

# LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA Y LOS DESPIDOS COLECTIVOS, EN UN MUNDO GLOBALIZADO

(Comentario a las SSTJCE de 18 de enero y  
15 de febrero de 2007, asuntos C-270/05 y 385/05) \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad  
Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## Extracto:

Los derechos de información y consulta de los trabajadores constituyen sin duda uno de los elementos definidores de los sistemas de economía social de mercado. Aquellos derechos se establecieron tras un largo enfrentamiento entre «capital» y «trabajo», en una época dominada por el «economicismo». Fue tan intensa aquella etapa histórica (no siempre ejemplar) que sus ideologías más destacadas (capitalismo y socialismo) siguen dominando el panorama social y político actual (derechas *versus* izquierdas), en una dicotomía simplista y empobrecedora. Los derechos de información y consulta de los trabajadores, resultado de una transacción entre ambas ideologías, parecen encallados en ese mismo marasmo ideológico. Urge salir de semejante estado de postración, que nos ha llevado al límite del colapso y desastre ecológico, de consecuencias impredecibles. Para ello ha de redefinirse el sistema político (la «democracia» ha de añadir a su carácter «participativo» el de ser «deliberativa») y, sin mácula para el principio de libertad de empresa, el elemento central del sistema de «economía social de mercado altamente competitiva» evolucionar en el mismo sentido («democracia en la empresa»), para lo cual la vigencia de los derechos de información y consulta de los trabajadores aparecen como condición necesaria de su «implicación» en aquellas entidades económicas, conforme a los nuevos tiempos, los avances científicos y tecnológicos, los actuales modos de pensar y las nuevas ideologías todavía incipientes.

**Palabras clave:** despidos colectivos, derechos de información y consulta y globalización.

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 295, octubre 2007 o en *Normacef Social*.

# Sumario

- I. Introducción
- II. Referencia a los derechos de información y consulta de los trabajadores. Aspectos generales.
- III. Los derechos de información y consulta de los trabajadores en el derecho comunitario.
- IV. Los derechos de información y consulta de los trabajadores en nuestro derecho nacional o interno.
- V. Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los supuestos en que se declare al empresario en concurso de acreedores. La extinción colectiva en tales procesos de los contratos de trabajo.
- VI. Los derechos informativos de los trabajadores en las fusiones y en otros supuestos de reestructuraciones empresariales.
- VII. Los derechos informativos de los trabajadores en las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAs) y en otros supuestos de reestructuraciones empresariales.
- VIII. La necesidad de respetar estrictamente los derechos de información y consulta de los trabajadores en los despidos colectivos.
- IX. El deber de negociar en los «despidos colectivos». Limitaciones fácticas de los derechos de información y consulta de los trabajadores.
- X. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Los despidos colectivos constituyen uno de esos dramas de la realidad social contemporánea que a fuerza de repetirse dejan de ser «acontecimientos malignos» para pasar a formar parte de la realidad cotidiana. Aparecen íntimamente vinculados a la globalización económica, la cual podrá considerarse buena o mala, con efectos positivos o negativos, pero que no se pueden negar al constituir una evidencia.

La globalización, al ser un fenómeno eminentemente económico <sup>1</sup>, tiene necesariamente consecuencias sobre el empleo. Efectivamente, «en un mundo globalizado como el que ya estamos viviendo, las barreras comerciales que todavía subsisten irán desapareciendo. Siete grandes áreas económicas quedarán en el futuro: Estados Unidos de América, Unión Europea (UE), China, Japón, India, Rusia y América del Sur. La competencia será muy fuerte y, como ya está sucediendo, las áreas menos desarrolladas, que tienen salarios muy bajos, con gran abundancia de mano de obra y apenas protección social, inundan los mercados internacionales con productos de escaso valor

<sup>1</sup> Como precisa DE MIGUEL, A. [2006]: *Escritos contra corriente*, ESPASA, Madrid, págs. 176 y ss., «el asunto de la globalización es eminentemente económico pero se puede entender también a partir de la mirada escéptica del sociólogo (...). Las ideas sobre la globalización -y no digamos las que se oponen a ella- suelen ser un monumento a la irracionalidad»; «La actividad financiera puede decirse que es la primera actividad económica que ha alcanzado un estatus global», afirma PRIETO PÉREZ, E. [2002]: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid, pág. 7, añadiendo, en pág. 13, «la globalización financiera es un proceso irreversible que exige contemplar el futuro con otro talante y cuyo desarrollo plantea un importante desafío y prácticamente la creación de un nuevo sistema financiero internacional». Según LÓPEZ CACHERO, M. en contestación al discurso del Académico electo Doctor PRIETO PÉREZ, E. [2002]: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid, págs. 58-59, «una mirada serena y hasta donde resulte posible aséptica, a la Historia, especialmente desde la Edad moderna, nos permite advertir que el paradigma de lo «global» ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, en distintas acepciones». La denominada «Alianza de Civilizaciones», promovida en 2004, por el presidente del Gobierno español J. L. Rodríguez Zapatero, no obstante haber sido objeto de una importante y solvente crítica (*Vid.* BUENO, G., *Zapatero y el pensamiento Alicia, un presidente en el país de las maravillas*, TEMAS DE HOY, especialmente págs. 21-38, también DE MIGUEL, A., *op. cit.*, págs. 159-192) fue asumida por el secretario General de la ONU, Kofi Anan, tras ser apoyada por R. Tayyip Erdogan, primer ministro de Turquía, habiéndose designado, por el nuevo secretario general de la ONU, Ban Ki-Moon, a J. Sampaio, «Alto representante para el Diálogo de las Civilizaciones de las Naciones Unidas».

añadido, pero a unos precios que desplazan a los que venían produciendo los países desarrollados. Tal hecho nos dice que en el futuro los países desarrollados tendrán que especializarse en productos de alta tecnología con fuerte valor añadido o tendrán que reducir sus costes salariales y de protección social»<sup>2</sup>, es decir, entre otras cosas, proceder a despidos colectivos, incluso masivos, con las consiguientes secuelas de miseria y desesperación a nivel individual de los trabajadores afectados, y de violentos movimientos sociales de intensidad y violencia desconocidas a nivel colectivo.

Los efectos de la globalización sobre el empleo y, más en general, sobre el «factor trabajo» son tan evidentes y contundentes que la UE ha aprobado el Reglamento (CE) n.º 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea un fondo Europeo de adaptación a la Globalización (FEAG), «con el fin de permitir a la Comunidad prestar ayuda a los trabajadores despedidos como consecuencia de grandes cambios estructurales en los patrones del comercio mundial provocados por la globalización, cuando dichos despidos tengan una incidencia negativa importante en la economía regional o local» (art. 1.º)<sup>3</sup>.

Aquel fondo comunitario (FEAG) concederá ayudas financieras cuando, como consecuencia de aquellos cambios estructurales en los modelos de desarrollo del comercio mundial «se produzca una grave perturbación económica»<sup>4</sup>, en particular un incremento importante de las importaciones en la UE, una disminución acelerada de la cuota de mercado de la UE en un determinado sector, o deslocalizaciones hacia terceros países con efectos sobre el empleo. Esto es:

<sup>2</sup> BAREA, J. [2007]: «La sanidad en un entorno competitivo», *La Razón*, Miércoles, 25 de abril, pág. 32.

<sup>3</sup> Como se indica en aquella norma comunitaria, «aun reconociendo los efectos positivos que la globalización tiene sobre el crecimiento, el empleo y la prosperidad, así como la necesidad de seguir potenciando la competitividad europea mediante las reformas estructurales, la globalización también podría conllevar desventajas para los trabajadores más vulnerables y menos cualificados de determinados sectores. Es oportuno, por consiguiente, crear un Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), accesible a todos los Estados miembros y que permita a la Comunidad canalizar su solidaridad hacia los trabajadores despedidos como consecuencia de los cambios en los patrones del comercio mundial». Por ello, el propósito de aquella norma comunitaria es el de «conceder ayudas únicas y específicas destinadas a facilitar la reinserción laboral de los trabajadores en regiones, sectores, territorios o cuencas de empleo damnificados por perturbaciones económicas graves», sin perjuicio de su contribución a la promoción de la «actividad empresarial», y se lleva a efecto en función de criterios de intervención rigurosos, relativos a la magnitud de la perturbación económica y a su incidencia en un sector o una región geográfica dados, a fin de asegurar que la contribución financiera del indicado fondo (FEAG) se concentre en los trabajadores de las regiones y de los sectores económicos más duramente afectados de la Comunidad. Tal perturbación no ha de concentrarse necesariamente en un mismo Estado miembro. En esas circunstancias excepcionales, los Estados miembros podrán presentar conjuntamente solicitudes de ayuda con cargo al FEAG.

