

**JORNADA  
DE DIFUSIÓN**

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA  
Y LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS  
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:  
LA ADAPTACIÓN A LOS CAMBIOS**

**MADRID  
17 DE NOVIEMBRE DE 2017**



FUNDACION  
**SIMA**



# ÍNDICE



## PRESENTACIÓN

Francisco González Moreno  
[Presidente de la Fundación SIMA]

PÁG. 3



## LA DEMOCRATIZACIÓN DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

Unai Sordo Calvo,  
Secretario General de la CS de CCOO

PÁG. 6



## DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE ADAPTACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. NEGOCIACIÓN Y CONFLICTO

Ricardo Bodas Martín,  
Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia  
Nacional

PÁG. 18



## DIÁLOGO SOCIAL INTERPROFESIONAL. PROPUESTAS SINDICALES PARA LA RENOVACIÓN DEL III AENC Y DEL V ASAC

Mercedes González Calvo,  
Secretaria confederal de Acción Sindical de CCOO

PÁG. 106

# PRESENTACIÓN

**Francisco González Moreno**  
[Presidente de la Fundación SIMA]

El pasado 17 de noviembre hemos celebrado en la sede del Consejo Económico y Social, la jornada **“La negociación colectiva y los organismos autónomos de solución de conflictos: la adaptación a los cambios”** que fue organizada por la Secretaría confederal de Acción Sindical de CCOO en el marco del programa de promoción y difusión de la Fundación SIMA.

Esta jornada se ha realizado en un momento en el que el conflicto territorial absorbe todo el interés mediático, pero pese a reconocer su importancia, no podemos olvidar, ni obviar que esto se produce en un contexto de una incipiente recuperación económica, después de una grave crisis económica y social que ya dura diez años.

Por ello el objetivo de la jornada es contribuir a enriquecer el debate y a aportar soluciones ante los grandes retos a los que nos enfrentamos, y por ello contamos con la participación de personas de reconocido prestigio, tanto en el ámbito Social, como en el Jurídico y Académico.

Unai Sordo, Secretario General de la confederación sindical de CCOO, aborda el papel que debe jugar el sindicato en la defensa de un modelo de relaciones laborales democrático.

“Liberalización, desarticulación e incremento del poder empresarial, bien podían ser los tres vértices sobre los que asentar la creciente lógica mercantil en las relaciones laborales, tratando de arrinconar al propio derecho laboral y su carácter *tuitivo*(compensador de posiciones desiguales en la relación laboral).”

“Igualmente estamos en un momento en que es prioritario que los salarios recuperen capacidad de compra y contribuyan a impulsar una demanda interna agregada sostenible.”



Ricardo Bodas, presidente de la sala de lo social de la Audiencia Nacional, realiza su brillante e ilustrativa exposición sobre los derechos de participación en los procesos de adaptación y reestructuración empresarial a través de dos elementos fundamentales en el proceso como son la negociación y el conflicto.

“Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. – Se entiende por información pertinente,... la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil”

La jornada, la cerró Mercedes González, Secretaria confederal de Acción Sindical de CCOO, que centró su intervención en las propuestas sindicales en la renegociación del AENC y del ASAC como instrumentos para revertir los efectos de la crisis.

El IV AENC debe iniciar una senda diferente, con el objetivo de recuperar el poder adquisitivo perdido en los años de la gran recesión.

“La clave de este posible cambio en la correlación de fuerzas en la negociación colectiva se debe encontrar en la participación real de las trabajadoras y trabajadores, en la elaboración de las plataformas reivindicativas y en la discusión de las mejores formas de presión para obtenerlas, junto a una estrategia general que diseñe el sindicalismo en unidad de acción en cuanto a la articulación de las negociaciones”.

“Tras varios años de dura crisis, la economía española ha empezado a recuperarse y este nuevo acuerdo tiene y debe permitir a la clase trabajadora salir de una situación

de bajos salarios y precarización del empleo, así como de deterioradas condiciones de trabajo. Han sido años en que las desigualdades se han agudizado y por tanto, ya es hora de poner las bases para la recuperación”.

En su intervención también incidió en resaltar la importancia de mantener e impulsar el ASAC (Acuerdo Autónomo de Solución de Conflictos).

“El Acuerdo del que se dotaron los agentes sociales para llevar a cabo la solución de conflictos laborales fue el ASAC, del que ya se han cumplido 20 años del primer acuerdo (ASEC) con resultados generalmente positivos, pero aquellos déficit que se hayan podido producir debemos resolverlos en la inminente negociación de un nuevo ASAC”.

“Un futuro de relaciones laborales más fluidas y modernas requiere soluciones más negociables de la conflictividad. El conflicto es positivo y consustancial a las relaciones laborales, pero ha de encontrar cauces de solución, fundamentalmente en el marco de la autonomía de las partes”.

El objetivo de la realización de esta jornada por parte de CCOO, ha respondido a un compromiso consustancial y mantenido en el tiempo, para enmendar y corregir todas las medidas regresivas aplicadas y aportar soluciones y alternativas realistas a los problemas que nos afectan en el ámbito social y laboral.

Estoy seguro que todas y cada una de las ponencias, nos ayudaran a afrontar con firmeza, los retos que tenemos en estos momentos.



## LA DEMOCRATIZACIÓN DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

Unai Sordo Calvo,  
Secretario General de la CS de CCOO

## LA DEMOCRATIZACIÓN DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

Sin duda el título de la ponencia es muy pertinente. Lo es porque la evolución del llamado mercado laboral y el efecto sobre el mismo de las últimas reformas laborales, ha sido ampliamente analizado desde el punto de vista "economicista". El análisis de la devaluación salarial en España es más o menos conocido. Sin embargo, la influencia de las reformas en el aspecto más cualitativo de reforzar el poder empresarial, devaluar el papel de la autonomía colectiva y por tanto deteriorar la calidad democrática del modelo de relaciones laborales, ha sido solo analizado en ámbitos más especializados, casi exclusivamente académicos.

En efecto, en los últimos años hemos asistido a sucesivas reformas de la legislación laboral en España, que han tenido como objetivo prioritario la devaluación salarial. Este objetivo se ha buscado a través de la desvertebración de la negociación colectiva, priorizando el ámbito de la empresa como el idóneo para fijar condiciones de trabajo (y particularmente "el precio del trabajo") y por tanto, quitando capacidad a los ámbitos sectoriales para *autorregular* la propia negociación colectiva. Y para terminar la lógica de las reformas se ha pretendido a su vez, debilitar el papel de los agentes sociales como interlocutores necesarios, por ser incompatibles con ese proceso desregulatorio para la caída salarial.

Esta dinámica tiene importantísimas críticas y contraindicaciones. Algunas tienen que ver con las consecuencias de las políticas de austeridad y devaluación interna. Otras con el modelo de competencia *interempresarial* que fomenta este modelo "balcanizado" de relaciones laborales. Por último, otras no menores pero en las que no se suele poner ningún foco, relacionadas con el riesgo de "descerebrar" el ámbito sociolaboral, al devaluar el papel de los agentes sociales como actores necesarios para promover los cambios o adaptaciones en el modelo económico y de tejido productivo que requiere España.

Ahí quiero situar esta intervención, haciendo un planteamiento final sobre cómo reconducir la peligrosa y dogmática deriva *desreguladora* que subyace tras las últimas reformas laborales, de forma particularmente intensa la del año 2012. Se pretende advertir de los riesgos cuando una apuesta económica de devaluación va acompañada por una apuesta por debilitar la función representativa de los agentes sociales.

## LIBERALIZACIÓN, DESREGULACIÓN, PODER EMPRESARIAL

Las reformas laborales han estado inspiradas en indicaciones de instituciones europeas que parten de una visión ideológica sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo, pero también del papel asignado a los distintos países en la división productiva.

No es casualidad que regularmente la Comisión Europea ponga el foco sobre el mercado laboral español. Hablan de la necesidad de profundizar en las reformas del marco legal de la contratación y la negociación colectiva profundizando en la lógica de las últimas modificaciones llevadas a cabo por los ejecutivos de Rodríguez Zapatero y de forma mucho más incisiva, Mariano Rajoy.

La receta es conocida y ha pretendido modificar de forma radical los ejes de regulación del sistema laboral, para conseguir unos efectos económicos coherentes con la política de devaluación interna prescrita como receta en países como España.

A grandes rasgos, las líneas de reforma podríamos sintetizarlas en tres grandes parámetros:

- El relacionado con la **liberalización** en la entrada y salida de los trabajadores en el empleo a través de contratos crecientemente descausalizados, en relación con causas de despido cada vez más arbitrarias.
- El segundo sería una apuesta por la **desarticulación** del sistema de convenios colectivos, de manera que se otorgue prevalencia en la aplicación de aquello que se acuerde en el ámbito de las empresas en detrimento de la función de los acuerdos sectoriales, es decir, al margen de la voluntad de los negociadores.
- Y por último fortalecer el **poder** empresarial, otorgándoles mayores potestades para influir en las causas justificativas del despido o de la modificación de lo pactado en acuerdos colectivos.

Liberalización, desarticulación e incremento del poder empresarial, bien podrían ser los tres vértices sobre los que asentar la creciente lógica mercantil en las relaciones laborales, tratando de arrinconar al propio derecho laboral y su carácter *tuitivo* (compensador de posiciones desiguales en la relación laboral). Son partes del "recetario" de la *Troyka* para los países con cuadros macroeconómicos más débiles tras la crisis de 2008.

## LA DEVALUACIÓN COMO META

El sentido de estas reformas se ha explicado normalmente en el objetivo de la devaluación salarial. Se partía de una constatación sumamente analizada: la crisis del 2008 había gripado el motor de sobrefinanciación de países con balanzas comerciales deficitarias. Esta sobrefinanciación, con su cruz de sobreendeudamiento, había actuado como actúa el viento en las velas de las burbujas de crecimiento (en el caso español fundamentalmente las actividades ligadas al sector inmobiliario), que impulsaban la demanda interna, una ficticia exuberancia fiscal y en definitiva, un modelo de crecimiento que maquillaba las graves deficiencias de los aparatos productivos de algunos países (cuya falta de dimensión y/o competitividad estaba detrás precisamente de las deficitarias balanzas).

Roto este esquema de crecimiento *dopado* y sólo aparentemente endógeno, se entendía que recuperar competitividad exigía una severa caída del coste de los factores de producción y particularmente los salarios, dentro de una dinámica de devaluación interna. Se pretendía así, nos decían, mejorar los saldos exteriores y por tanto, generar más actividad y empleo.

Se ha escrito ya mucho sobre el fracaso de la austeridad. No es la idea de este artículo explicar los efectos de estas políticas de contracción económica cuando no hay un contrapeso expansivo en aquellas economías que tenían más márgenes para hacerlo por poseer balanzas positivas y excedentes acumulados (singularmente la alemana), ni tampoco hay un vigor fiscal, en unos estados sometidos a reglas de disciplina presupuestaria dentro de una Unión Europea, que a su vez cuenta con ridículos presupuestos públicos en relación a su PIB.

Cabría resaltar porque resulta ilustrador, el último informe de Abril del 2016 del FMI que llega a afirmar que *“Las reformas del mercado laboral enfocadas en una reducción de la protección de los trabajadores pueden tener efectos negativos a corto plazo para la economía cuando se aplican en períodos de crisis, al incentivar el despido, debilitando la demanda agregada y retrasando la recuperación”*.

Igualmente las declaraciones que desde la Comisión Europea vienen cuestionando la política de devaluación salarial y piden ya abiertamente el incremento de los sueldos. Lo hacen, eso si, después de haber recetado las reformas que objetivamente impiden, o al menos dificultan, esa necesaria subida.

