociales.* Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Vol. 32, 2001.

**ESCUADERO RODRIGUEZ, R.** *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo.* Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid, 2012.

**FERNÁNDEZ-MOTA MARTOS, M.T.** *Los expedientes de regulación de empleo. En particular los despidos colectivos en la administración local*”. Revista CEMCI Numero 18, Enero- Marzo, 2013.

**GALIANA MORENO, J.M. y GARCIA 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, num.43, 2003.

**GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L.** *La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.* Actualidad Laboral, nº 4, enero 2003. Pág. 60.

**GARRIDO PEREZ, E.,** *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la ley 31/1995.* Relaciones Laborales n.2, 1997.

**GARRIDO PEREZ, E.** *La información en la empresa. Análisis Jurídico de los Poderes de Información de los Representantes de los Trabajadores.* Consejo Económico y Social (CES) Madrid, 1995.

**GOMEZ ABELLEIRA, F.J.** *Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho Comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial.*

Relaciones Laborales, nº 7, Abril 2008.

**GOÑI SEIN, J.L.** *El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012*”. Documentación Laboral, núm. 95-96, 2012.

**LUJÁN ALCARAZ, J.** *Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa.* Aranzadi Social. Vol. 1, nº 12, 2008.

**MARÍN MARTÍNEZ, F.** *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores.* Valencia, 2015.

**MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ- SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCIA MURCIA, J.** *Derecho del Trabajo.* Ed. 24, 2015.

**MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.** *El nuevo procedimiento de despido colectivo tras el reglamento de desarrollo. Algunas reflexiones.* Temas Laborales núm. 118/2013.

**MERCADER UGUINA, J.** *Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo.* RMTAS 2005, núm. 57. 2005.

**MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL- RÉ, F.** *Derecho de información, consulta y reestructuración de empresas.* Editorial Comares, Granada, 2014.

**MORENO FERNANDEZ- SANTA CRUS, M.** *Sinopsis del artículo 129.* Actualizada por Vicente Moret, Letrado de las Cortes Generales. Junio, 2011.

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

**MONEREO PEREZ.** *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas.* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

**NAVARRO NIETO, F.** *El régimen de inaplicación y modificación de convenio.* Revista Temas Laborales n. 120, 2013.

**ORTIZ LALLANA, C.** *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario en Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y*

*nuevas formas institucionales*. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca, 2006.

**PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.** *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Revista Española de Derecho del Trabajo num.133/2007. Editorial Civitas. Pamplona, 2007.

**PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.** *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Ponencia inaugural. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca.

**PRECIADO DOMENECH, C.H.** *Dret d'informació i consulta dels representants dels treballadors/es*. Confederació General del Treball de Catalunya. Barcelona. 2012.

**RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.** *La participación de los trabajadores en la empresa*. RPS 121. 1979.

**ROMÁN DE LA TORRE M.D.** *Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*. Aspectos sustantivos y procesales, Granada, 2000.

**SALA FRANCO, T., COLINA ROBLEDO, M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.** *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

**SALCEDO BELTRÁN, M.C.** *Las competencias y facultades de los Delegados de Prevención*. Tribuna Social, num.77, 1997.

**SAMPER JUAN, J.** *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca.

**TEZANOS J.F.** *La democratización del trabajo en los umbrales de la sociedad postindustrial*. en J. F. Tezanos, *La democratización del trabajo*, Madrid, 1987

## **11. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL**

### **TRIBUNALES INTERNACIONALES**

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Sentencia de 18 de Enero de 2007 (Asunto C- 385/05)

## **TRIBUNAL SUPREMO**

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 15 de Febrero de 1990. (RJ 1990\1906)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 30 de Junio de 2003. (RTC 2003/126)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de Septiembre de 2005. ( RTC 2005\238)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 16 de Noviembre de 2012. (RJ 2013/348)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 20 de Marzo de 2013 .(RJ 2013\2883)
- España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de Marzo de 2014. (RJ 2014/2778)
- España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de Julio de 2014. (RJ 2014/5743)
- España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia de 18 de Julio de 2014. (RJ 2014/ 5293)

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- España. Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de Mayo de 1989. (RTC 1989\84)
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia de 26 de Noviembre de 2001. (RTC 2001/225)
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia de 26 de Septiembre de 2005. (RTC 2005\238 )

#### **AUDIENCIA NACIONAL**

- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 13 de Marzo de 2012. (Proc. 4/13)
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de Marzo de 2012 ( Rec. 40/2012)
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 25 de Julio de 2012. ( Rec. 109/2012)
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 28 de Septiembre de 2012. ( Rec. 152/2012)
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 14 de Noviembre de 2012. ( Rec. 179/2012)

- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 22 de Abril de 2013. (Rec. 73/2013)
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de Abril de 2013. (Rec. 29/2013)

### **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- España. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de Abril de 2002. (AS 2002\1547)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social). Sentencia de 31 de Mayo de 2002. ( AS 2003/1168)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de Enero de 2005. ( AS 2005/171)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia de 27 de Enero de 2009. ( AS 2009/521)
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia de 23 de Mayo de 2012. (AS 2012\1049)
- España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia de 31 de Marzo de 2015. ( AS 1070/2015)

### **TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO**

- España. Tribunal Central del Trabajo. Sentencia de 9 de abril 1981. (RTCT 1981/2913).