<sup>4</sup> A su amparo únicamente podrán concederse contribuciones financieras para aquellas medidas activas del mercado laboral que se integren en el marco de un conjunto coordinado de servicios personalizados destinados a la reinserción laboral de los trabajadores que hayan perdido sus puestos de trabajo pero en ningún caso «financiará las medidas pasivas de protección social». En particular, indica la norma comunitaria que se dedican a apoyar las siguientes medidas: «a) asistencia en la búsqueda de un empleo, orientación profesional, formación y reciclaje profesional a medida, incluidas las competencias en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), certificación de la experiencia adquirida, ayuda a la recolocación y la promoción del espíritu empresarial o asistencia con vistas al establecimiento por cuenta propia; b) medidas especiales de duración limitada, asignaciones de búsqueda de empleo, asignaciones de movilidad o asignaciones destinadas a las personas que participan en el aprendizaje permanente y en actividades de formación; c) medidas para incentivar en particular a los trabajadores con discapacidad o de más edad para que permanezcan o se reintegren en el mercado laboral».

«Siempre que tengan como consecuencia el despido de trabajadores en determinadas magnitudes cuantitativas <sup>5</sup>.»

Por otra parte en aquel contexto económico globalizador las fusiones y adquisiciones de empresas ocupan un lugar destacado, como modelo de crecimiento empresarial. En el «capitalismo financiero global», quienes gestionan las sociedades-empresas, «aplican principios de gestión cuyo único objetivo es maximizar los beneficios. Estos principios pueden aplicarse de manera intercambiable a todos los campos de actividad y tienen como consecuencia que los gestores empresariales compran y venden negocios del mismo modo que los gestores de carteras compran y venden valores» <sup>6</sup>, resultando directamente afectados los intereses y derechos económicos, sustanciales y particulares, no solo de quienes son socios, accionistas o inversores, sino también de quienes como trabajadores actúan en aquellas empresas. Son sus consecuencias usuales, pero no inevitables ni necesarias, proceder a despidos colectivos, o «masivos», so capa de excesos de plantillas derivados de determinadas «sinergias» económicas.

Además, en este mundo globalizado no es infrecuente que se produzcan malos resultados corporativos (debido a la incompetencia o impericia de los gestores, o a evoluciones incontrolables por las empresas de los mercados mundiales), en cuyo caso, aun cuando puedan ser coyunturales, las exigencias de unos mercados financieros mundializados, con entidades de crédito que demandan beneficios ingentes, mercado de valores con grandes inversores e inversores institucionales que exigen rentabilidades desorbitadas, así como la propia voracidad de los gestores corporativos (burocracias corporativas) en busca de su desmedido enriquecimiento, determinan que se acabe recurriendo al «remedio universal: las reducciones de plantillas, al despido de aquellos que menos responsabilidad tienen en los resultados. Cuanto mayor sea el número de trabajadores de los que se desprenda, mejores serán las perspectivas financieras de la empresa. Se trata de una acción cruel pero decidida» <sup>7</sup>.

La globalización, pues, procura importantes riesgos para la vigencia del principio de estabilidad en el empleo, que solo se garantiza «cuando existe una fuerte y eficaz protección frente al despido» <sup>8</sup>. El despido colectivo significa, el fracaso de aquel principio, que se magnifica cuando tales despidos se tornan «masivos». En ese contexto los derechos de información y consulta, que la nor-

<sup>5</sup> Según su artículo 2.º, el despido, durante un período de cuatro meses, de al menos mil trabajadores de una empresa en un Estado miembro, incluidos los asalariados despedidos por los proveedores o los transformadores de productos de dicha empresa, o el despido, durante un período de nueve meses, de al menos mil trabajadores, en particular de pequeñas o medianas empresas, en un sector determinado en una región o dos regiones contiguas. En los pequeños mercados laborales o en circunstancias excepcionales debidamente justificadas por el Estado o los Estados miembros afectados, la solicitud de contribución con cargo al FEAG podrá considerarse admisible incluso si no se reúnen totalmente las condiciones mencionadas, cuando los despidos tengan un grave impacto en el empleo y la economía local.

<sup>6</sup> SOROS G. [1999]: *La crisis del capitalismo global*, DEBATE, Madrid, págs. 145-146. Resultando incuestionablemente cierto en estos momentos como un modo singularmente eficaz del crecimiento de las empresas y del incremento de su valor bursátil.

<sup>7</sup> GALBRAITH, J.K. [2004]: *La economía del Fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, CRÍTICA, Barcelona, pág. 69.

<sup>8</sup> LÓPEZ CUMBRE, L. [2003]: «El principio de estabilidad en el empleo», Capítulo 11 de la obra colectiva *Los principios del Derecho del Trabajo* (DE LA VILLA, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L. Dir.), CEF, Madrid, pág. 287.

mativa comunitaria y, consecuentemente, los ordenamientos nacionales de los Estados miembros atribuyen a los trabajadores, adquieren una singular importancia «preventiva» y, en su caso, «paliativa», de semejantes efectos «perversos» sobre el empleo de la globalización económica. Todo ello sin olvidar la influencia positiva que para el mejoramiento de la estabilidad en el empleo y de los salarios pueden generar los flujos informativos entre empresarios-trabajadores-Administraciones públicas.

## II. REFERENCIA A LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES. ASPECTOS GENERALES

Los derechos de información y consulta de los trabajadores se vienen concibiendo como derechos de participación que se ejercitan mediante unos determinados representantes y órganos (en ocasiones prefijados legalmente, como sucede en nuestro sistema en el que lo son los delegados de personal, los comités de empresa, los delegados y las secciones sindicales). Cuando se producen determinados acontecimientos económicos con incidencia en las relaciones laborales como «sucesiones de empresas», modificaciones sustanciales o suspensiones de los contratos de trabajo de carácter colectivo, aquellos derechos informativos adquieren una gran importancia, que se potencia extraordinariamente cuando de despidos colectivos se trata, al extremo de que en este último supuesto no puede desarrollarse, con eficacia jurídica, en ninguno de los Estados miembros de la UE, (según reiterada jurisprudencia comunitaria), la extinción colectiva de los contratos de trabajo sin el concurso de los derechos de información y consulta de los trabajadores, dado el volumen de empleo afectado, la falta de consentimiento de los trabajadores para la extinción de sus contratos y el grave perjuicio causado a estos <sup>9</sup>.

Más allá de las perspectivas jurídico-positivas ordinarias cabe destacar que los derechos informativos de los trabajadores suelen tener amparo constitucional. Así el artículo 129.2 de nuestra Constitución comienza indicando que «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa». Igualmente aquellos derechos de participación en la empresa aparecen recogidos en Cartas, Declaraciones y otros instrumentos internacionales, siendo singularmente relevante, al respecto, el contenido de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989, al prever, en su punto 17, la información, la consulta y la participación de los trabajadores <sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Bien que hayan de ser directos. Eso se deduce de una reiterada jurisprudencia dictada a propósito del trabajador excedente. Según aquella doctrina jurisprudencial «la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el período de excedencia sino tan solo la expectativa de poder ser readmitido y solo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría (...). En esta situación se considera que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme (...), sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar» [Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 25 de octubre de 2000 y de 26 de octubre y de 29 de noviembre de 2006, en una nutrida jurisprudencia menor, que es ocioso destacar].

<sup>10</sup> Que apostilla, «teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros».

La configuración de aquellos derechos informativos tiene singularidades relevantes para cuando se desarrollan en el contexto de un despido colectivo, por más que pueda afirmarse que fundamentalmente siguen ajustándose al desenvolvimiento de las relaciones industriales en un sistema capitalista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX <sup>11</sup>, por lo que dudosamente resultan adecuados a las exigencias y necesidades del sistema económico globalizado, necesitando de una urgente reinterpretación en tanto no se produzcan los procesos legislativos de adecuación de las relaciones industriales a ese entorno económico globalizado y cambiante.

La adhesión de España en 1986 a las Comunidades Europeas ha propiciado la asunción como propio del bloque del Derecho europeo o comunitario, con todo su acervo, razón más que suficiente para que deba comenzarse por describir brevemente aquel ordenamiento. A semejante argumento en pro de la referencia al Derecho comunitario, se une el no menos importante, de que las sentencias objeto de comentario son del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), órgano jurisdiccional que precisamente resuelve cuestiones prejudiciales plantadas por órganos judiciales nacionales, precisamente sobre la concreta adaptación y respeto al Derecho comunitario de los ordenamientos internos o nacionales de los Estados miembros.

### III. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Los derechos de información y consulta de los trabajadores han tenido un complejo y amplio desarrollo en el ámbito comunitario <sup>12</sup>, siendo singularmente relevante en ese conjunto normativo la Directiva 2002/14/CE del Parlamento y del Consejo 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, que obedece a la necesidad de adoptar, por razones de funcionamiento del mercado único comunitario, una regulación de «armonización» comunitaria en materia de derechos informativos y de consulta de los trabajadores, cuyo contenido constituye la primera norma a tenerse en cuenta no obstante las concretas y hasta cierto punto diferentes regulaciones nacionales que adaptaron los ordenamientos internos a su contenido <sup>13</sup>, como queda manifiesto en las sentencias objeto de comentario.