## DOGMATISMO LIBERAL APLICADO AL MERCADO DE TRABAJO

Pero además de la búsqueda de la devaluación salarial, rápida e intensa, subyace otra visión sobre el funcionamiento del mercado de trabajo vinculado a las transiciones económicas y de empleo y que está detrás de la liberalización y flexibilización de los mercados de trabajo.

Sobre la liberalización. Parte de concebir el mercado de trabajo como un mercado más. Por tanto su desregulación y flexibilización se considera en la visión liberal un elemento deseable para promover la expulsión del excedente de mano de obra de los sectores menos productivos de la economía a otros sectores más productivos y que por tanto requerirán más mano de obra. Según esta visión cualquier rigidez contractual, en causas de despido y sobre todo en precio de trabajo (y mucho más si es estipulado a través de convenio colectivo y no del "libre acuerdo" entre empresa y trabajador) es indeseable. Es más, esa rigidez estaría detrás de las tasas de paro.

¿Tiene algo de cierto esta visión, absolutamente dogmática, sobre el funcionamiento del mercado de trabajo y su relación con la mejora del aparato productivo?

En una economía medianamente desarrollada y con una base industrial, evidentemente no. Las transiciones de empleo, las dinámicas de especialización productiva, y del tejido productivo de un país, no se pueden plantear en serio desde la actuación de las libres fuerzas del mercado.

Las crisis industriales por obsolescencia y nuevos polos de competencia mundial, en sectores y subsectores tractores de la economía, han sido continuadas (a veces) por políticas industriales. Con luces y sombras sin duda, pero donde la interrelación entre sector público, privado y agentes sociales, fue determinante en rehacer el aparato productivo. Donde estas experiencias no se han dado, se cronifican las dificultades.

Por bajarlo a un ejemplo concreto y simple, pueden desaparecer 20.000 puestos de trabajo en una comarca o una provincia porque el sector de la construcción residencial se ha venido abajo, y no habrá alternativa de empleo y actividad económica que surja de la actuación anárquica de los agentes económicos. Aunque se les despida gratis, aunque se les contrate en precario. Si no hay una alternativa económica no habrá empleo. Y las posibilidades de otras o nuevas actividades de mayor valor dependerán de diversas cuestiones, incentivos, decisiones, infraestructuras, etc. Es necesaria la acción combinada de múltiples actores. Algunos económicos privados, otros públicos, pero también de agentes sociales.

¿Surgirá esa alterativa económica de la nada? ¿O es más factible si, por seguir con el ejemplo simple, se articula un plan que incentive la rehabilitación de viviendas con criterios de eficiencia energética; de forma previa se cualifica a las plantillas a nuevas técnicas de trabajo que exigen competencias distintas; o se incentiva fiscalmente la utilización de materiales que produzcan un ahorro de energía? ¿Y será mejor hacerlo sólo cuando el problema ha adquirido todo su dramatismo (paro, destrucción de actividad...), o es posible anticipar cambios por tener antenas de prospección para hacerlo?



## EL DETERIORO DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA Y DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Como se ha apuntado, esta dinámica de devaluación salarial se acometió acotando gravemente la capacidad de los agentes sociales para gobernar el modelo de negociación colectiva, e incrementando la capacidad de disposición empresarial.

La reforma laboral del año 2012 instauró la posibilidad de disminuir el precio del trabajo mediante la firma de convenios de empresa con salarios por debajo de los sectoriales. Desapareció la posibilidad de anular esa opción incluso si la voluntad de los negociadores (patronal y sindicatos) así lo decidía. Esto en un tejido empresarial compuesto muy mayoritariamente por empresas micro, pequeñas y medianas, constituía una invitación al ajuste salarial, de una forma desestructurada y descoordinada.

Esta línea de reformas que inspiran los cambios legislativos en distintos países, tiene como posible efecto asociado el debilitamiento del papel del sindicalismo que podríamos denominar *de clase*. Para renovar el lenguaje y dotarle de una caracterización descriptiva lo voy a denominar "*sindicalismo multiescalar*", en el sentido que apuntaba el profesor Antonio Baylos de entenderlo como un sindicalismo que no se queda en gobernar la relación laboral colectiva en el centro de trabajo o en la empresa, sino que aspira a ser contraparte necesaria, agente social, o sujeto sociopolítico, en las múltiples materias e instancias que determinan las condiciones de trabajo y de vida de las personas trabajadoras.

Sin duda este esquema de reformas plantea a las organizaciones sindicales el reto de revertirlas, pero también las sitúa en un desafío enorme. La inercia que provoca la nueva relación entre ámbitos de negociación, con la mayor relevancia del ámbito de empresa, puede ser una inercia tendente a la corporativización. Es evidente que si los marcos supra-empresariales perdieran referencialidad entre las y los trabajadores, podrían debilitarse los vínculos colectivos. Una especie de *balcanización laboral* que unida a la creciente diversidad del mundo del trabajo (diversidad tanto subjetiva como objetiva) hacen que el sindicalismo de clase, *multiescalar*, tenga que afinar mucho en la interpretación de su utilidad y su capacidad de generar esos vínculos colectivos. El riesgo de, aun siendo sindicato general, constituirse en una especie de "*multicorporativismo adyacente*" está ahí, y vacunarse ante él requiere de análisis sobre acción y organización sindical para mejorar las capacidades de las organizaciones sindicales.

No cabe duda de que este modelo de atomización en las relaciones laborales pretende dar respuesta a las apetencias de los nuevos formatos de gestión empresarial, sobre todo desde la mutación de la empresa integrada a las nuevas formas en que las cadenas de valor pasan por empresas desintegradas, externalizadas, reticulares. Esa *balcanización*, esa posible ruptura de vínculos colectivos y ese mayor poder empresarial, redundan en un ajuste del precio del trabajo en diversos tramos de la cadena de valor, especialmente los menos especializados y los más débiles sindicalmente.

En este apartado conviene también hacer una referencia a la actitud que pudiera abrirse paso en las patronales. La de debilitar o renunciar a su papel como agente social y por tanto como agente de determinación económico para pasar a ser una especie de *lobby* o grupo de presión empresarial sobre el poder público.

Los cambios latentes, constantes y ¿menos traumáticos?

En nuestro imaginario de crisis productivas están las industriales, y singularmente, las de grandes sectores que se vienen abajo o reducen de forma drástica su peso y el empleo que generan.

Sin embargo en los tiempos que vienen quizás haya un cambio en la caracterización de los cambios a los que nos vamos a enfrentar. Más que enormes sectores que se vienen abajo, los cambios van a estar relacionados con la evolución tecnológica aplicada y la creciente integración de aéreas económicas mundiales.



Y quizás son cambios que no van a ser estrictamente sectoriales, sino que van a afectar transversalmente al conjunto de los sectores económicos (aunque unos más que otros, obviamente).

Parece razonable pensar que necesitamos dotarnos de herramientas para hacer frente a retos diversos que se van a dar en las empresas, en los sectores productivos, en los modos y tecnologías o en los sistemas de trabajo.

La adaptación a esos cambios no debiera hacerse a rebufo de los mismos, de forma reactiva, cuando el problema está en la mesa en forma de desempleo, pérdida de cuota de producción, o cierre de empresas. Debe hacerse de forma anticipada, proactiva y participada. Quizás sea ilusorio, pero debiera ser un objetivo de cualquier política pública en estos terrenos.

¿Quién debe estar en la tarea de previsión de esos cambios? ¿Las empresas? ¿Sólo las grandes que tienen posibilidades de contar con departamentos cualificados para ello? ¿Los poderes públicos? ¿Es compatible el intento de deterioro de la función representativa de los agentes sociales con su vínculo a estos espacios de análisis y actuación multifactorial?



## DISPUTAR LA HEGEMONÍA LIBERAL DESDE LA REIVINDICACIÓN DEL HECHO SINDICAL

Sólo en un esquema de poca valorización de las propias capacidades como sociedad, se puede apostar por un marco laboral que promueva una caída de los salarios, a riesgo de deteriorar todas estas funciones sindicales, acordes a una sociedad dinámica y compleja, donde tienen que convivir espacios y actores conflictuales, con espacios y actores (a veces los mismos) con capacidad de diálogo productivo.

Revertir el sentido de las últimas reformas laborales no va a ser tarea fácil, pero es imprescindible generar una disputa por la hegemonía de pensamiento respecto al mundo del trabajo y los distintos papeles de los agentes sociales en general, y sindicales de forma singular.

Pero revertir tampoco es volver a situaciones idénticamente iguales a las que podíamos tener antes de la crisis, que también habían demostrado sus limitaciones. En España un ejemplo recurrente es la enorme segmentación en la contratación con tasas de temporalidad mucho más altas que en el resto de países.

Por no alargarme mucho más, situaré dos líneas de actuación que debieran orientar futuras actuaciones desde el ámbito público y que debieran contar con la implicación de los actores concernidos.

En primer lugar, sobre la negociación colectiva **es fundamental recuperar el valor regulador de convenios de carácter sectorial**. Es evidente que estos marcos no pueden agotar la negociación. Deben habilitar fórmulas de adaptación y desarrollo de lo pactado a la múltiple realidad de los centros de trabajo. Esta adaptación debe mejorar cualitativamente en las materias a abordar. No pueden ser sólo los clásicos contenidos que determinan el precio del trabajo (salario y su estructura, jornada y su distribución) sino que deben incorporar otros elementos facilitadores de las adaptaciones y transiciones tecnológicas, competenciales, etc.

Adaptación no es igual que deterioro. Determinadas materias entre las que aquí sí cabe destacar las que determinan los salarios, no pueden ser modificadas a la baja sin motivo y causa objetivable, ni por decisión *cuasi-unilateral* del empresariado. La flexibilidad en este terreno debe ser motivada y con la finalidad de salvaguardar empleo, lo que exige un compromiso real por las empresas de abordar la transparencia y la rendición de cuentas a sus propias personas trabajadoras. De hecho estamos en un momento en que es prioritario que los salarios recuperen capacidad de compra y contribuyan a impulsar una demanda interna agregada sostenible.

Fomentar el ajuste salarial sin causa es una invitación en el largo plazo de competencia económica e incluso desleal entre empresas sobre todo en los ámbitos menos cualificados y/o productivos, lo que tiene o puede tener un efecto macroeconómico, además de ser una injusticia. La absoluta rigidez en las condiciones contractuales entre empresa y plantillas suele ser una invitación a la “externalización de precariedades” relacionadas con los cambios de ciclo económico o de cualquier otra variable. En un período en que las cadenas de valor no se corresponden con una empresa, sino con múltiples empresas vinculadas o en red, la dualidad laboral se puede profundizar si no acertamos en la dosis de la fórmula de garantía de derecho y procedimiento adaptativo.

Y como último apunte, el tamaño medio de las empresas, centros de trabajo y unidades de producción hacen poco menos que imposibles sistemas de relaciones laborales dignos de tal nombre en el ámbito de esas empresas. Se requiere de una resindicalización de estas dinámicas. La relación en la empresa tiene y va a seguir teniendo un componente conflictual, y la realidad es que hablamos de relaciones desiguales entre empresario y trabajador. Deben buscarse fórmulas de legitimación del hecho sindical ante las distintas realidades, mejorar el papel de comisiones paritarias y deben suprimirse las figuras asindicales como las comisiones *ah-hoc*.

En segundo lugar, **debemos repensar el papel tripartito que administración y agentes sociales jugamos en relación a las políticas de empleo y de adaptación a los cambios.** Son necesarias antenas de análisis, prospección, predicción sobre cómo evolucionan distintas variables: macroeconómicas, sectoriales, tecnológicas, productivas, etc. Crear espacios donde los agentes empresariales vinculados por las cadenas de valor abordan todos estos retos.