<sup>11</sup> Sobre el modelo de relaciones laborales en la Constitución y la participación en la empresa de los trabajadores, *vid.* DE LA VILLA, L.E. [2006]: «Acción obrera y sindical en la empresa Española» en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE, L.C. y GARCÍA-PERROTE, I., coordinadores), CEF, Madrid, págs. 1.135 y ss.; *vid.* GALBRAITH, J.K. [1991]: *Historia de la Economía* (5.ª edición), ARIEL, Barcelona, págs. 110-111, También en *op. cit.* *La economía del fraude inocente*, págs. 18-25 y 38-41.

<sup>12</sup> Según la STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/03 y C-233/04 Nurten Güney-Görres y Gul Demir.

<sup>13</sup> Sobre los términos en que se debe adaptar el derecho interno a una Directiva, resultan especialmente ilustrativas las SSTJCE de 14 de septiembre de 2004, asunto C-168/03, Comisión v. España, de 28 de abril de 2005, asunto C-410/03 Comisión v. Italia y de 16 de junio de 2005, asunto C-456/03 Comisión v. Italia, que sintetizan una importante jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 13 de noviembre de 1990, Asunto C-106/89, Marleasing, de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/00, Rodríguez Caballero, de 8 de mayo de

Ha de partirse de que la información y la consulta con la suficiente antelación a la actualización voluntaria de cualquier acontecimiento con efectos sobre el empleo constituyen el *leitmotiv* de la norma comunitaria citada y condiciona el éxito de los procesos de reordenación de la actividad empresarial. Según el Parlamento Europeo y el Consejo, a la altura de 2002, en el marco del reforzamiento del diálogo social, del fomento de las relaciones de confianza mutua en la empresa, de la promoción de la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa, y el fortalecimiento de la competitividad de esta era, en particular, necesario promover y reforzar la información y la consulta sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa.

Con fundamento en esas consideraciones se estimó que «la información y la consulta con la suficiente antelación» constituía una «condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía». Los criterios «anticipación» y «empleabilidad» pasaron entonces a ser incorporados como elementos clave en todas las políticas públicas, incluidas las políticas de empresa, mediante la intensificación del diálogo social a fin de facilitar un cambio compatible con la salvaguardia del objetivo prioritario del empleo, procurándose así que el desarrollo armonioso del mercado interior garantizase que todos los ciudadanos se beneficiasen del desarrollo económico.

Hasta ese momento los marcos jurídicos existentes tanto a nivel comunitario como nacional o interno de los Estados miembros en materia de información y consulta de los trabajadores venían estando excesivamente orientados hacia el tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio, descurriendo los factores económicos de las decisiones y no favoreciendo una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa, lo que se compadecía mal con el proceso globalizador, haciendo necesaria la adaptación del marco jurídico existente mediante el establecimiento de instrumentos jurídicos y prácticos que permitan ejercer el derecho a la información y la consulta.

Eso se procuró precisamente con la aludida Directiva 2002/14, bien que no afectando a los sistemas nacionales relativos al ejercicio de este derecho en la práctica en los casos en que se exigiese a los titulares del mismo que expresasen su voluntad de manera colectiva, esto es, a los sistemas que preveían medios de participación directa de los trabajadores, siempre que estos tuviesen en todo caso la posibilidad de ejercer el derecho a la información y a la consulta a través de sus representantes.

Aquella regulación comunitaria, debe advertirse, explícitamente tuvo el carácter de «disposición mínima», aplicable en toda la Comunidad sin impedir a los Estados miembros establecer disposiciones más favorables para los trabajadores. Dado que ese marco general podía causar dificultades administrativas, financieras o jurídicas para la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, se limitó su ámbito de aplicación de la presente Directiva, a elección de los Estados miembros, a las empresas que empleasen al menos a 50 trabajadores o a los centros de trabajo que empleasen al menos a 20 trabajadores.

2003, asunto C-14/02, ATRAL, de 2 de junio de 2005, asunto C-15/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, Anacleto Cordero Alonso, 4 de julio, asunto C-212/02, y de 7 de septiembre (dos sentencias), asuntos C-53/04 y C-180/04, de 2006). Son de interés sobresaliente las conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, presentadas el día 27 de octubre de 2005, en el asunto C-212/04.

La finalidad de aquella norma comunitaria no fue otra que establecer un «marco general» que fijase unos «requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad, mediante «modalidades prácticas de información y de consulta» determinadas «conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro», de modo que se garantizase su eficacia; debiendo en su establecimiento, tanto el empresario como los representantes de los trabajadores actuar «con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores».

Según aquella norma comunitaria la estructuración de la información y consulta a los trabajadores puede establecerse legislativamente por los Estados miembros o confiarse a los interlocutores sociales, incluso a nivel de empresa o de centro de trabajo, pudiendo estos, en tal caso fijar, «libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo», determinadas modalidades de información y consulta de los trabajadores. En otro caso aquella debe abarcar: a) la información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica; b) 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; c) 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».

La información ha de se facilitarse por el empresario en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta, que se efectuará: a) en un momento y de una manera oportunos, y con un contenido suficientemente amplio y ajustado al caso; b) al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado; c) de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen; d) con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario.

Los representantes de los trabajadores, así como los expertos que en su caso les asistan, no están autorizados a revelar a trabajadores ni a terceros la información que, en legítimo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial. Obligación que subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato. No obstante, la legislación de un Estado miembro puede autorizar a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista que «transmitan información confidencial a trabajadores o a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad», pudiendo establecer procedimientos destinados a salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión.

Los efectos de la «regionalización del mundo» (globalización territorialmente limitada) se hicieron sentir especialmente en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores,

determinando que la propia UE los regulase específicamente para cuando la empresa tuviera «dimensión comunitaria»<sup>14</sup>. Efectivamente, mediante Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, se reguló en ese ámbito aquella materia, lo cual supone que los trabajadores de empresas o grupos de empresas que actúen en varios Estados miembros estén debidamente informados y consultados considerando esa «redimensionalización» de la empresa.

Según aquella norma comunitaria, en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria debe constituirse un «comité de empresa europeo» que conocerá de las «actividades y proyectos de la empresa o grupo de empresas», o establecerse un «procedimiento de información y consulta a los trabajadores», sobre los mismos extremos.

En aquella normativa comunitaria los derechos a estar debidamente informados de los asuntos que les afecten directamente se potencian y amplían su contenido extraordinariamente cuando de cuestiones con alcance «colectivo» de las relaciones de trabajo se trata, de forma muy notable en los «despidos colectivos», aludiéndose entonces a derechos de información y consulta de los trabajadores por antonomasia. Dados los contenidos de las sentencias objeto de comentario, y la importancia y trascendencia de los derechos informativos y de consulta (participación) de los trabajadores en los despidos colectivos únicamente a los mismos nos referiremos obviando la referencia a los mismos en los demás supuestos de alcance colectivo, tales como modificaciones sustanciales o suspensiones colectivas de los contratos de trabajo.

En los supuestos de «despidos colectivos», la UE, mediante la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referente a los despidos colectivos, estableció que cuando el empresario tuviese la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, «en tiempo hábil», a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Aquellas consultas habrán de versar, como mínimo, «sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos».

A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular «propuestas constructivas», el empresario, durante el transcurso de las consultas y en el indicado «tiempo hábil», deberá proporcionarles toda la información pertinente, y comunicarles, en cualquier caso, por escrito, los motivos del proyecto de despido, el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el período

<sup>14</sup> Según la norma comunitaria «empresa de dimensión comunitaria» es «toda empresa que ocupe 1.000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, empleen 150 o más trabajadores en cada uno de ellos» y «grupo de empresa de dimensión comunitaria» es todo grupo (comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas) de empresas que emplee 1.000 o más trabajadores en los Estados miembros, comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes, y que al menos una empresa del grupo ocupe 150 o más trabajadores en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee 150 o más trabajadores en otro Estado miembro.

a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido, y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las establecidas en las legislaciones o prácticas nacionales. Debiendo además transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, tales elementos.

Aquella consulta debe verificarse con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos fuere tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él, al extremo de que cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no puede tomarse en consideración según la norma comunitaria.

Ha de recordarse que el empresario está obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente<sup>15</sup>, transmitiendo a los representantes de los trabajadores una copia de la misma. Aquella notificación a la autoridad competente debe contener «todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores», especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos, pudiendo los representantes de los trabajadores dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente.

En los procesos típicos de reestructuración empresarial (fusiones), el derecho comunitario se limita a contemplar esos derechos informativos, englobados en la institución laboral de la «transmisión» o «sucesión» de empresas. Efectivamente, la legislación mercantil comunitaria relativa a las fusiones ha venido tratando los derechos informativos de los trabajadores desde aquella perspectiva del mantenimiento de sus derechos en las «sucesiones de empresas»<sup>16</sup>, no desde la perspectiva de la intensa afectación de sus derechos, de todo orden, por las fusiones y adquisiciones de empresas. Así sucede en la tercera Directiva del Consejo en materia de sociedades, de 9 de octubre de 1978, Directiva 78/855/CEE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. No obstante la Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, inició un cambio significativo en la materia estableciendo importantes diferencias respecto de aquel tradicional tratamiento legislativo.