Esta información no puede embalsamarse en los ámbitos de gestión empresarial pública o privada, sino que deben informar al conjunto de agentes implicados (sindicales, empresariales, formativos...). Y esto es así porque las adaptaciones a las crisis latentes, constantes y veremos si menos traumáticas, requieren políticas permanentes. Hace falta adaptar competencias, reconocer las adquiridas a través de la vía de la formación y de la experiencia profesional, para someterlas continuamente al contraste con la realidad esperada en el aparato productivo.

Y esto ya no vale hacerlo en las “edades formativas” hace falta hacerlo a lo largo de toda la vida laboral. Y esto ya no vale hacerlo en las grandes empresas y grandes unidades de producción, hay que hacerlo en el conjunto del tejido porque ahí están la mayoría de las personas trabajadoras.

¿Se puede acometer esta tarea sin fuertes organizaciones representativas del mundo del trabajo? ¿Se puede hacer sin un espacio reconocido de intervención, es decir, de prospección, análisis y codeterminación de políticas a seguir? ¿Se puede hacer sin un Gobierno que lidere esta reflexión en lugar de dedicarse a cuestionar el papel de los agentes sociales? ¿Se puede hacer sin marcos de agregación de intereses en la negociación colectiva compatibles con las capacidades adaptativas?

En nuestra opinión no se puede. Democratizar lo marcos de relaciones laborales es necesario. Recuperar el valor del derecho laboral como un marco de garantía y que equilibre la relación desigual que se da en la empresa, y en general en la vida económica.

Revertir las últimas reformas laborales es un paso necesario para crear un nuevo marco laboral donde los agentes sociales juguemos un papel determinante a la hora de fijar normas y derechos colectivos, pautas y cauces de adaptación de los mismos a las realidades múltiples de las empresas, y procedimientos democráticos para resolver los conflictos de intereses o los bloqueos de tales procedimientos.

La individualización de las relaciones laborales y/o el intento de desindicalización de las mismas responde al mito liberal de la correcta asignación de recursos en las claves mercantiles, que además de promover la inequidad y la injusticia social, es un modelo totalmente ineficaz para afrontar los retos de los cambios en la economía del futuro.





## DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE ADAPTACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. NEGOCIACIÓN Y CONFLICTO

Ricardo Bodas Martín,

Presidente de la Sala Social de la Audiencia Nacional

## DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS DE ADAPTACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. NEGOCIACIÓN Y CONFLICTO

El despido colectivo, al igual que las medidas de flexibilidad interna colectivas, no es una potestad soberana del empresario, quien está obligado, cuando tenga la intención de promover medidas de flexibilidad interna o externa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2.1 Dir. 98/59/CEE; arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET).

Deberá tenerse presente que, si el número de trabajadores afectados por el despido no supera los umbrales, exigidos por el art. 51.1 ET, pero supera en alguno de los centros de trabajo los umbrales, previstos en el art. 1 Dir. 1998/59/CE, puesto que el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo, y, por otro lado, que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de 90 días, a al menos 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores (STJUE 13-05-2015, rec. 182/2013). – Dicha doctrina ha sido asumida por la jurisprudencia, entendiéndose que la unidad de cómputo para determinar la superación de los umbrales del art. 51.10 ET que separan el despido colectivo del despido objetivo individual, debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores, en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro de trabajo aisladamente considerado excedan tales umbrales; y debe ser la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma (STS 17-10-2016, rec. 36/16). – No obstante, cuando la empresa empleadora tiene una plantilla de más de 20000 trabajadores, procediéndose al cierre de un centro de trabajo por medio del despido de los doce empleados que prestaban servicios en el mismo y que eran la totalidad de la plantilla, no concurre despido colectivo llevado a cabo fuera de los cauces que exigen los artículos 51 ET y 124 LRJS por cuanto que no se superan los umbrales numéricos establecidos en la primera norma –30 trabajadores-- ni tampoco en la Directiva 98/59, puesto que el número de despidos

no alcanza el número de 20. El hecho de que se haya procedido al cierre del centro de trabajo, a la extinción de todos los contratos de trabajo de quienes allí prestaban sus servicios no supone tampoco que se esté en presencia de un despido colectivo, puesto que el art. 5.1 se refiere en estos casos a la “cesación total de la actividad empresarial”, no del centro, concepto propio de derecho interno, que por vía del art. 5 de la Directiva 98/59 CE mejora las previsiones de ésta (STS 13-06-2017, rec. 196/16).

El período de consultas se constituye, de este modo, en una manifestación específica de la negociación colectiva (STS 24-07-2014), que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, 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 (art. 2.2 Directiva). – Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237).

Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. – Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva, asumida por el art. 64.1 ET, la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). – Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011, EDJ 2011/8346). – Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, entendiéndose como tal aquella que controle a otras, concurriendo tal control cuando dicha empresa pueda imponer la política financiera y de explotación de sus filiales, a tenor con lo dispuesto en la Norma de Valoración 19.1 RD 1514/2007, de 16 de noviembre, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proce-

der a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (STS 27-05-2013, rec. 78/2012; SAN 1-04-2013, proced. 17/2013; SAN 24-02-2014, proced. 493/2013; SAN 4-04-2013, proced. 63/2013; SAN 30-05-2014, proced. 13/2014; SAN 12-06-2014, proced. 79/2014), de manera que, si el período de consultas concluyó con acuerdo, se entiende que los negociadores dispusieron de la documentación precisa (STS 12-05-2017, rec. 210/15, Roj: STS 2023/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2023, confirma SAN 15-04-2015). – Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y STS 25-06-2014, rec. 165/2013). – Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012; SAN 19-12-2012, proced. 251/2012; SAN 24-02-2014, proced. 493/2013; SAN 28-03-2014, proced. 44/2012), anulándose una medida, basada en variaciones económicas del ejercicio anterior, porque no se aportaron las cuentas de dicho ejercicio en el período de consultas (STS 19-04-2016, rec. 116/15).

La segunda fase del período de consultas es propiamente la negociación, que consiste, conforme dispone el art. 64.1 ET, en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias.

La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe, entendiéndose como tal la que propicie que el período de consultas alcance sus fines. – Habrá de acreditarse, por consiguiente, una negociación efectiva para alcanzar los fines legales, lo cual obligará a considerar las propuestas y contrapropuestas de los negociadores (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010; SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y STS 27-05-2013, rec. 78/2012). – Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el despido colectivo fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012, confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012), aunque se ha admitido también el aplazamiento del pago de la indemnización, cuando se pactó por encima de la mínima legal (STS 2-06-2014, recud. 2534/2013). – La negociación se produce efectivamente, cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013,

proced. 324/2012); si concurre causa, la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de las cuentas anuales de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe comercial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4-04-2013, proced. 66/2013). – Cuando se acredita que la empresa aportó la documentación pertinente en el período de consultas y negoció de buena fe, puesto que movió repetidamente su posición, variando los criterios de selección que le eran más útiles a favor de la voluntariedad, ampliando colectivos excluidos, reduciendo sustancialmente el número de despidos y ofertando una indemnización de 33 días por año, que mantuvo aunque el período de consultas concluyó sin acuerdo. - Se desestiman las demás causas de nulidad por su escasa relevancia. - Se declara justificado el despido, porque la reducción de los servicios supuso una reducción del 24, 1%, que acreditó una plantilla sobredimensionada en un 21%, lo cual acredita que la medida extintiva era idónea, razonable y proporcionada (SAN 3-02-2017, proced. 331/16, ROJ: SAN 273/2017).



El art. 8 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, precisa de menor a mayor qué medidas deben considerarse para evitar o reducir los convenios colectivos, o atenuar sus consecuencias, cuya consideración constituye regla de buena práctica para ambas partes:

1. *A efectos de lo establecido en el apartado 1 del artículo anterior, entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán considerar, entre otras, las siguientes:*
  - a) *La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.*
  - b) *Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores.*
  - c) *Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores.*
  - d) *Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.*
  - e) *Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.*
  - f) *Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.*
  - g) *Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.*
2. *Entre las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, podrán considerarse, entre otras, las siguientes:*
  - a) *El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule.*
  - b) *La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.*
  - c) *Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.*
  - d) *Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.*

- e) *Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.*
- f) *Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.*

El tercer requisito, exigido por el art. 2.3 de la Directiva, es que el período de consultas se efectúe en tiempo hábil, entendiéndose como tal el necesario para que los representantes de los trabajadores reciban, asimilen la información pertinente y estén en condiciones de negociar los objetivos del período de consultas. – Dichas exigencias no serán fácilmente alcanzables en los plazos previstos en el art. 51.2 ET y en el art. 7 del Reglamento, al ser impensable, especialmente cuando se trate de empresas complejas (grupos de empresa o empresas en red), que los representantes de los trabajadores puedan asimilar informaciones de alta dificultad técnica y negociar alternativas en el plazo de quince días naturales en las empresas de menos de 50 trabajadores, e incluso en los treinta días naturales previstos para las empresas superiores a dicho número. – Más inalcanzable, si cabe, cuando la negociación se realice con comisiones ad hoc, por cuanto el art. 41.4 ET, aplicable a los despidos colectivos para la constitución de la comisión ad hoc, exonera al empresario de cualquier responsabilidad en la constitución de la comisión ad hoc, a tal punto que, si no se constituye en el plazo de cinco días, no se paralizará el proceso. – El art. 3.2.g del Reglamento reincide en la irresponsabilidad empresarial, puesto que el empresario cumple si ha realizado la notificación prevista en el art. 41.4 ET, aunque no se elija por los trabajadores la correspondiente comisión ad hoc (SAN 22-04-2013, proced. 73/2013). – Ambos preceptos podrían vulnerar la Directiva Comunitaria, que exige la concurrencia de un período de consultas en tiempo hábil, al ser impensable que unos trabajadores carentes de experiencia, que no se conocen entre ellos, ni disponen de medios económicos, ni posibilidad alguna de presentar candidaturas coherentes, puedan organizar un proceso democrático de esta envergadura en el plazo de quince días, especialmente en empresas complejas en las que haya muchos centros de trabajo sin representantes de los trabajadores. – Si lo hacen, pese a todo, les quedará, en la mayoría de los casos un período mínimo – 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores y 30 días en empresas de más de 50 trabajadores, que no puede considerarse hábil (art. 7 Reglamento) y si no lo hacen, el proceso sigue como si nada, lo que constituye una manifiesta contradicción, puesto que no cabe un período de consultas sin interlocución con los representantes de los trabajadores, aunque la jurisprudencia más reciente ha caucionado un período de consultas con los trabajadores afectados, quienes se negaron a elegir la comisión ad hoc, si bien no de modo general, por cuanto los trabajadores afectados solo eran 19 y acordaron unánimemente negociar directamente, entendiéndose, por otra parte, que estaban legitimados para ser parte en la demanda de jactancia, promovida por la empresa demandante, por cuanto estaban legitimados para negociar el período de consultas (STS 23-03-2015, rec. 287/2014, casa SAN 20-12-2013).

No obstante, la jurisprudencia, por todas STS 23-03-2015, rec. 287/2014, casa SAN 20-12-2013, ha convalidado un período de consultas, en el que el empresario sugiere a todos los trabajadores afectados por el despido en el primer día del período de consultas, que pueden elegir una comisión ad hoc, sin advertirles de las consecuencias legales, negociando, a continuación, con todos los trabajadores, quienes se negaron a elegir la comisión.