<sup>15</sup> Bien que pueda establecerse que, en el caso de un proyecto de despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, el empresario solo deberá notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de esta.

<sup>16</sup> También la normativa comunitaria referente a concentraciones de empresas mantiene la misma perspectiva, efectuando breves referencias a los derechos de información y consulta de los trabajadores. Así el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, expresamente previene en su exposición de motivos, considerando 45, que aquella norma «no implica menoscabo alguno de los derechos colectivos de los trabajadores, tal como se reconocen en las empresas afectadas, en particular por lo que se refiere a cualquier obligación de informar o consultar a los representantes reconocidos en virtud del Derecho comunitario y la normativa nacional».

#### IV. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN NUESTRO DERECHO NACIONAL O INTERNO

En nuestro ordenamiento interno o nacional, y en lo referente a las facultades derivadas de aquellos derechos, cabe distinguir entre las de información activa y las de información pasiva, debiéndose considerar que cuando los representantes laborales, *strictu sensu*, de los trabajadores son los destinatarios de información a proporcionar por el empresario que afecta directa e inmediatamente a los trabajadores, son fundamentalmente receptores de la misma, pero no meros y simples «buzones». Información que deben de trasladar a sus representados «prontamente», mediante los procedimientos legalmente predeterminados y establecidos, en su caso, en la empresa y con las limitaciones también legalmente establecidas (deber de sigilo) <sup>17</sup>.

Cuando las informaciones empresariales se limiten a poner en conocimiento de aquellos representantes laborales determinados datos que solo indirectamente afectan a los trabajadores suele considerarse como mera información o simple traslado de datos [art. 64.1.2.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores (ET)], bien que pueda constituir información sustancial (también la calificable de «reservada» o incluso de «privilegiada») y constituir presupuesto de diversas manifestaciones de derechos participativos (art. 64.1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del ET) <sup>18</sup>.

El «deber de sigilo profesional», que alcanza cada día mayor trascendencia en la medida en que la actividad llevada a cabo por las empresas acumula valor añadido, se impone por nuestra legislación (art. 65.2 del ET <sup>19</sup>) a los representantes de los trabajadores, garantizándose así la reserva de los datos que les hayan sido comunicados por el empresario <sup>20</sup>, impidiendo su transmisión, desde luego, a terceros, pero también a los propios trabajadores de la empresa, debiendo ser utilizados únicamente para su actividad representativa en aras del principio de buena fe <sup>21</sup>. Bien entendido que «el deber de sigilo no es ilimitado ni recae sobre cualquier materia, sino solo sobre las específicamente citadas en el artículo 65.2 del ET» (STC 227/2006, de 17 de julio).

<sup>17</sup> Asambleas o reuniones, artículos 64.1.12 del ET y 8.º 1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS), tablón de anuncios obligatorio en empresa del que han de disponer aquellos representantes, artículos 81 del ET y 8.º 2 de la LOLS y, a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir, mediante la utilización del correo electrónico o e-mail de la empresa, aunque estén destinados a la actividad de empresa y se conciban como de propiedad empresarial, *vid.* STC 28/2005, de 7 de noviembre (especialmente fundamentos jurídicos 5 a 8).

<sup>18</sup> Además del derecho a tales informaciones también se les reconocen derechos de información en materias singulares, en otros preceptos laborales (p. ej., en el art. 29.4 del ET).

<sup>19</sup> Se establece en el artículo 65.2 del ET que los miembros del comité de empresa, y este en su conjunto, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del apartado 1 del artículo 64 del ET, aun después de dejar de pertenecer al comité de empresa y en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado. Previéndose que, en todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella y para distintos fines de los que motivaron su entrega.

<sup>20</sup> Cuando se refieran a las materias que en el precepto se especifican o el empresario les haga expresa advertencia de ese carácter, y siempre de la documentación entregada.

<sup>21</sup> Debiendo entenderse, en el ámbito concreto de las relaciones industriales de la siguiente manera: «En el mundo de las relaciones laborales rige el principio básico y fundamental de la buena fe, que en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, principio general del derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos [arts. 7.º 1 y 1.258 del Código Civil (CC)], con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las

Los derechos informativos y de consulta de los trabajadores, se regulan con singular intensidad en los despidos colectivos (art. 51 del ET) por «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»<sup>22</sup>. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo con aquellos fundamentos deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo [iniciándose y dando lugar al conocido como «Expediente de Regulación de Empleo (ERE)»], so pena de nulidad de los despidos<sup>23</sup>, pero además ha de producirse la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, y que, en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, comprenderá un plan que contemple las posibilidades de recolocación de los trabajadores despedidos y otras medidas paliativas de los efectos perversos sobre el empleo.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante un escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, cuya copia se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral. Recibida la solicitud, aquella autoridad laboral efectuará determinadas comunicaciones<sup>24</sup> y recabará precisos informes<sup>25</sup>.

La consulta con los representantes legales de los trabajadores, que ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del ERE<sup>26</sup>, tiene una importancia y protagonismo esencial en el procedimiento extintivo colectivo de los contratos de trabajo. «Tendrá una duración no inferior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial».

obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza» [Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) del País Vasco, Sala de lo Social, de 20 de junio de 1997, 28 de septiembre de 1999, 20 de noviembre de 2001, 17 de marzo y 15 de diciembre de 2003].

- 22 Se considera que concurren las causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.
- 23 SSTS, Sala 4.ª, de 26 de septiembre de 1992 y 10 de octubre de 2006.
- 24 A la Entidad Gestora de la prestación por desempleo.
- 25 De la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente. Los informes habrán de ser evacuados en el improrrogable plazo de diez días y deberán obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas y se incorporarán al expediente una vez concluido. Además, si durante la tramitación del expediente la autoridad laboral tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento, aquella podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas. En todo caso cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente.
- 26 Efectivamente están legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo los representantes legales de los trabajadores. No obstante, en caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, estos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a 10, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que se entenderán las sucesivas actuaciones.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que en su conjunto representen a la mayoría de aquellos miembros de los órganos representativos. A la finalización del período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo.

Debilitados resultan los derechos de información y consulta de los trabajadores en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma cuando el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, a pesar de que deberá tramitar un «ERE», peculiar e incoado al efecto. También muy mermados se encuentran los derechos de información y consulta de los trabajadores en los supuestos de que la fuerza mayor resulte ser la causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, pues en tal caso basta su constatación por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados previo expediente que se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente. Dictando resolución la autoridad laboral, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, surtiendo efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

## **V. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LOS SUPUESTOS EN QUE SE DECLARE AL EMPRESARIO EN CONCURSO DE ACREEDORES. LA EXTINCIÓN COLECTIVA EN TALES PROCESOS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO**

Las vicisitudes económicas inherentes a la globalización, así como la «expansión» del número de competidores determinan que sean más frecuentes, llegando a ser «normales», los procesos de entrada y salida del mercado de los principales agentes económicos (las empresas) no voluntarios sino forzados por crisis económicas, cuya ordenada resolución se lleva a cabo en procedimientos concursales, tomándose en consideración, en la nueva legislación concursal, los derechos de información y consulta de los trabajadores, cuando, por diferentes razones, vinculadas al «salvamento de la empresa en crisis», se decida la extinción colectiva de contratos de trabajo.

Así pues, fuera de la legislación laboral, en sentido estricto pero en una normativa que bien puede considerarse transversal a todo nuestro ordenamiento jurídico, la extinción colectiva de los contratos de trabajo se contempla en el trámite de los procedimientos concursales, dándose, incluso en esas circunstancias, una trascendental importancia a los derechos informativos y de consulta de los trabajadores. La regulación jurídico-positiva se contiene en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual la administración concursal, el deudor o los tra-

bajadores, a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la extinción colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado <sup>27</sup>.

Aquella extinción solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe pertinente <sup>28</sup> salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso <sup>29</sup>. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince días, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores. En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud y de los documentos que en su caso se acompañen <sup>30</sup>.

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.

<sup>27</sup> Además de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la suspensión colectiva de los contratos de trabajo.

<sup>28</sup> Que emitido en el plazo de los dos meses siguientes la aceptación del cargo contendrá: 1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria; 2.º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria. Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que este le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días; 3.º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. Al informe se unirán los documentos siguientes: 1.º Inventario de la masa activa; 2.º Lista de acreedores; 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

<sup>29</sup> Las acciones individuales de extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas (siempre que lo sean por «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción») tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el artículo 64 de la LC, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes: a) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa; b) Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por 100 de los trabajadores; c) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el 25 por 100 de los trabajadores.

<sup>30</sup> Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. I. [2004]: «Comentario al artículo 64», en *Comentarios a la Legislación Concursal* (SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Dir.), T. II, Lex Nova, Valladolid, pág. 1.198.