## PLANIFICACIÓN PREVIA DEL PERÍODO DE CONSULTAS

La complejidad del período de consultas es de tal magnitud, que ajustarlo mecánicamente al procedimiento, previsto en los arts. 40, 41, 4; 47, 51.2 y 82.3 ET, así como a la regulación reglamentaria, provocará problemas, cuya subsanación no siempre será viable durante el desarrollo del propio período de consultas, por lo que es absolutamente recomendable que se planifique previamente su ejecución, pactándola con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con los trabajadores sin representación, antes de iniciar formalmente el período de consultas y comunicarlo a la Autoridad laboral, sobre los aspectos siguientes:

- a. Aportación previa de la documentación, exigida por el art. 51.2 ET, en relación con los arts. 3, 4, 5, 9 y 18 del Reglamento, lo cual permitirá que los representantes de los trabajadores estén informados desde el inicio del período de consultas (SAN 22-03-3013, proced. 56/2013) y posibilitará el comienzo inmediato de la negociación. – Dicha anticipación es más pertinente, si cabe, cuando la empresa no haya cumplido previamente los deberes informativos, predicados en los apartados 2.a y b y 4.a del art. 64 ET, que constituyen derechos subjetivos perfectos de los representantes de los trabajadores, cuyo cumplimiento les permitirá controlar efectivamente la evolución económica y productiva de la empresa y afrontar en mejores condiciones el período de consultas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – En efecto, el comité de empresa tiene derecho a ser informado trimestralmente sobre los siguientes extremos: a) Sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa; b) Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción; c) Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación y d) De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen. – Tiene derecho, así mismo, a que se le informe, con la periodicidad que proceda, sobre el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos. – Conviene precisar aquí, que los socios de

las empresas del grupo de empresas tienen derecho a conocer las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores (art. 42.5 C.Co).

**b. Determinación de la composición de la comisión negociadora, cuando haya representantes de los trabajadores en la empresa:**

1. Si las secciones sindicales mayoritarias, quienes tienen derecho absoluto a negociar el período de consultas, cuando acrediten representatividad mayoritaria en los centros de trabajo afectados por la medida, deciden negociar como tales, deberá definirse el número de representantes en la comisión, que no podrá ser superior a 13, con la finalidad de concretar las mayorías necesarias para cumplimentar el mandato del art. 28.1 del Reglamento, que exige que los acuerdos de la comisión se tomen por quienes representen a la mayoría de los trabajadores afectados.
2. Si se opta por negociar con el comité intercentros, deberá asegurarse que dicho órgano tiene legitimación para hacerlo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 63.3 ET (SAN 26-04-2013, proced. 29/2013). – El TS ha validado la intervención del comité intercentros, compuesto mayoritariamente por dos sindicatos codemandados, aun cuando se originó en un convenio, que no se aplicaba a dos centros de la empresa (STS 22-09-2014, rec. 305/2013, confirma SAN 26-04-2013).
3. Si se negocia con los representantes de los trabajadores en empresas con varios centros, habrá que definir previamente el sistema de ponderación de votos para dar cumplimiento al mandato del art. 28.1 del Reglamento.
4. Si se opta por negociar por comisiones híbridas, habilitadas por el art. 26 del Reglamento, quien remite, a su vez, al art. 41.4 ET, deberá precisarse, al menos, que se pactó negociar así y que se aseguró la ponderación del voto (SAN 28-09-2012, proced. 106/2012). – No es posible constituir comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales, representantes unitarios y comisiones ad hoc (SAN 26-04-2013, proced. 76/2013), aunque STS 1-04-2014, rec. 95/2013, ha admitido con la regulación anterior una comisión híbrida, compuesta por dos secciones sindicales, cuya representatividad no se acreditó, un miembro de una Federación sindical y dos comités de empresa, quienes no alcanzaron acuerdo.

**c. Cuando no haya representantes de los trabajadores en los centros de trabajo afectados por la medida deberá garantizarse el cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 41.4 ET:**

1. Deberá notificarse a todos los trabajadores de todos los centros de trabajo.
2. Cuando la medida afecte a un solo centro, en la notificación deberá advertirse que podrán elegir una comisión formada por tres de ellos o, en su defecto, delegar en los sindicatos más representativos o representativos del sector, advirtiéndoles que, si no eligen en el plazo indicado, proseguirá el proceso.
3. Si la medida afecta a más de un centro de trabajo, los trabajadores sin representantes de los trabajadores, estará representados por los de los centros representados, salvo que opten por elegir sus propios representantes en cada centro, lo que obligará a definir una hoja de ruta, que asegure la participación de esos representantes de los trabajadores conforme al porcentaje de representatividad, que les corresponda, en la comisión negociadora de 13 miembros.
4. Se ha habilitado, no obstante, la negociación directa del período de consultas por los 19 trabajadores afectados, a quienes se ofertó la elección de la comisión ad hoc el primer día de consultas, sin advertirles de las consecuencias legales, negociando directamente, a continuación, porque los trabajadores se negaron a elegir la comisión ad hoc (STS 23-03-2015, rec. 287/2014, casa SAN 20-12-2013).
5. Aunque ni la ley, ni el reglamento disponen absolutamente nada sobre el modo en el que se producirá la elección, hay que asegurar el voto personal, libre y secreto de cada uno de los electores, así como la posibilidad de que cada candidato pueda presentar su candidatura en pie de igualdad con los demás, lo que solo será posible si se protocoliza previamente por el propio empresario.
6. Deberán presentarse actas firmadas por todos los trabajadores de la empresa, que permitan controlar la limpieza democrática del período de consultas. – Constituirá buena práctica que se utilicen actas predefinidas, en las que se identifique, al menos, el número de participantes en la asamblea, sus nombres y apellidos, las candidaturas presentadas y los votos obtenidos por cada una de ellas.

#### d. Planificación del calendario de la negociación

La negociación, prevista legalmente, es de treinta días para los despidos colectivos, salvo en empresas de menos de 50 trabajadores, en cuyo caso será de quince días de duración, al igual que los supuestos de los arts. 40, 41, 47 y 82.3 ET. – No se vicia el período de consultas, porque no acudiera un negociador por enfermedad, cuando se acredita, además, que fue sustituido por un compañero elegido en su centros de trabajo (SAN 22-03-2013, proced. 62/2013). – El procedimiento negociador exigirá un calendario. – El art. 7 Reglamento establece el número de reuniones y la cadencia de las mismas, distinguiendo empresas de más y menos de 50 trabajadores, aunque se trata de un procedimiento dispositivo. – Si se cierra formalmente sin acuerdo, no será necesario agotar todas las reuniones pactadas, pero no cabe imponer unilateralmente una negociación de 8 días (SAN 19-12-2012, proced. 251/12), sin que quepa admitir tampoco un período de consultas cuya duración fue una semana, concluyéndose unilateralmente por la empresa, quien negoció formal pero no realmente dicho período, al que no se proporcionó, además, documentación pertinente (STS 29-12-2014, rec. 93/2012). – Aunque se ha admitido que la finalización sin acuerdo del período de consultas puede ser tácita (STSJ Cataluña 26-06-2012, proced. 8/2012), el art. 7.6 del Reglamento exige que sea de común acuerdo y se notifique a la Autoridad Laboral. – Caso de no concurrir consenso en la finalización sin acuerdo, habrá que mantener la negociación hasta el final, so pena de nulidad (STSJ Murcia 9-07-2012, proced. 3/2012). – Sin embargo, se ha descartado la nulidad cuando se supera el plazo del período de consultas (STSJ Galicia 6-07-2012, proce. 12/2012 y SAN 13-03-2013, proced. 4/2013), porque el plazo máximo, contemplado en el art. 51.2 ET, tiene por finalidad que ninguna de las partes obligue a la otra a continuar negociando tras superarse el plazo, pero nada impide que ambas parte continúen negociando de común acuerdo. – Parece razonable, por consiguiente, que se pacte el calendario, aunque solo sea a efectos indicativos, porque dicho acuerdo facilitará el buen orden y consiguientemente el buen fin del período de consultas.

## EL INICIO DEL PERÍODO DE CONSULTAS

- La promoción de la medida de flexibilidad interna o externa debe efectuarse por la empresa real y no por persona interpuesta, en cuyo caso procederá el levantamiento del velo (STS 2-06-2016, rec. 194/15, confirma SAN 30-03-2015)
- La negociación del período de consultas es un requisito constitutivo para producir el despido colectivo, no pudiéndose acordar sin él por la administración concursal (STSJ Asturias 21-11-2012, REC. 22/2012), manteniéndose dicha exigencia en el art. 64.5 de la Ley Concursal (versión Ley 9/2015, de 25 de mayo). – Del mismo modo, se anula la medida empresarial, porque no hubo propiamente período de consultas, aunque se alcanzó acuerdo con dos de los tres delegados de la empresa (STSJ Asturias 8-02-2013, rec. 2699/2012).
- La falta de realización comporta necesariamente la nulidad del despido (STSJ Cataluña 18-07-2012, rec. 17/2012).



## LA PROMOCIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO POR LOS GRUPOS DE EMPRESA

- En el contexto económico actual, donde el paradigma empresarial se identifica con la empresa flexible y en permanente proceso de reestructuración, cuya finalidad principal es fomentar su máxima productividad y eficiencia, así como acomodarse a los requerimientos de la demanda, se plantea de qué modo deben acometer los grupos de empresa los procesos de regulación de empleo y especialmente los despidos colectivos: directamente por el grupo como tal, o por cada una de las empresas del grupo de modo diferenciado.
- La legitimación para promover el despido colectivo, así como las demás medidas colectivas de flexibilidad interna, se predica de la empresa, entendiéndose como tal a quien proporciona y retribuye el trabajo, fuere quien fuere la empresa que lo controla (Mercader y De la Puebla).
- La jurisprudencia ha validado la promoción del despido colectivo por el grupo de empresas a efectos laborales, cuando no se cuestiona su condición de empleadoras por la RLT, confirmándose el despido, al haberse acreditado la reducción de los resultados de explotación (STS 25-06-2014, rec. 165/2013, confirma SAN 18-12-2012 y STS 18-03-2014, rec. 114/2013).
- Dicha promoción debe matizarse, cuando el grupo de empresas a efectos laborales se presenta como tal como consecuencia de una fusión de hecho, autorizada por la DG Competencia, pese a lo cual cada empresa mantiene de alta y retribuye a sus trabajadores, suscribiéndose, incluso, un convenio colectivo por una de ellas con posterioridad a la supuesta fusión y el grupo debuta como tal al iniciarse el período de consultas, sin que se haya producido subrogación formal ni real en los contratos de trabajo de los trabajadores de las diversas empresas, ni se hayan cumplimentado las exigencias informativas del art. 44 ET, en cuyo caso se entiende que el período de consultas no se ajustó a las reglas de buena fe exigibles (SAN 12-06-2014, proced. 79/2014 y SAN 15-10-2014, proced. 488/2013).
- Dicha legitimación se predica únicamente, por tanto, de los denominados grupos de empresa a efectos laborales, entendiéndose como tales los grupos en los que concurre confusión de plantillas y confusión patrimonial, o uso abusivo de la personalidad jurídica (STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012 y STS 20-03-2013, rec. 81/2012). – Las sentencias del TS 27-05-2013, rec. 78/2012, 25-09-2013, rec. 3/2013; 19-12-2013, rec. 3/2013, STS 28-01-2014, rec. 46/2013,

STS 29-01-2014, rec. 121/2013, 18-02-2014, rec. 42/2013 y 19-02-2014, rec. 45/2013 han matizado la jurisprudencia precedente, subrayando que la unidad de empresa y la apariencia externa de unidad son irrelevantes a estos efectos, por cuanto, concurren necesariamente en los grupos mercantiles, por lo que los rasgos diferenciadores son únicamente la confusión patrimonial, entendiéndose que concurre cuando el patrimonio de las diversas empresas es indistinguible y confusión de plantillas, asociadas al fraude de ley, o el uso abusivo de la personalidad. – Cuando no concurren las notas citadas, no hay grupo de empresas a efectos laborales (STS 28-01-2014, rec. 46/2013), no concurriendo porque una tenga las acciones de la otra, subrayando que no pertenecen al mismo ciclo productivo (STS 21-05-2014, rec. 182/2013). – Por el contrario, en el caso de TELEMADRID, se ha admitido la concurrencia grupo de empresas a efectos laborales que es el EPRTVM al que pertenecen las dos sociedades mercantiles de carácter instrumental, porque trabajan con un único presupuesto, tienen un domicilio único, una financiación conjunta, un administrador único y un único Convenio Colectivo aplicable tanto al Ente Público como a las dos sociedades mercantiles instrumentales, en definitiva un funcionamiento integrado de las empresas. Además, el propio Convenio Colectivo prevé en su art. 9 la posibilidad de que los trabajadores de una sociedad presten servicios en la otra o en el Ente, por lo que debe examinarse conjuntamente las causas del despido colectivo (STS 26-03-2014, rec. 158/2013). Del mismo modo, se ha considerado que la empresa real era un grupo de empresas a efectos laborales, en el que se acreditó la confusión patrimonial, que no negoció el despido como tal. – También, cuando concurría confusión patrimonial y de plantillas entre las empresas del grupo (STS 23-02-2015, rec. 255/2013 y STS 24-02-2015, rec. 124/2014. – Del mismo modo, cuando concurre un sistema de caja única, que cubre las actividades de todas las demás, abonando particularmente los salarios de los trabajadores de todas las empresas»; y que «las empresas demandadas han utilizado habitualmente trabajadores de todas ellas» se concluye que concurre grupo de empresas a efectos laborales, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción social, aunque alguna de las empresas del grupo se encuentren en concurso (STS 22-09-2014, rec. 314/2013, confirma SAN 26-07-2012). – Se admite también la concurrencia de caja única, al acreditarse la formalización de hipotecas de algunas de las empresas del grupo para satisfacer deudas mercantiles y tributarias de otras, entendiéndose la concurrencia de promiscuidad patrimonial y se anula, así mismo, porque la ausencia de alguna de las empresas del grupo, que eran el empresario real, impidió que el período de consultas alcanzase sus fines (STS 20-11-2014, rec. 73/2014). – Se absuelve, no obstante, a la persona física codemandada, por cuanto no

se acreditó su condición de empresario real. - Se valida la aportación de un informe pericial de 33 páginas en el acto del juicio, por cuanto se considera que era un documento no demasiado extenso y no generó indefensión a los demandados (STS 20-05-2014, rec. 168/2013). – Se descarta la concurrencia de grupo a efectos laborales, cuando no concurren las notas adicionales exigidas (STS 21-12-2014, rec. 83/2014).

- La doctrina judicial viene manteniendo que corresponde probar la concurrencia de las notas adicionales a quienes pretenden acreditar la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, cuya acreditación no tiene que ser plena, bastando que concurra alguna de ellas (STSJ Madrid 9-02-2015, rec. 896/2014). – Por todas, SAN 10; 22 y 23-12-2013, proced. 153/2013; 306/2013 y 330/2013; STSJ Madrid 18-12-2013, rec. 6386/2012; STSJ Navarra 11-12-2013, rec. 279/2013; STSJ Asturias 10-01 y 21-02-2014, rec. 2224/13 y 146/2014; STSJ Castilla la Mancha 3-02-2014, rec. 1287/2013; STSJ Comunidad Valenciana 13-02-2014, rec. 59/2013 y STS 30-05-2017, rec. 283/16, ROJ: STS 2334/2017).
- Ahora bien, no parece edificante, que las empresas del grupo, que se autotitula como grupo a efectos laborales, debuten como empleadoras solidarias en el momento de promover el período de consultas, por cuanto dicha actuación podría vulnerar su deber de buena fe contractual, exigido por el art. 20.2 ET. – Vulneraría, además, los deberes de información y consulta, exigidos por el art. 64.5.d ET, referidos a cambios relevantes en los contratos de trabajo, así como a la modificación del estatus jurídico de la empresa que implique cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo. – Proceso de información y consulta, cuya ejecución no puede desplegarse en el mismo período de consultas del despido colectivo o de cualquier otra medida de flexibilidad interna, sin quebrar las exigencias de buena fe ya citadas (SAN 15-10-2014, proced. 488/2013).
- La concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales debe hacerse valer en el período de consultas por la RLT, puesto que atenta a la buena fe negocial no plantearlo allí y fundar posteriormente la demanda en dicha circunstancia (SAN 26-05-2014, proced. 25/2014). - La jurisprudencia, por todas STS 17-03-2016, rec. 178/15, ha defendido que no cabe impugnar un ERTE, concluido con acuerdo en el período de consultas, con base a la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales.
- Así, se ha considerado la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales, con base al uso abusivo de la personalidad, e la impugnación de un despido colectivo, promovido por una de las empresas de un grupo mercantil, dirigido en España por una de las empresas del grupo, quien mantenía una

estructura absolutamente centralizada, así como un sistema de cash pooling y una plataforma de precios, denominada facturación espejo, se estima parcialmente la excepción de falta de legitimación pasiva de las empresas del grupo, en las que no concurrían los requisitos exigidos para la extensión de la responsabilidad. - Se desestima, sin embargo, la falta de legitimación pasiva de la empresa dominante y otra de las empresas del grupo, porque se acreditó que la empresa, promotora del despido, no tenía dirección desde 2011, ejerciéndose por trabajadores de la otra empresa, porque la, externalización de las tareas de dirección de una empresa, constituyen una práctica artificiosa, fraudulenta y abusiva del uso de la personalidad jurídica de las empresas, por lo que se declara la nulidad del despido y se condena solidariamente a las tres empresas, porque el período de consultas se negoció con la empresa aparente y no con la empresa real (SAN 20-01-2014, proced. 256/2013).

- Del mismo modo, se ha entendido, que la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, cuya certeza no se discutió por las empresas demandadas, rechazándose la excepción de falta de legitimación pasiva de cuatro de las empresas demandadas, porque se acreditó que las mismas forman parte del grupo de empresas y suscribieron una conciliación, alcanzada ante la Sala, en la que se responsabilizaron solidariamente con las demás mercantiles de lo pactado con una de las empresas del grupo, acreditando, con sus propios actos, que forman parte del mismo. - Se declara que la negociación unitaria del período de consultas se ajustó a derecho, porque la empresa real de los actores son las empresas del grupo. - Se declara que las empresas cumplieron todos los requisitos formales, exigidos legal y reglamentariamente, entregaron la documentación pertinente y negociaron de buena fe, porque ofertaron el máximo que podían ofrecer de su gravísima situación. - Se declara justificado el despido colectivo, porque se probó la concurrencia de causas económicas, productivas y organizativas y se concluye que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas. Voto particular (SAN 10-03-2014, proced. 285/2013).
- En el ámbito del empleo público, referido al despido colectivo, promovido por TRAGSA, se declaró la existencia de grupo con TRAGSATEC, porque las transferencias entre ambas mercantiles no se producían en términos de mercado, porque ninguna de ellas opera propiamente en el mercado (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013, casada STS 20-10-2015, rec. 172/14).
- También se ha declarado la nulidad del despido, promovido por las empresas de un grupo, que se auto tituló grupo a afectos laborales, por cuanto ni el grupo, ni las empresas que lo forman, informaron a la RLT ni a los propios trabajadores de la sucesión empresarial, no solicitando, por consiguiente, el

informe previo de la RLT sobre la “fusión de facto” que lo originó, no habiéndose producido formalmente tampoco la subrogación de los trabajadores de las empresas partícipes en el grupo de facto, entendiéndose que vulnera la buena fe en la negociación que los trabajadores conocieran dichos extremos al iniciarse el período de consultas, aunque se admite la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales. Se anula también, porque las empresas no aportaron documentación pertinente sobre su reorganización, pese a que se solicitó por la RLT y se anula finalmente, porque las empresas vulneraron los derechos fundamentales a la negociación colectiva y huelga, por cuanto durante la negociación del período de consultas, se vació de contenido el derecho de huelga, al utilizarse productos embotellados en otras fábricas de quien dice ser empleador único de los trabajadores (SAN 12-06-2014, proced. 79/2014, confirmada STS 20-04-2015, rec. 354/14). – Del mismo modo, promovido el despido colectivo por un grupo de empresas a efectos laborales, cuyo funcionamiento con confusión de patrimonios y de actividad es cuestión pacífica, se declara la nulidad del despido, porque se negoció únicamente con una de las empresas afectadas, prescindiéndose del grupo durante la negociación de las consultas, si bien se absolvió a los administradores. – Acreditada la sucesión empresarial de una Sociedad Civil Particular, constituida poco antes de los despidos como sucesora parcial de la anterior empleadora, se consideró que dicha constitución supuso un fraude de ley, que puede acreditarse mediante el sistema de presunciones, destinado precisamente a evitar lo dispuesto en el art. 44 ET, aunque la sentencia de instancia condenó a dicha sociedad y a sus administradores, pero únicamente respecto de siete trabajadores. Se estima el recurso de los trabajadores para que la condena de la SCP se extienda a todos los trabajadores, porque la sucesión empresarial afectó a toda la empresa, por cuanto no se acreditó que lo transmitido constituyera unidad productiva autónoma (STS 20-06-2017, rec. 15/17, Roj: STS 2972/2017).

- También, cuando el grupo debuta por primera vez al iniciar el período de consultas, aunque no incluye a todas las empresas del grupo mercantil, pero sí a una empresa filial de otro grupo de empresas, cuya empresa dominante, controlada por los mismos administradores y dedicada a la misma actividad, se beneficia sin control documental solvente de activos de la dominante, que promueve el despido colectivo. - Se amplía el perímetro del grupo a las empresas del grupo mercantil, así como a las empresas controladas, junto con la dominante del otro grupo y a la filial incluida desde el principio, porque se acreditó confusión patrimonial y de plantillas, así como uso abusivo de la personalidad (SAN 15-10-2014, proced. 488/2014).
- La doctrina judicial mantiene, sin embargo, que es necesario acreditar la

conurrencia de las notas adicionales para extender la responsabilidad a las empresas del grupo (STSJ Castilla la Mancha 3-01-2014, rec. 1287/2013 y STSJ C. Valenciana 13-02-2014, rec. 59/2013), STSJ Asturias 10-01-2014, rec. 2224/2013, STSJ Asturias 30-12-2014, rec. 2652/2014, STSJ Madrid 26-01-2015, rec. 558/2014 y SAN 26-01-2015, proced. 205/2014). – Se ha descartado que la dirección unitaria constituya un factor determinante para la concurrencia del grupo de empresas a efectos laborales, salvo en supuestos de uso abusivo de la personalidad jurídica (STS 19-12-2013, rec. 37/2013 y 29-12-2014, rec. 83/2014).

- Por el contrario, cuando se trate de un grupo mercantil, entendiéndose como tal cuando una empresa controle a otra u otras (art. 42 C.Co) el grupo como tal no estará legitimado para promover el despido colectivo (TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012). – La STSJ Madrid 9-04-2013, proced. 18, 23 y 24/2013 mantiene una posición más ambigua sobre el tema (Telemadrid).
- La alternativa posible es la negociación conjunta con votaciones diferenciadas empresa por empresa, pero no cabe votar globalmente con los representantes de todas las empresas del grupo mercantil, porque el período de consultas debe realizarse con los representantes de cada empresa (art. 51 ET y art. 26 RD 1483/2012).