Recibida dicha comunicación el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo esta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión <sup>31</sup>.

Cumplidos los trámites, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto <sup>32</sup>, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

## VI. LOS DERECHOS INFORMATIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LAS FUSIONES Y EN OTROS SUPUESTOS DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Las fusiones, como los procesos por excelencia de reestructuración empresarial, producen consecuencias de todo orden sobre los trabajadores que prestan sus servicios en las entidades que se fusionan, soliendo acarrear despidos colectivos, incluso «masivos», por ello en la legislación reguladora se toman en consideración los derechos informativos de los trabajadores.

Efectivamente, en los supuestos de fusiones [y, por remisión, de escisiones, ex art. 254 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)], se atiende a los derechos informativos de los trabajadores tanto en la legislación laboral, en sentido restringido o estricto, como fuera de la misma. Empezando por esta última normativa, dispone el artículo 238 de la LSA que, al publicarse la convocatoria de la junta general para acordar una fusión, los administradores han de poner a disposición de los representantes de los trabajadores la misma documentación <sup>33</sup> que debe ponerse a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones <sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo podrá, no obstante, ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

<sup>32</sup> Que, en caso de acordarse la extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un ERE, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

<sup>33</sup> Según se puede deducir de lo establecido en los artículos 44 y 64.1.3 del ET, «los documentos a los que pueden tener acceso los representantes de los trabajadores son exactamente los mismos que aquellos a los que pueden acceder los accionistas, lo cual, supone un rotundo reconocimiento del derecho de información a favor de aquellos que eliminan cualquier duda que pudiera plantearse en torno al ejercicio de este importante derecho dentro del entramado societario», precisa ESTEBAN RAMOS, L.M.<sup>a</sup>, [2007]: *Los acreedores sociales ante los profesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: Instrumentos de protección*, THOMSON-ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), pág. 413.

<sup>34</sup> Consistente en: a) El proyecto de fusión; b) Los informes de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión; c) Los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión; d) Las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participan en la fusión, con el correspondiente informe de los auditores de cuentas; e) El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado por la junta, acompañado del informe que sobre su verificación deben emitir, en su caso, los auditores de cuentas de la sociedad; f) El proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una

Esa obligación de los administradores sociales no hace más que «recoger una manifestación concreta del derecho de información en relación con una categoría de acreedores, los trabajadores»<sup>35</sup>. Ciertamente las fusiones constituyen procedimientos de racionalización económica singularmente válidos en el sistema del capitalismo global, para el desarrollo y la redimensionalización empresarial, que produce siempre ajustes de costes, entre los que son preferidos, probablemente por su carácter de costes fijos y de fácil sustitución, los de personal de las entidades que se fusionan en tanto que procuran una reducción de la masa salarial y «cargas sociales»<sup>36</sup>.

Por ello, siendo el proyecto de fusión «un medio insustituible de información», no solo para los socios sino también para los trabajadores (que se equiparan, a estos efectos, a los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones) mediante su traslado a los representantes laborales, en sentido estricto o restringido, se satisfacen derechos informativos de los trabajadores. No obstante es cuestionable si aquella previsión legal satisface las exigencias inherentes a los derechos informativos de los trabajadores en el momento actual, pues cuando se suscribe el proyecto de fusión ya estamos ante «un contrato entre los administradores de las sociedades que participan en el proyecto de fusión»<sup>37</sup>, y si bien aquellas entidades «parece que permanecen ajenas a ese negocio hasta que las mismas emitan los respectivos acuerdos de fusión»<sup>38</sup>, lo cierto es que se asumen concretas obligaciones<sup>39</sup> (ordinariamente precisadas en el protocolo de la fusión), de las que las sociedades participantes no pueden sin más separarse<sup>40</sup>.

absorción, el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los estatutos de la sociedad absorbente; g) Los estatutos vigentes de las sociedades que participan en la fusión; h) La relación de nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si fueran personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión.

<sup>35</sup> ESTEBAN RAMOS, L.M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 413.

<sup>36</sup> Que incluyen no solo cotizaciones a los sistemas de protección social, y contribuciones a planes y fondos de pensiones, como costes directos, sino también indirectos, tales como los de gestión de recursos humanos. Sobre la naturaleza positiva de las cotizaciones a la Seguridad Social me remito a mi trabajo «Cuestiones fundamentales de cotización a la Seguridad Social», en *RTSS y RH* núm. 89-90, agosto-septiembre 1990, págs. 87 y ss., y en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 89, agosto 1990, págs. 59 y ss.; insiste en estos aspectos SOROS, G. *op. cit.*, pág. 161, y como precisa en pág. 135, no puede olvidarse que los fenómenos de reestructuración empresarial son consustanciales al «sistema capitalista global», que «no es menos significativo porque sea un concepto abstracto».

<sup>37</sup> LARGO GIL, R. [2000]: *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, (2.<sup>a</sup> edición) CIVITAS, Madrid, pág. 223.

<sup>38</sup> LARGO GIL, R., *op. cit.*, pág. 223.

<sup>39</sup> Los administradores con su suscripción son «por lo tanto, partes en el proyecto de fusión [y] en la medida en que cabe hablar de partes en un proyecto, son también las sociedades», precisa LARGO GIL, R., *op. cit.*, pág. 223; indica ESTEBAN RAMOS, L.M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, pág. 189 que «el proyecto es un acto fundamental dentro de la fusión (...) cuya eficacia no se agota en la fase preparatoria en tanto que el contenido del acuerdo que adopte la Junta General se ha de ajustar al mismo. El proyecto viene a suponer (...) un negocio entre las distintas sociedades participantes en la operación».

<sup>40</sup> «El hecho de la suscripción del proyecto de fusión por los administradores no supone un cambio cualitativo sino cuantitativo respecto de la vinculatoriedad desplegada por el mismo. Una vez perfecto el proyecto de fusión, según la Ley se ha alcanzado el estadio máximo de la fase de preparación de una fusión, con lo que el grado de vinculación, de conformidad con el principio de buena fe prenegocial, entendida esta en sentido objetivo, ha llegado a un punto tal, en el que la vinculación social aceptada, a la que conducen los múltiples y variados deberes que incumben a las partes durante el desarrollo de las negociaciones, se muta en vinculación negocial» indica LARGO GIL, R., *op. cit.*, pág. 245.

Esto es, no solo del proyecto de fusión, sino que con anterioridad, del protocolo inicial, debiera darse conocimiento a los representantes de los trabajadores afectados, por más que se esté en una fase prenegocial (dudosamente ante un precontrato <sup>41</sup>), pues precisamente con ello se podría cumplir el requerimiento comunitario de «anticipación» en la información a los trabajadores antes aludido <sup>42</sup>, requisito que dudosamente se satisface con el traslado del proyecto de fusión.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral se ocupa parcamente de los derechos informativos en las fusiones, limitándose a establecer en el artículo 64.1.5.º del ET que el órgano de representación de los trabajadores <sup>43</sup> deberá «emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo». De aquella previsión legal puede deducirse que el órgano de representación de los trabajadores debiera emitir su informe sobre el protocolo inicial de la fusión, habida cuenta de la referencia al momento de «la fusión, absorción o modificación del estatus jurídico» que «suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo», debe leerse, en correcta hermenéutica jurídica, «podiera suponer cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo».

## VII. LOS DERECHOS INFORMATIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES (OPAs) Y EN OTROS SUPUESTOS DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Pueden considerarse atendidos los derechos informativos y de consulta de los trabajadores fuera de las normas laborales, *strictu sensu*, en las ofertas públicas de adquisición de valores (OPAs). Efectivamente, en aquellos supuestos de ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAs), por más que una reiterada jurisprudencia, excesivamente formalista, haya establecido que no se produce reestructuración empresarial <sup>44</sup>, no cabe duda que estamos ante un fenómeno reordenador de la actividad

<sup>41</sup> Habida cuenta de la posición más reciente de la jurisprudencia al respecto. A favor de esta calificación LARGO GIL, R., *op. cit. La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, pág. 206.

<sup>42</sup> No puede olvidarse que «el protocolo inicial de fusión tiene, en cierto modo, un carácter programático en cuanto condensa el espíritu de la fusión concreta y plasma los objetivos comunes de las entidades interesadas. Pero también tiene un alcance extraordinario a efectos prácticos dado que en él se traza el plan de trabajo –de la preparación de la fusión y de la postfusión– y se sientan las bases maestras de la operación, tanto desde un punto de vista financiero como desde la perspectiva organizativa» precisa LARGO GIL, R., *op. cit.*, pág. 204.

<sup>43</sup> Al «comité de empresa» se refiere la norma.