## DOCUMENTACIÓN COMÚN

- Es requisito imprescindible que la memoria especifique las causas, si bien será admisible que se promueva por una causa y se concluya con otra, siempre que se acredite que dicho cambio no ha producido indefensión a la parte contraria y que el período de consultas trató sobre la misma. – No se cumple el requisito cuando la empresa se limitó a comunicar las causas en las asambleas de trabajadores (STSJ Asturias 30-11-2012, rec. 2563/2012 y 2564/2012). - En cualquier caso, si la empresa podía haber fundamentado el despido en causas productivas y sin embargo la funda únicamente en causas económicas, está en su legítimo derecho, por cuanto dicha decisión limita sus opciones de éxito y no genera indefensión a la contraparte (SAN 25-03-2014, proced. 44/2014).
- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados centro a centro, cuando afecte a varios (STSJ Cataluña 23-05-2012, proced. 107/2012).
- Número y clasificación profesional de los empleados habituales en la empresa en el último año con indicación de cada uno de los centros de trabajo.
- Período previsto para la realización de los despidos (STSJ Madrid 25-06-2012, proced. 21/2012).
- Criterios de selección: decisivo para el control de las causas (STSJ Madrid 25-06-2012 y SAN 26-07-2012), que habrá de relacionarse necesariamente con su adecuación a los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012; TSJ Navarra 9-10-2012, rec. 353/2012). – Cabe la identificación desde el inicio (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Los representantes de los trabajadores tienen preferencia de permanencia, pero no garantías de ello, cuando se acredita la necesidad de amortizar su puesto (STSJ Asturias 16-11-2012, rec. 2065/2012). – Se ha entendido que, si se obliga a los representantes de los trabajadores entre renunciar a sus preferencias o promocionar despidos de centros no afectados, se vulnera el derecho de libertad sindical (SAN 12-06-2013, proced. 143/2013, confirmada por STS 21-10-2014, rec. 11/2014). - Cuando el despido colectivo afecta al sector público, los criterios de selección deben asegurar el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013, casada STS 20-10-2015, rec. 172/14), aunque se han considerado ajustados los criterios selectivos, pese a que inicialmente fueran bastante genéricos, si bien se listaron individualmente y se aclararon posteriormente sin protesta sindical (STS 18-02-2014, rec. 74/2013), admitiéndose también la validez de la “evaluación continua” por parte de un Ayuntamiento como

criterio de selección, sin perjuicio de las acciones individuales contra los despidos concretos (STS 25-06-2014, rec. 198/2013). - Por consiguiente, si la empresa identificó varios criterios selectivos, que no fueron cuestionados por los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, cabiendo considerar cumplimentado el requisito por la empresa en función de cuantas condiciones y circunstancias concurren en el caso (STS 22-05-2014, rec. 17/2014). - Se ha entendido, en todo caso, que no aportar criterios selectivos es causa de nulidad del despido, por cuanto ese es el presupuesto para que la extinción se apoye en causa justificada (STS 18-07-2014, rec. 303/2013), aunque no es precisa la exhaustividad en los criterios selectivos, bastando asegurar el principio de suficiencia (STSJ País Vasco 8-04-2014, rec. 527 y 540/2014). - En cualquier caso, se ha suavizado la exigencia de precisar los criterios selectivos, cuando se pacta un sistema de extinción voluntaria (STS 28-01-2015, rec. 87/2014).

- Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa sobre su intención de promover el despido colectivo.
- Memoria explicativa: constituye el mapa del período de consultas y tiene como finalidad acreditar las causas y relacionarlas con las extinciones o, en su caso, con las medidas de flexibilidad interna propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - La memoria, además de relacionar causas y medidas, deberá explicar todos los aspectos relacionados en el art. 51.2. - Cuando la empresa esté encuadrada en un grupo mercantil deberá explicar si está obligada o no a consolidar cuentas. - Cuando no esté obligada, deberá precisar que concurren los supuestos de exclusión regulados en el art. 43 C.Co. o, en su caso, que el derecho extranjero aplicable le excusa la consolidación de cuentas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013). - Se trata, en cualquier caso, del requisito constitutivo para la correcta promoción del período de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.5 RD 1483/2012, puesto que si no es obligada la consolidación de cuentas, deberán aportarse las cuentas de las empresas del grupo domiciliadas en España, dedicadas a la misma actividad, que tengan saldos acreedores o deudores con el promotor de la medida (STS 19-11-2013, rec. 78/2013).
- La referida comunicación deberá ir acompañada, en su caso, del plan de recolocación externa previsto en el art. 9 del Reglamento, que solo será exigible cuando se despidan más de cincuenta trabajadores (STS 25-09-2013, rec. 3/2013). - El apartado 4 prevé que podrá modificarse durante el período de consultas, aunque es exigible que al final del período de consultas se presente su redacción definitiva, no pudiendo alegarse que

el plan de recolocación es insuficiente en el acto del juicio, cuando no se dijo nada durante el período de consultas (SAN 13-05-2013, proced. 89/2013. – La doctrina comunitaria (STJUE 6-12-2012), declara que vulnera el derecho de igualdad, que la indemnización de los trabajadores mayores y/o discapacitados sea inferior a los de los demás trabajadores). Si se pactó la recolocación de los trabajadores fijos discontinuos en el ERE, se trata de una cláusula normativa, que debe cumplirse en sus propios términos (STS 21-03-2013, rec. 1287/2012). En cualquier caso, si se presentó y debatió el plan de recolocación durante el período de consultas, no constituirá causa de nulidad los defectos o insuficiencias del mismo (STS 26-03-2014, rec. 158/2013). - Se ha considerado como no fraudulento, que no se indemnice a los trabajadores, cuyos contratos fijos se extinguen, pasando a indefinidos, por cuanto la empresa se compromete a recolocarlos, entendiéndose que no se está encubriendo una suspensión masiva de contratos mediante extinciones contractuales (STS 19-03-2014, rec. 226/2013).

- Solicitud de informes arts. 64.5. a y b ET (STSJ Galicia 6.07-2012, AS. 1677).



## COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD LABORAL

El empresario hará llegar a la autoridad laboral, preferiblemente en soporte informático, simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores, copia del escrito a que se refiere el art. 2, así como la documentación señalada en el art. 3 y en los arts. 4 y 5, según las causas del despido. Además, deberá acompañar copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores a que se refiere el art. 3.3. - Asimismo deberá remitir la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en el art. 27 RD 1483/2012.

## LA COMISIÓN NEGOCIADORA: REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA

La regulación de los procedimientos de flexibilidad interna y externa, regulados en el ET, ha sido modificada sustancialmente por el art. 9 del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social, puesto que ha unificado la composición de la comisión negociadora, prevista en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, en los mismos términos previstos en el art. 41.4 ET, introduciendo una novedad muy positiva, que facilitará la negociación en el período de consultas, según la cual la comisión negociadora deberá estar conformada antes de iniciar el período de consultas, aunque si no sucediera así y no se constituyera en el plazo de 7 días, cuando todos los centros de trabajo afectados por la medida tengan representantes de los trabajadores, o de 15 días, cuando alguno de ellos no los tenga, no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Conviene precisar que la obligación del empleador concluye con la comunicación fehaciente a los trabajadores o a sus representantes de su intención de promover un despido colectivo. – Cumplida dicha obligación, corresponderá a los trabajadores y/o a sus representantes la constitución de la comisión negociadora con arreglo a las reglas que se dirán a continuación, de manera que, las irregularidades, que hayan podido producirse en la constitución de la comisión, no serán imputables

al empresario, salvo que se acredite su injerencia indebida en el proceso, siendo revelador que el art. 41.4 ET disponga que, si no se constituye debidamente la comisión negociadora en los plazos previstos, el proceso no quedará detenido.

Ahora bien, aunque la obligación empresarial queda limitada a comunicar fehacientemente a los trabajadores y a sus representantes su intención de promover un despido colectivo, deberá también, en aras a la buena fe exigible en la negociación, comunicarles además el plazo para la constitución negociadora, advirtiéndoles que, si no se constituyera en dicho plazo, no se detendrá el período de consultas, informando a los trabajadores de los centros sin representantes de las alternativas posibles. - La jurisprudencia ha admitido, en un supuesto de modificación de condiciones, que el empresario cumplió con su obligación, aunque se limitó a manifestar a los trabajadores del centro sin representación, que podían delegar en los comité de los otros dos centros, entendiéndose que no obstruyó la constitución de una comisión ad hoc (STS 1-04-2014, rec. 95/2013). - No obstante, si la empresa negoció con una comisión no representativa, ya que no comunicó el inicio del período de consultas a los centros sin representación, se declaró la nulidad de la medida (SAN 13-06-2014, proced. 77/2014). - No obstante, impugnado un despido colectivo, porque se negoció con los trabajadores afectados, quienes decidieron no elegir una comisión ad hoc el día en el que comenzó el período de consultas, aunque la empresa no les informó de la necesidad de elegir dicha comisión, ni de las consecuencias de no hacerlo, admitiendo, a continuación, como interlocutores a todos los trabajadores afectados. - Se cauciona dicho período de consultas, si bien no de modo general, por cuanto los trabajadores afectados solo eran 19 y acordaron unánimemente negociar directamente, entendiéndose, por otra parte, que estaban legitimados para ser parte en la demanda de jactancia, promovida por la empresa demandante, por cuanto estaban legitimados para negociar el período de consultas (STS 23-03-2015, rec. 287/2014, casa SAN 20-12-2013).

No sería irrazonable que el empresario, al comunicar a los representantes de los trabajadores en los centros afectados, así como a los trabajadores cuyos centros no tengan representación, precise qué centros están afectados y cual es la composición de la representación de los trabajadores en los mismos, si es que la tienen, advirtiéndoles que los trece miembros de la comisión negociadora deberán conformarse proporcionalmente con arreglo al número de trabajadores de cada centro en relación con el número total de trabajadores de centros afectados, porque dicha información, especialmente en empresas complejas, facilitará la constitución adecuada de la comisión negociadora.

Cuestión distinta es que, si la comisión se conforma indebidamente, el empresario, en aras a la buena fe negociadora, advierta a sus interlocutores de la irre-

gularidad para que puedan rectificarla, pero dicha manifestación no valida la admisión unilateral por parte del empresario de una u otra composición de la comisión negociadora. – Si los miembros de la comisión mantienen su composición, pese a las advertencias empresariales y se constata posteriormente que la comisión no respetó las reglas del art. 41.4 ET, reproducidas en las demás regulaciones de la flexibilidad interna y externa, la consecuencia podrá ser la nulidad del acuerdo, pero no la nulidad del despido, por cuanto el art. 51 ET no exige que concorra acuerdo para que el empresario despidiera colectivamente (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013), ni tampoco en las demás medidas de flexibilidad interna, salvo en el procedimiento de inaplicación de convenio colectivo estatutario. Si se eligió una comisión negociadora, compuesta por un miembro de cada centro de trabajo afectado, por decisión de todos los representantes, quienes decidieron no ponderar el voto, con la consiguiente disfunción de representatividad, la consecuencia, caso de producirse acuerdo, podría ser la nulidad del acuerdo, pero no del despido, por cuanto fueron los propios representantes de los trabajadores, quienes decidieron dicha composición igualitaria (SAN 16-05-2014, proced. 500/2013).

Se ha validado la actuación empresarial, que negoció con una comisión no conformada debidamente, porque las secciones sindicales no se pusieron de acuerdo en su composición, puesto que concluyó sin acuerdo. - Se subraya que, si hubiera habido acuerdo y no se aprobara por la mayoría de representantes de los centros de trabajo afectados, el acuerdo no tendría valor, ni desplegaría la presunción de concurrencia de causas, pero habría agotado, con el mínimo perjuicio, la voluntad negociadora de la empresa, cuyo despido no quedaría viciado de nulidad (SAN 22-10-2014, proced. 213/2014).

Más compleja, si cabe, será la constitución de la comisión negociadora en los períodos de consulta, que pretenden promover un despido colectivo, así como otras medidas de flexibilidad interna, entre las que podría incluirse la inaplicación de convenio, cuando se trate de empresas complejas, en las que se apliquen diversos convenios a los centros afectados. – En dichos supuestos habrá que despejar si la comisión representativa para negociar el despido colectivo puede negociar también la inaplicación de convenios diferentes en los centros de trabajo afectados, o es necesario constituir tantas comisiones como centros afectados para tratar sobre la inaplicación del convenio, porque si se opta por la primera solución, decidirá una mayoría de representantes, que podría ser minoritaria en el ámbito del centro afectado por la inaplicación del convenio y si se optara por la segunda, la reducción de despidos, que es el bien jurídico protegido principalmente y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, quedaría al arbitrio de comisiones minoritarias en el ámbito del despido, por lo que primará probablemente la negociación globalizada del despido

y las medidas de acompañamiento, porque la negación del despido y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, entre las que se encuentra la inaplicación de convenio, es el objetivo del período de consultas, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.2 Directiva 1998/59/ CE, en relación con el art. 51.2 ET, así como el art. 8.1.e RD 1483/2012. - Se ha descartado, la inaplicación de los convenios colectivos provinciales de la empresa con una comisión única, por cuanto se quiebra el principio de correspondencia y no hay medio para resolver la gestión del desacuerdo (SAN 25-09-2014, proced. 187/2014).

La norma apuesta de modo decidido por la representatividad de la comisión en los centros de trabajo afectados, que ya no dependerá de la representatividad de los representantes de los trabajadores en la empresa, sino en el centro o centros de trabajo afectados por la medida, porque la negociación del período de consultas se va a desplazar de la empresa a los centros de trabajo afectados, aunque la negociación será conjunta, sin que quepa parcializarla centro a centro. - Dicha elección comporta que quienes negociaron el convenio colectivo, cuya inaplicación se pretende, podrían no ser representativos para negociar su inaplicación. - En efecto, si las secciones sindicales mayoritarias en la empresa que negociaron el convenio decidieran negociar el período de consultas, deberán acreditar que ostentan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. - Por el contrario, cuando no fuere así, ya no estarán legitimadas para negociar el período de consultas, perdiendo la primacía que les proporcionaba la regulación precedente.

Conviene precisar, en todo caso, que el art. 41.4 ET reconoce prioridad absoluta a las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios en el ámbito del despido, de manera que, si existen dichas secciones y acuerdan negociar como tales, no es posible activar la participación del resto de representantes, quienes podrán conformar comisiones híbridas, compuestas por representantes unitarios y comisiones ad hoc en proporción al número de representados (STS 15-04-2013, rec. 127/2013, confirma SAN 4-10-2012), pero no podrán constituirse comisiones ad hoc entre secciones sindicales y el resto de representantes unitarios (SAN 31-05-2013, proced. 165/2013). - No obstante, STS 1-04-2014, rec. 95/2013, ha admitido con la regulación anterior una comisión híbrida, compuesta por dos secciones sindicales, cuya representatividad no se acreditó, un miembro de una Federación sindical y dos comités de empresa, quienes no alcanzaron acuerdo.

En dichos supuestos, la legitimación para negociar el período de consultas dependerá de que la medida afecte a un centro o a más de un centro de trabajo, en cuyo caso se conformará del modo siguiente:

Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal, salvo que las secciones sindicales mayoritarias del centro afectado decidan negociar como tales. - En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. - En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación, lo cual significa que, si el comité intercentros fue quien negoció el convenio, estará legitimado para negociar el período de consultas, aunque alguno de los centros de trabajo no participara en su elección por no tener representantes de los trabajadores. - La legitimación absoluta del comité intercentros para negociar estos procedimientos, aunque alguno de los centros afectados no tengan representantes, por lo que sus trabajadores, de estar afectados por la inaplicación del convenio, nunca participaron en la elección del comité intercentros, comporta un trato diferenciado con las secciones sindicales mayoritarias y demuestra que la intención del legislador ha sido primar a los comités intercentros en detrimento de los sindicatos mayoritarios, a diferencia de lo que sucedía en la regulación precedente, lo que no acaba de entenderse, porque el porcentaje de acuerdo con los sindicatos mayoritarios se ha movido en torno al 90%. - La jurisprudencia, STS 25-11-2013, rec. 87/2013, ha validado la constitución de una comisión negociadora, compuesta inicialmente por un comité intercentros, a la que se incorporan dos trabajadores de centros no representados, aunque finalmente anula el despido, porque el mismo se ciñó únicamente a los centros no representados por el comité intercentros, pese a lo cual continuó negociándose por éste, porque quiebra el principio de correspondencia. - Por el contrario, cuando la indebida intervención del comité intercentros se imponga por los representantes de

los trabajadores, no procederá la nulidad del despido, sin perjuicio de que pueda producirse la nulidad del acuerdo, caso de producirse, lo que no invalidará la decisión empresarial (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). - Se ha admitido también que negociara la comisión permanente del comité intercentros, cuando así se decidió por mayoría de dicho órgano (STS 15-04-4014, rec. 188/2013) y también un grupo reducido del comité intercentros para facilitar la negociación, que debía refrendarse en todo caso por todos los representantes (SAN 9-09-2014, proced. 78/2014).

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2ª Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen, lo que habilita las denominadas comisiones híbridas, ya admitidas por la doctrina judicial en la regulación precedente, siempre que se pactará entre la empresa y los representantes de los trabajadores y se respetara el principio de proporcionalidad (STS 15-04-2014, rec. 127/2013, confirma SAN 4-10-2012)<sup>1</sup>.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. - Dicha medida constituye una aportación positiva, puesto que ni no se produce la elección de la comisión ad hoc en el plazo establecido, no se bloquearía la constitución de la comisión con las consecuencias ya descritas, sino que se asignaría la representatividad de los centros de trabajo en los términos descritos.

---

<sup>1</sup> SAN 28-09-2012, proced. 151/2012; 16-11-2012, proced. 197/2012; 20-02-2013, proced. 357/2012; 1-04-2013, proced. 17/2013; 22-04-2013, proced. 73/2013; 22-04-2013, proced. 82/2013; 13-06-2013, proced. 105/2012; 24-07-2013, proced. 14472012 y 30-07-2013, proced. 154/2013.

Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen. En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

En cualquier caso, no es factible negociar con una comisión única la inaplicación de los diferentes convenios provinciales en la empresa, por cuanto se quiebra el principio de correspondencia (SAN 25-09-2014, proced. 187/2014). – Se ha validado, por el contrario, la constitución de comisiones diferenciadas, cuando se pretende inaplicar convenios diferenciados.

Como vemos, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de viabilizar la constitución de la comisión negociadora en el grupo de empresas, lo que hubiera despejado múltiples conflictos para los tribunales, quienes han mantenido, con apoyo doctrinal en este supuesto<sup>2</sup>, que no cabe inaplicar el convenio en el grupo de empresas como tal, lo que no deja de ser llamativo, puesto que el art. 87.1 ET viabiliza el convenio de grupo de empresas, en cuyo caso la legitimación para negociarlo se ajustará a lo dispuesto en su apartado segundo. - Así pues, cada una de las empresas, integradas en el grupo de empresas mercantil, tendrá que descolgarse por sí misma<sup>3</sup>, sin que quepa propiamente constituir una comisión representativa del grupo como tal<sup>4</sup>, por cuanto cada empresa del grupo mercantil responde individualmente, sin que quepa extender sus responsabilidades a las demás empresas del grupo<sup>5</sup>, aunque nada impediría, en principio, una negociación marco a nivel de grupo de empresas, siempre que la decisión se remita a comisiones negociadoras a nivel de cada una de las empresas, que deberán asegurar una composición ajustada a las reglas precedentes.

---

2 MERCADER UGUINA, obra citada.

3 SAN 31-05-2013, proced. 165/2013.

4 SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

5 TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

Distinta solución habría que dar a los grupos de empresa laborales, en cuyo caso si habría de negociarse con los representantes de todas las empresas del grupo<sup>6</sup>, por cuanto todas ellas ostentan realmente la condición de empleadoras<sup>7</sup>. - La comisión negociadora debería elegirse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.4 ET, sin que el número de componentes, repartido con arreglo a su representatividad, pueda superar el número de trece miembros (STS 25-06-2014, rec. 165/2013).

## DOCUMENTACIÓN EN EL PERÍODO DE CONSULTAS

- La información es el presupuesto para que el período de consultas alcance sus fines: evitar, reducir o aliviar consecuencias de la medida. - La empresa debe poner a disposición de los representantes de los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita alcanzar los objetivos del período de consultas (STS 30-06-2011; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012 y (STS 25-02-2015, rec. 145/2014, confirma SAN 28-10-2013).
- Debe tenerse presente que la ley y el reglamento exigen una determinada documentación, cuya omisión constituye causa de nulidad del despido (art. 124.11 LRJS), aunque la jurisprudencia (STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y STS 18-02-2014, rec. 74/2013) ha sostenido que los documentos, exigidos por el RD 1483/2012, no constituyen documentos ad solemnitatem, de manera que su omisión provocará únicamente la nulidad del despido, cuando impidan que la negociación pueda alcanzar sus objetivos, aunque se ha subrayado que, si el empresario no aporta toda la documentación exigible legal y reglamentariamente, le corresponderá acreditar la irrelevancia de la misma para la consecución de los objetivos del período de consultas (STS 18-07-2014, rec. 313/2013). - Ahora bien, cabe que dicha documentación sea insuficiente o se cuestione su autenticidad, en cuyo caso será pertinente la exigencia de otra documentación, pero la carga de la prueba de su pertinencia corresponde a la representación de los trabajadores (SAN 4-04-2013, proced. 63/2013, 20-05-2013, proced. 108/2013, 28-03-2014, proced. 44/2012 y STS 13-07-2017, rec. 25/17, Roj: STS 3166/2017), quien deberá haberla reclamado en el período de consultas para

6 STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012

7 STS 20-03-2013, rec. 81/2012.

que, caso de ser pertinente y no haberse aportado injustificadamente, se declare la nulidad de la medida (SAN 24-02-2014, proced. 493/2013). Se ha admitido, en cualquier caso, la aplicación analógica de los arts. 4 y 5 RD 1483/2012, en los procedimientos de modificación sustancial, especialmente cuando la empresa aportó parcialmente sus cuentas, así como el informe técnico (SAN 11-11-2013, proced. 198/2013). En cualquier caso, es presupuesto necesario, para anular la medida por falta de documentación pertinente, que se haya pedido en el período de consultas (STS 5-10-2016, rec. 79/16).

- El deber empresarial es aportar la documentación y aportar significa “dar”, lo que excluye informaciones orales o virtuales, porque impedirían el examen riguroso de la documentación por la RLT (art. 64.1 ET).
- El examen riguroso de la documentación es el presupuesto para controlar eficazmente la medida empresarial, lo que no parece posible, porque los plazos son muy limitados, especialmente cuando se negocie con “comisiones ad hoc”.
- La batalla de la información: es obligación ineludible de los representantes de los trabajadores hacer valer los derechos, reconocidos en los apartados 2.a y b y 4 del art. 64 ET. – Su seguimiento y estudio serán inexcusables para la realización de defensas adecuadas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012).
- Cuando se trate de medidas de flexibilidad interna no reguladas reglamentariamente, como sucederá con la movilidad geográfica, la modificación sustancial y la inaplicación de convenios, los arts. 40,2, 41.4 ET y 82.3 ET no precisan qué documentación deberán aportar las empresas para acreditar la concurrencia de causas en el período de consultas. - No obstante, el período de consultas constituye propiamente un mecanismo de información y consulta de la empresa con los representantes de los trabajadores, por lo que deben aplicarse las reglas generales, sobre información y consulta, contempladas en el art. 64.1 ET, en las que se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, entendiéndose por consulta el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo (SAN 30-11-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). – Serán aplicables analógicamente los arts. 4, 5 y 18 RD 1483/2012, por cuanto concurre identidad de razón (SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012), habiéndose entendido, que la aportación de unos simples gráficos no permitía valorar la situación económica de la empresa (STS 10-12-2014, rec. 60/2014).
- No aportar la documentación es causa de nulidad de la medida empresarial,

de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 19-11-2013, rec. 78/2013), aunque se ha relativizado la importancia de la documentación, cuando se alcanza finalmente acuerdo (SAN 30-09-2013, proced. 225/2013 y SAN 16-05-2014, proced. 500/2013). En cualquier caso es presupuesto constitutivo para la nulidad por falta de entrega de documentación pertinente, su reclamación en el período de consultas (SAN 9-07-2014, proced. 463/2013) y la prueba de su pertinencia por quien la demande (SAN 2-01-2015, proced. 263/2014).