<sup>44</sup> Ni siquiera «sucesión de empresa». Así la STSJ, Sala de lo Social, del País Vasco de 26 de marzo de 2002, según la cual, «la jurisprudencia ha manifestado (...), que la adquisición completa o mayoritaria del accionariado de una sociedad no implica sucesión empresarial, puesto que el precepto estatutario exige que, bajo cualquier título, se produzca la transmisión de la empresa, de una unidad productiva de la misma o de elementos patrimoniales suficientes para continuar, por sí solos o mediante un aporte adicional de medios, la actividad empresarial. Tal transmisión no se produce mediante la adquisición de acciones, puesto que la sociedad adquirida continúa poseyendo su personalidad jurídica y persiste (al menos teóricamente) su condición de parte empleadora en sus relaciones contractuales con sus trabajadores. Por consiguiente, la adquisición de acciones solo afecta a la titularidad de la sociedad empleadora, no pasando a ostentar la adquirente vínculo laboral alguno con los trabajadores, puesto que tal adquisición es igual o equivalente a cualquier cambio en la titularidad o cotitularidad de las personas físicas en el capital de la sociedad empleadora, sin que tales cambios impliquen sucesión empresarial a efectos laborales»; Me remito a mis trabajos «La sucesión de empresas», *RTSS*, CEF, núm.

empresarial, con consecuencias para los trabajadores <sup>45</sup> por más que formalmente no se produzca cambio de empresario, y se pretenda de ahí concluir la no afectación a la estabilidad en el empleo.

Precisamente porque se trata de un fenómeno de reestructuración empresarial la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a las OPAs, establece en su considerando 23 que «es importante prever la posibilidad de que los trabajadores de las sociedades afectadas o sus representantes puedan pronunciarse sobre las posibles repercusiones de la oferta en el empleo», para lo cual ha de procurárseles la oportuna («anticipadamente», «en tiempo hábil») información; en su articulado se establece lo siguiente:

- a) En el artículo 6.º 1, que «tan pronto como se haya hecho pública la oferta, los órganos de dirección de la sociedad afectada y del oferente informarán a los representantes de sus respectivos trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores».
- b) En el artículo 9.º 5, que «el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada comunicará al mismo tiempo dicho dictamen (motivado del propio órgano de administración sobre «la oferta, en particular, sobre el conjunto de los intereses de la sociedad, incluido el empleo») a los representantes de los trabajadores de la sociedad o, en su defecto, directamente a los trabajadores. Cuando el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada reciba oportunamente un dictamen distinto de los representantes del personal en cuanto a las repercusiones sobre el empleo, este se adjuntará al documento».

Bien entendido que aquella Directiva no interfiere, ni sustituye, y deja a salvo los demás derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, así como cualesquiera otros derechos de participación en la empresa establecidos en la legislación comunitaria, efectuando aquella norma una remisión a las Directivas 94/45, 98/59, 2001/86 y 2002/14, además de a las disposiciones nacionales pertinentes (art. 14).

119, febrero 1993, págs. 97-112; «Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la normativa comunitaria y el Derecho interno español (la necesidad urgente de una reinterpretación)», *RTSS*, CEF, núm. 195, junio 1999, págs. 33-118; «Sucesión de empresa. Traspasos entre empresas (sociedades) del mismo grupo (Comentario a la STJCE de 12 de diciembre de 1999, asunto C-234/98)», *RTSS y RH* núm. 207, junio 2000, págs. 55-61; «La «transmisión de empresas» (sucesión de empresa) en la nueva normativa comunitaria (Directiva 98/50/CE, del Consejo de 29 de junio de 1998). En especial el concepto de «empresario», la noción de «trabajador» y el alcance de su antigüedad a efectos indemnizatorios (Comentario a la STJCE de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98)», *RTSS y RH* núm. 213, diciembre 2000, págs. 57-64; «Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en las «transmisiones» de empresas: Doctrina general y sucesión de contratadas», *RTSS y RH*, núm. 279, junio 2006, págs. 3-72.

<sup>45</sup> Ejemplo de ello, en la normativa laboral es el contenido del artículo 10.3 d), del Real Decreto 1385/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, a cuyo tenor, constituye causa suficiente para que el alto directivo pueda extinguir su contrato de trabajo de personal de alta dirección, «con derecho a las indemnizaciones pactadas, y, en su defecto, fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario», cuando se produzca «la sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios».

La adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a esa Directiva se ha llevado a efecto, tardíamente (el plazo finalizó en 20 de mayo de 2006), y además con dudosa fortuna, mediante la Ley 6/2007, de 12 de abril, pues aquella Ley remite la cuestión a un posterior desarrollo reglamentario [art. 5.º letra o)].

En los supuestos de cesión global de activo y pasivo para cuando se configura como medio o mecanismo de reestructuración empresarial y cuyo régimen jurídico es sumamente discutido, conviene destacar que afecta negativamente al derecho de los trabajadores a «estar informados sobre su contenido, (pues) la información que se prevé es limitada y no está destinada a todos los afectados», no contemplándose entre los beneficiarios de la información a los trabajadores,<sup>46</sup> siendo así que probablemente sean quienes sufran con más intensidad los efectos negativos derivados de tal fenómeno<sup>47</sup>. No obstante, bien pudiera considerarse aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 64.1.5.º del ET.

## VIII. LA NECESIDAD DE RESPETAR ESTRICTAMENTE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

La observación estricta de los derechos de información y consulta de los trabajadores es necesaria para la validez y consiguiente eficacia jurídica del acto de ruptura de los contratos de trabajo en los despidos colectivos<sup>48</sup> debidos a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Al extremo son relevantes aquellos derechos que sin perjuicio del período de consultas que debe sostenerse entre el empresario y los representantes de los trabajadores, que aquel deberá acompañar a su solicitud de iniciación del trámite administrativo autoritativo, un escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J. [2004]: «La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural», Fundación Beneficentia Et Perita Iuris, Madrid, pág. 171.

<sup>47</sup> *Vid.* artículo 5.º 4 f) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

<sup>48</sup> Cuyas consecuencias indemnizatorias se concretan en que el empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la Resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores afectados la indemnización legalmente establecida, salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior. Pero no conlleva a la nulidad del despido, sino que en el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador puede demandar judicialmente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del proceso laboral ordinario, y en el que las afirmaciones de hecho de la resolución de la autoridad administrativa gozarán de presunción de certeza, salvo prueba en contrario.

<sup>49</sup> Conforme a la competencia de aquellos, prevista en el artículo 64.1.4.º a) y b) del ET, de emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este sobre las siguientes cuestiones: a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella y, b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones.

Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tiene el carácter de despido colectivo, en los supuestos en que en un período de 90 días, tal extinción afecte, al menos, bien a 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, bien al 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, o bien a 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores. También se considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en aquellas causas.

Simultáneamente a la iniciación del «ERE», encaminado a lograr la autorización administrativa para la resolución de los contratos de trabajos mediante la solicitud del empresario dirigida a la autoridad laboral competente habrá de procederse, mediante comunicación escrita, a la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores.

Manifestación en buena medida y modalidad específica de ejecución de los derechos informativos y de consulta de los trabajadores es la posibilidad de que estos, a través de sus representantes, puedan solicitar la iniciación del procedimiento de regulación de empleo, si racionalmente pudiera presumirse que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación, pues en tal supuesto, se requerirá que se acompañe la memoria explicativa de las razones por las que se inicia el procedimiento y las pruebas que se estimen oportunas para acreditar los perjuicios antes referidos y, en su caso, la comunicación efectuada al empresario, y la contestación y documentación que en tal sentido les haya trasladado el mismo.

Salvo en el supuesto de extinción colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor<sup>50</sup>, ha de insistirse en que necesariamente ha de existir un «período de consultas», que podrá entenderse finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, en cuanto se alcance un acuerdo entre las partes interesadas. Alcanzado el acuerdo, la autoridad laboral competente procederá a dictar resolución en el plazo de 15 días naturales<sup>51</sup>, «autorizando a la empresa para proceder a la extinción de las rela-

<sup>50</sup> Efectivamente, la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo procedimiento que se inicia mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, que se instruye por la autoridad laboral competente, la cual realizará cuantas actuaciones y solicitará todos los informes que considere indispensables, dictando finalmente resolución en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud. Si bien se resuelve sin trámite de «consultas», en el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, habrá de darse a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.

<sup>51</sup> Si transcurrido el plazo de resolución, no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

ciones laborales»<sup>52</sup>. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral también dictará resolución, motivada y congruente con la solicitud deducida, estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial<sup>53</sup>.

Causan efecto las resoluciones administrativas recaídas en el procedimiento de regulación de empleo (que se presumen válidas)<sup>54</sup>, desde la fecha en que se dicten salvo que en ellas se disponga otra posterior<sup>55</sup>. Necesitándose, no obstante, para la extinción de los contratos, la comunicación del despido por el empresario a cada trabajador<sup>56</sup>, incluido en el ERE, con la puesta a disposición de la indemnización pertinente<sup>57</sup>, bien que de la ejecutividad de la resolución admi-

<sup>52</sup> No obstante, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a solicitud de parte interesada, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Debiendo actuar del mismo modo cuando, de oficio o a petición de la Entidad Gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

<sup>53</sup> El supuesto de declaración de improcedencia del procedimiento no hace al caso, baste con señalar que si del examen de la solicitud, cumplido en su caso el trámite de subsanación pertinente, se dedujera que la solicitud no reúne los requisitos legalmente exigibles para la existencia de un despido colectivo, la autoridad laboral declarará la improcedencia del procedimiento.

<sup>54</sup> Al extremo que «la anulación de la resolución administrativa no convierte automáticamente el acto de utilización de la autorización que contiene en un despido improcedente porque la actuación empresarial estaba lícitamente amparada en una resolución administrativa no solo definitiva sino dotada del atributo de ejecutividad. La nulidad de la resolución administrativa implicaría la ineficacia de los actos realizados a su amparo con efectos *ex tunc*, de manera que los trabajadores hubieran podido solicitar su reincorporación en las mismas condiciones que regían antes de la extinción de no ser porque entonces sus contratos ya se habían extinguido eficazmente al acceder a la jubilación o ser declarados en situación de invalidez total o absoluta, actos jurídicos con efectos extintivos de la relación laboral, artículo 49.1 e) y f) del Estatuto Laboral, y autónomos plenamente respecto de los avatares de aquella resolución que había autorizado la extinción de los contratos por causas económicas» (STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2001).

<sup>55</sup> Siempre que la resolución sea expresa, en otro caso y respecto de su ejecutividad se estará en lo dispuesto en la legislación general relativa al procedimiento administrativo.

<sup>56</sup> La relación laboral ha de estar vigente. Así en los supuestos en que con anterioridad a la aprobación del ERE se despide a un trabajador, este no puede quedar incluido en el expediente. No obstante si aquel despido es nulo o se readmite al trabajador, entonces quedará sometido a la regulación de empleo (SSTSJ de Madrid de 11 de julio de 2006).

<sup>57</sup> Bien que en los términos que expone la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2005, según la cual «la decisión del empresario de cesar a cada trabajador a consecuencia de un despido colectivo, no se lleva a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se ha debatido y negociado, o se ha estudiado con el adecuado detenimiento la concurrencia o no de causas que justifiquen la extinción de los contratos; y también después, o bien de haber llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el que se acepta la existencia de esas causas, acuerdo que pone fin al período de consultas y que exige que sea corroborado por la correspondiente resolución de la Autoridad laboral, o bien, si tal acuerdo no se logra, después de que dicha Autoridad estime que concurren las causas citadas y, en consecuencia, lo declare así en la resolución que ponga fin al ERE y en ella autorice la extinción de los correspondientes contratos de trabajo. Todo esto pone de relieve que las causas generadoras del despido colectivo han tenido que ser objeto de análisis, examen y tratamiento, y han tenido que ser consideradas existentes y recogidas en los acuerdos con los representantes de los trabajadores y/o en las resoluciones de la Autoridad laboral a que se ha hecho mención, y todo ello antes de que las decisiones extintivas del empresario hayan tenido lugar. Por ello, al tener que estar las causas del despido colectivo expresadas y consignadas en la resolución administrativa que lo autoriza, bastará con que el trabajador afectado conozca esta resolución, para tener noticia de cuales son las mismas, con lo que no es necesario que la empresa entregue al trabajador un escrito, en el que reproduzca las causas del despido. Y así el artículo 51 del ET que regula con detalle todos los trámites que se han de cumplir en los despidos colectivos, no exige ni establece que el empresario entregue al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido».

nistrativa alguna jurisprudencia menor haya deducido concretas consecuencias al respecto <sup>58</sup>, pero que no invalida la fundamental afirmación de que «el hecho que vale como despido lo constituye la manifestación de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo» (STJCE de 21 de enero de 2005 <sup>59</sup>).

El papel nuclear en el procedimiento de despido colectivo de los derechos informativos de los trabajadores, mediando sus representantes, o los representantes ex profeso elegidos, en su caso, determina que se venga observando el recurso a determinados procedimientos que directa o indirectamente tienden a procurar la extinción colectiva de contratos de trabajo eludiendo la satisfacción de aquellos derechos. Lo cual contraría la opinión, generalmente compartida, de que en despidos colectivos, especialmente cuando se trata de «despidos en masa» apremia con intensidad «la necesidad de proteger a esos trabajadores [que] es precisamente lo más importante» <sup>60</sup>, y aquella protección comienza por establecer derechos informativos y de consulta a favor de los mismos <sup>61</sup>, que deben ser rigidamente observados.

## IX. EL DEBER DE NEGOCIAR EN LOS «DESPIDOS COLECTIVOS». LIMITACIONES FÁCTICAS DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES

Como tiene declarado la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 27 de enero de 2005 <sup>62</sup>), la circunstancia de que el empresario «tenga la intención» de efectuar despidos colectivos y haya elaborado un «proyecto» para ello supone que debe respetar los derechos informativos de los trabajadores, que han de ser observados, en todo caso, antes de que se haya adoptado decisión alguna de extinguir cualquiera, algunos o todos los contratos de trabajo afectados por el ERE.

La notificación al trabajador de la extinción del contrato de trabajo es la expresión de una decisión de ruptura de la relación laboral, no suponiendo, en ningún caso, actualización de los derechos informativos de los trabajadores, incluso aún cuando el empresario esté obligado a conceder (o lo haga graciosamente) un período de preaviso, y efectivamente se lo comunique al trabajador en la notificación del despido. Eso es, que la cesación efectiva de dicha relación expirará transcurrido el plazo de preaviso, pues únicamente consistirá en el efecto retardado de dicha decisión extintiva.

<sup>58</sup> En los supuestos en que «la Autoridad laboral autoriza la extinción de un determinado número de contratos, precisando los nombres de los trabajadores afectados, la empresa nada tiene que añadir, siendo la autorización directamente ejecutiva, por lo que no sería necesario cumplir con las exigencias previstas para el despido disciplinario (art. 53.1 del ET). Por tanto no sería preciso ni comunicación escrita o determinación de la causa de la extinción laboral, pues ya figuran en el ERE correspondiente» (STSJ de Castilla y León de 2 de febrero de 2006).

<sup>59</sup> Asunto C-188/03, Claus Christian Gulmann.

<sup>60</sup> STJCE de 7 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-187/05 y C-190/05.

<sup>61</sup> *Vid.* STJCE de 7 de diciembre de 1995, asunto C-449/93.

<sup>62</sup> Véase nota 59.

Los términos empleados por el legislador comunitario indican que las obligaciones de información y consulta con los trabajadores nacen con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo. Interpretación que la misma jurisprudencia comunitaria considera «confirmada, por lo que se refiere al procedimiento de consulta de los representantes de los trabajadores, por el objetivo, expresado (...) de la Directiva, de evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número. La realización de este objetivo quedaría amenazado si la consulta a los representantes de los trabajadores fuese posterior a la decisión del empresario».

Según la misma jurisprudencia el Derecho comunitario «impone una obligación de negociación», que implica y presupone la cumplimentación de previos deberes informativos por parte del empresario. De otra manera «el efecto útil de tal obligación quedaría amenazado si el empresario tuviese el derecho de extinguir los contratos de trabajo durante el procedimiento, o incluso desde su inicio. Para los representantes de los trabajadores sería bastante más difícil obtener la retirada de una decisión adoptada que una renuncia a un proyecto de decisión».

Por tanto, «la extinción del contrato de trabajo solo puede efectuarse, con posterioridad a la clausura del procedimiento de consulta, a saber, después de que el empresario haya respetado las obligaciones establecidas de la Directiva», relativas a los derechos de información y consulta de los trabajadores.

No obstante lo dispuesto en la norma comunitaria, se ha cuestionado la necesidad de respetar los derechos de información y consulta de los trabajadores en algunos supuestos singulares de despidos colectivos (posibilitando la elusión del trámite de ERE). Así se ha considerado por alguna jurisprudencia en supuestos de cesación total de la actividad fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y que conlleve la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla.

Efectivamente, en tales casos una cierta jurisprudencia menor, aún reconociendo que se trata de un «despido colectivo» (siempre que el número de afectados sea superior a cinco) que requiere de la necesaria solicitud de autorización de la autoridad laboral para la extinción de los contratos de trabajo una vez cumplimentado el procedimiento de «regulación de empleo», considera que cuando la ley regula «la solicitud de autorización para la extinción de contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo, se refiere precisamente al «empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo», modalidad de despido que permite se beneficie de la extinción con las indemnizaciones previstas en el artículo 51.8 del ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades), inferiores a las previstas para el despido ordinario (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades)», pero no a los supuestos en que «el empresario no se ha querido beneficiar con tal modalidad de despido, sino que ha optado por llegar a acuerdos individuales con los trabajadores indefinidos, de forma que mejora las anteriores previsiones de extinción» (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006) <sup>63</sup>.

<sup>63</sup> En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de las Islas Baleares de 14 de octubre de 2004, según la cual el procedimiento de despido colectivo «no puede regir, en cambio, en el caso de que el empresario opte por prescindir de las ventajas que le proporciona la figura del despido colectivo y prefiera alternativas jurídicas que lleven aparejadas para el trabajador un

En los supuestos indicados en el apartado anterior, por más que se pretendiera considerar justificada la omisión de las obligaciones de información y consulta a los trabajadores, en un mejor tratamiento económico a los trabajadores, no son de recibo. Efectivamente, si todo el fundamento para eludir las exigencias derivadas de los derechos de información y consulta de los trabajadores, que se materializan en la «negociación» en el trámite del ERE, se refiere a la mayor indemnización que supone el percibir la correspondiente a un despido individual declarado improcedente que cada trabajador en el despido colectivo, no puede sino tacharse de falaz, pues resulta que semejantes cuantías pueden alcanzarse en el trámite de negociación del despido colectivo, incluso superarse, no siendo infrecuentes acuerdos o pactos indemnizatorios, para cada trabajador incluido en el ERE, equivalentes a 60 o más días por año de trabajo. Además en aquel trámite negociador pueden (o deben) acordarse (acompañarse a la solicitud inicial, por el empresario, en las empresas de 50 o más trabajadores, el oportuno «plan» al efecto) otras medidas paliativas de los efectos del despido colectivo y que a la postre pueden colocar a los trabajadores afectados por el ERE en una situación más ventajosa que si fueran objeto de despidos individuales.

Junto a esos supuestos, habrán de considerarse aquellos en los que la elusión de los derechos de información y consulta de los trabajadores se procuran de manera indirecta. Tales son los que son objeto de atención por las SSTJCE de 18 de enero y 15 de febrero de 2007. Efectivamente, en la primera de las aludidas resoluciones de la justicia comunitaria la eliminación de los derechos informativos y de consulta se procura mediante la manipulación de determinados cálculos de umbrales, que hace que lo «colectivo» deje de ser «colectivo».

Afirma aquella sentencia, y en relación con los derechos informativos (de carácter colectivo) de los trabajadores, impuestos a partir de determinados umbrales<sup>64</sup>, que según la Directiva 2002/14/CE «los Estados miembros no podrán excluir del mismo a una determinada categoría de personas que inicialmente están comprendidas en ese marco», añadiendo, en relación con la regulación comunitaria de los despidos colectivos, que «la Directiva 98/59/CE no puede interpretarse en el sentido de que los modos de cálculo de dichos umbrales y, por tanto, los propios umbrales, están a disposición de los Estados miembros, [pues] una interpretación en este sentido les permitiría a estos alterar el ámbito de aplicación de la referida Directiva y privarla, de este modo, de su plena eficacia».

Para concluir que tanto la Directiva 2002/14/CE, como la Directiva 98/59/CE, deben interpretarse en el sentido de que «se oponen a una normativa que excluye, aunque solo sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados previstos en la citada disposición».

---

tratamiento rotunda e inequívocamente más beneficioso». También la STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2003, indica que despido colectivo con la indemnización reducida que dispone es «facultad que el legislador atribuye a las empresas y precisamente en su beneficio, sin que el trabajador pueda denunciar el hecho de que aquellas acudan al despido ordinario en situaciones que les permitiesen acogerse a aquella modalidad extintiva, siendo así que el despido ordinario es más beneficioso para los empleados al comportar de ser improcedente una indemnización de más del doble que la prevista para los ceses colectivos».

<sup>64</sup> En contra el Abogado General, Sr. P. Mengozzi, que en las conclusiones presentadas en 12 de septiembre de 2006 (conclusiones 51-53), considera que en la Directiva 2002/14/CE no se optó por establecer «normas de umbrales» ni «normas de modulación», dejando a los Estados miembros que expresamente los fijasen.

En la segunda de las aludidas sentencias el Alto Tribunal comunitario parte de que la Directiva 2002/14/CE tiene por objetivo el establecimiento, con carácter general, de disposiciones mínimas para el ejercicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo, y que la Directiva 98/59/CE tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en el caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros pueden adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores, y que cualquier normativa nacional que permita «obstaculizar la protección garantizada, de manera incondicional, a los trabajadores por una Directiva es contraria al Derecho comunitario».

Trata aquella resolución de la justicia comunitaria sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores, y sobre la noción de «centro de trabajo» a los efectos de poderse configurar existente un despido colectivo. Ha de recordarse que el despido colectivo no ha de afectar a toda la empresa, basta con que lo haga a un «centro de trabajo».

Sobre el tratamiento que la normativa comunitaria difiere a los derechos informativos y de consulta de los trabajadores, ya se ha discurrido, queda ahora por señalar si los mismos pueden ser objeto de vulneración indirecta mediante la manipulación del concepto de centro de trabajo. Sobre el particular destaca la meritada resolución que si bien «el concepto de «centro de trabajo», que no aparece definido en la (...) Directiva (98/59/CE)», sin embargo, «constituye un concepto de Derecho comunitario que no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros. Por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico comunitario».

En esta última resolución se afirma que si bien «las distintas versiones lingüísticas de la Directiva 98/59/CE emplea una terminología ligeramente diferente para designar el concepto de «centro de trabajo» y que si bien «esa terminología tiene una connotación distinta según los casos, a saber: establecimiento, empresa, centro de trabajo, unidad local o lugar de trabajo», dado que la Directiva tiene el objetivo de reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, «el Tribunal de Justicia ha interpretado que el concepto de «centro de trabajo» que figura en la Directiva 98/59/CE (...), designa (...) la unidad a que los trabajadores afectados por el despido se hallen adscritos para desempeñar su cometido».

Precisando que la jurisprudencia comunitaria viene dando una definición muy amplia del «centro de trabajo» con el fin de limitar en la medida de lo posible los casos de despido colectivos que no sujetos a la Directiva 98/59/CE «debido a la calificación de dicho concepto a nivel nacional», y concretando que a los efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE, puede constituir concretamente un centro de trabajo, «en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas».

En aquella sentencia al Alto Tribunal comunitario precisa que «teniendo en cuenta que el fin perseguido por la Directiva 98/59/CE contempla especialmente las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados, la entidad en cuestión no debería estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de centro de trabajo». Añadiendo que «a los efectos de la definición de centro de trabajo, no resulta esencial que dicha unidad disponga o no de una dirección facultativa para efectuar autónomamente despidos colectivos. Tampoco es preciso que exista una separación geográfica entre ella y otras unidades e instalaciones de la empresa», concretando que la falta de independencia en absoluto puede afectar a la delimitación de un «centro de trabajo». Concluyendo que, salvo cuando el cese de las actividades del centro de una empresa o de una fábrica resulte de una resolución judicial, «en los demás casos, y especialmente cuando el cese de las actividades del centro de trabajo se debe únicamente a la voluntad del empresario, este tiene la obligación de efectuar consultas con los trabajadores».

## X. CONCLUSIONES

Los derechos de información y consulta de los trabajadores han ido adquiriendo mayor importancia conforme la globalización económica se ha ido haciendo realidad. De una parte las reestructuraciones y adquisiciones de empresas, así como las deslocalizaciones, que son consustanciales al sistema o modelo vigente de crecimiento económico, y de otra parte la necesidad de las empresas de atender y adaptarse a las situaciones continuamente cambiantes y con frecuencia imprevistas, que crea el mercado globalizado, determina que los trabajadores, so pena de quedar reconducidos a meros «activos» materiales, deban participar en el diseño y actualización de los mecanismos de adaptación de la empresa a tales acontecimientos económicos en pro de la estabilidad en el empleo y la salvaguarda de sus propios intereses, especialmente cuando conlleven despidos colectivos y con más razón si cabe si los despidos alcanzan cotas de «masivos».

La denominada implicación de los trabajadores, cuyo modelo es la Sociedad Europea, es la evolución razonable de las relaciones industriales, en el sistema de economía de mercado admitido y practicado universalmente, cuyos puntos nucleares son tanto la libertad de empresa y la libre competencia como la salvaguarda del empleo en límites razonables, y el no perjuicio desmesurado a los intereses individuales o colectivos de los trabajadores, que habrá de añadirse por motivos de orden público a los dos primeramente citados.

Aquella «participación implicativa» de los trabajadores en la empresa requiere que a estos se les facilite oportunamente toda la información y se les consulte respecto de las medidas que puedan tener influencia sobre estos (el empleo, los salarios, los planes de pensiones, etc.), con cierto carácter vinculante (implicación mínima), o incluso participen en los acuerdos o decisiones de la empresa (sociedad) mediante la elección de alguno(s) de los miembros del órgano de dirección y gestión de la sociedad-empresa (implicación en sentido estricto).

En esa dirección parece que se orientan las últimas regulaciones normativas comunitarias, tanto laborales como mercantiles, procurando un nuevo concepto de empresa acorde con la superación del marco ideológico aún vigente, del XVIII, retardatario del desarrollo económico y bienestar social alcanzable, según el nivel de conocimiento científico y tecnológico disponible a la altura de este siglo XXI, que nos ha tocado vivir. En ese sentido, las sentencias objeto de comentario son ejemplares.