- Declara que la empresa demandada cumplió con la aportación de documentos, exigidos por el reglamento, puesto que aportó sus cuentas consolidadas, sin que quepa exigir las cuentas consolidadas de otra empresa, matriz de otro grupo empresarial, con quien comparte accionistas, por cuanto ni una ni otra se dominan entre si. – Subraya, que la documentación es pertinente, cuando contribuye a alcanzar el acuerdo y destaca, además, que las cuentas consolidadas tienen por finalidad hacer más limpio el proceso negociador cuando la empresa pertenece a un grupo de empresas mercantil, habiéndose entendido, a estos efectos, que si la no aportación de documentación reglamentaria no impidió alcanzar el acuerdo, no habría causa de nulidad (STS 27-05-2013 rec. 78/2012), aunque se ha matizado que si no se aporta la documentación legal y reglamentariamente exigida, la carga de la prueba de su irrelevancia corresponde a la empresa (STS 18-07-2014, rec. 303/2013).
- Por el contrario, si no se aportaron por el grupo mercantil de empresas -art. 42 y ss. Del Código de Comercio-- las cuentas consolidadas del grupo, cuando existe esa obligación legal, o las cuentas auditadas de ellas, y no solo las de la que lleva a cabo el despido, como exige el número 5 del art. 4 del RD 1483/2012. La ausencia de tal documentación se estima trascendente y relevante para que la información aportada sea la imprescindible a efectos de conformar el periodo de consultas. Nulidad de los 21 despidos acordados por la empresa (STS 19-07-2017, rec. 14/17, Roj: STS 3189/2017).

## CAUSAS ECONÓMICAS

### ¿QUÉ ES DOCUMENTACIÓN PERTINENTE EN LOS PERÍODOS DE CONSULTAS?

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (STS 27-05-2013, rec. 78/2012; SAN 1-04-2013, proced. 17/2013; SAN 24-02-2014, proced. 493/2013; SAN 4-04-2013, proced. 63/2013; SAN 30-05-2014, proced. 13/2014; SAN 12-06-2014, proced. 79/2014). – Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y STS 25-06-2014, rec. 165/2013). – Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012; SAN 19-12-2012, proced. 251/2012; SAN 24-02-2014, proced. 493/2013; SAN 28-03-2014, proced. 44/2012).

Los reproches sobre la información insuficiente aportada en el período de consultas se han convertido, especialmente en los despidos colectivos por causas económicas, en el principal factor de conflictividad en los procesos de impugnación de despidos colectivos, por lo que parece oportuno examinar con cierto detenimiento qué documentación permitirá que el período de consultas alcance sus objetivos, para lo cual abordaremos únicamente en este trabajo qué documentación económica es pertinente y cual no lo es en este tipo de despidos.

Conviene precisar, antes que nada, que la jurisprudencia (STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y 18-02-2014, rec. 74/2013) ha concluido que la documentación, exigida por el art. 4 RD 1483/2012, de 29 de octubre, no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue, consistente en proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas. – Dicha conclusión podría hacer pensar que la documentación, contenida en el art. 4 RD 1483/2012, no es relevante por sí misma, lo que sería to-

talmente equivocado, puesto que su falta de aportación comportará normalmente la nulidad del despido (SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012; STS 19-11-2013, rec. 78/2013 y STS 25-02-2015, rec. 145/2014, confirma SAN 28-10-2013), salvo cuando se acredite que dicha omisión no impidió que el período de consultas alcanzara sus fines (STS 18-07-2014, rec. 313/2013), lo que sucederá normalmente cuando dicho período concluya con acuerdo (STS 19-11-2013, rec. 78/2013).

En efecto, el art. 4 del Reglamento distingue qué información debe aportarse, según se apoye la medida en la concurrencia de pérdidas actuales, previstas, o en la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, entendiéndose como tal cuando se acredite que en tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior y lo hace de manera perentoria, puesto que utiliza expresiones inequívocas, tales como “deberá aportar” o “deberá informar”, lo cual nos permite concluir que el empresario es deudor de dichas informaciones, que serán normalmente relevantes para acreditar los distintos supuestos de situación económica negativa, listados en el art. 51.1 ET. – El apartado quinto del precepto examinado regula, a continuación, qué documentación deberá aportarse por los grupos de empresa, distinguiendo aquellos que están obligados a la consolidación de sus cuentas de quienes no lo están, correspondiéndoles la carga de la prueba de dicha exención (STSJ Madrid 2-02-2015, rec. 872/2014).

El empresario está obligado, por tanto, a aportar a los representantes de los trabajadores una memoria, que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda que está en situación económica negativa, que incluirá todos los documentos que estime conveniente y en particular los listados en el art. 4 del Reglamento, sin que baste una memoria genérica (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012 y STS 19-11-2013, rec. 78/2013), porque el objetivo de la memoria es acreditar la concurrencia de la causa económica y acreditar significa “probar su existencia o realidad). - La memoria deberá identificar la adecuación entre las causas y la pérdida de eficacia económica de los contratos, con arreglo a técnicas de ponderación, entendiéndose como tales la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012), habiéndose admitido por la jurisprudencia, que el control judicial pasa, sin que ello signifique control de oportunidad o exigencia de optimización de la medida empresarial, por constatar la idoneidad y razonabilidad de la medida, lo cual obligará a demostrar que el despido colectivo se ajusta a la intensidad de la causa (STS 27-01-2014, rec. 100/2013, confirma SAN 22-11-2012). - De hecho, la jurisprudencia más reciente ha exigido que la decisión, sobre si concurren las causas justificadoras de los despidos, obliga a hacer un juicio de adecuación, razonabilidad

y proporcionalidad (en términos de los sacrificios de las partes en presencia) de las concretas medidas extintivas adoptadas (STS 25-06-2014, rec. 165/2013). – Así, se ha considerado inadecuadas las medidas, que comportan una reducción de gastos de 4.312, 51 miles de euros, cuando el déficit acreditado es de 2946 miles de euros (STS 7-07-2016, rec. 188/15, confirma SAN 20-03-2015).

La documentación deberá aportarse en tiempo hábil, entendiéndose como tal el necesario para que los representantes de los trabajadores puedan comprenderla adecuadamente y proponer propuestas constructivas, por lo que se ha entendido que no se vulneró dicho derecho cuando se aportaron las cuentas anuales al día siguiente de iniciarse el período de consultas (SAN 11-11-2013, proced. 288/2013). – Es habitual, que el empresario aporte documentación durante el período de consultas, bien porque no disponía de ella a su inicio, bien porque se le exigió en la negociación, sin que dicha aportación sea extemporánea, siempre que permita alcanzar los fines del período de consultas.

#### **a) Pérdidas actualizadas (art. 4.2 RD 1483/2012)**

Cuando la situación económica negativa derive de la concurrencia de pérdidas actuales, el empresario deberá aportar obligatoriamente las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión. – No obstante, cuando concurren las circunstancias previstas en los arts. 257 y 258 RDL 1/2010, de 2 de julio, sobre sociedades de capital, deberá aportarse la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados. – Las cuentas deberán presentarse debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, salvo que la empresa no esté sujeta a tal obligación, en cuyo caso la representación de la empresa deberá aportar declaración de sobre la exención de la auditoría, correspondiéndole, en todo caso, la carga de la prueba sobre dicha exención, si bien se ha entendido que no constituye causa de nulidad que no se aportaran las cuentas auditadas al inicio del período de consultas, cuando se acreditó posteriormente que las auditadas coincidían con las provisionales (STS 20-11-2014, rec. 114/2014), habiéndose validado que no se aportaran las cuentas auditadas, porque no había vencido el plazo para su aprobación por la Junta General (STSJ Asturias 20-09-2013, rec. 1379/2013). – Por el contrario, si en el período de consultas no se aportaron las cuentas auditadas, porque no se había cumplido el plazo legal, debieron aportarse al acto del juicio, cuando ya estaban auditadas, porque se corre el riesgo de que no se consideren creíbles las provisionales (SAN 26-01-2015, proced. 205/2014). - La falta de aportación de las cuentas citadas compor-

tará la nulidad del despido (STSJ Navarra 13-12-2013, rec. 226/2013). - Si las cuentas anuales no fueron aprobadas, ni depositadas en el Registro Mercantil, deberá aportarse otra información fiscal o contable, por cuanto las citadas cuentas carecerán de fiabilidad (STSJ Valladolid 12-03-2015, rec. 12/2014). - No obstante, aunque no se aportaran durante el período de consultas, aunque el plazo de formulación y aprobación se cumplió antes de su terminación, no se anula el despido colectivo, porque las provisionales coincidían con las definitivas y no impidieron el acuerdo, que fue refrendado por el 81,38% de la plantilla<sup>8</sup>, lo que se pone en especial valor, cuando el período de consultas concluye con acuerdo, que se refrenda además por la mayoría de la plantilla (SAN 10-03-2017, proced. 347/16, ROJ: SAN 1159/2017)

Conviene precisar aquí, que las cuentas anuales, exigidas por el art. 4.2 del Reglamento, conectan con la información anual debida por el empresario a los representantes de los trabajadores (art. 64.4 ET), puesto que coincide con los derechos informativos de los socios, que es uno de sus derechos básicos de los mismos (STS, Sala Civil 24-11-2011, rec. 1851/2007). - De este modo, si el empresario ha cumplido regularmente dicho deber informativo, lo que habrá permitido a los representantes de los trabajadores examinar rigurosa y sistemáticamente dicha información, se dinamizará el período de consultas, puesto que los representantes de los trabajadores tendrán cumplido conocimiento de la evolución económica de la empresa y podrán precisar con más agilidad qué aclaraciones necesitan, para articular, a continuación, propuestas constructivas.

Deberán aportarse, así mismo, las cuentas provisionales al inicio del período de consultas (STSJ Madrid 24-04-2013, rec. 1159/2013 y SAN 22-10-2013, proced. 327/2013), entendiéndose como tales las reguladas en el art. 254 RDL 1/2010, de 7 de julio (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje el patrimonio neto y flujo de efectivos), descartándose la obligación de aportar la memoria, porque la finalidad del documento se suple con la memoria del propio despido colectivo (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). - Dichas cuentas deberán aportarse al momento de iniciarse el período de consultas, salvo que se pruebe la imposibilidad de hacerlo, lo cual corresponderá al empleador (SAN 28-03-2014, proced. 42/2014), no pudiendo olvidarse que el empresario está obligado a transcribir, al menos trimestralmente, las sumas y saldos de los balances de comprobación, a tenor con lo dispuesto en el art. 28.1 C.Co., donde deben registrarse todos los asientos contables con arreglo al Plan General de Contabilidad, de manera que no hay razón, en principio, para que no se puedan aportar las cuentas provisionales, que se

correspondan con dichos asientos, al inicio del período de consultas. – En cualquier caso, la aportación incompleta de las cuentas provisionales no provocará la nulidad del despido, cuando las aportadas no fueron discutidas por la comisión social (SAN 26-05-2014, rec. 25/2014), o cuando se aportaron únicamente las cuentas provisionales de pérdidas y ganancias correspondientes al mes de enero, fecha de inicio del período de consultas, por tratarse de un período de escasa influencia para valorar la situación de la empresa (SAN 15-04-2015, proced. 180/2013), ni tampoco por la falta de firma de las cuentas provisionales, especialmente si no se exigió la firma durante el período de consultas (SAN 19-03-2013, proced. 20/2013), pero si cuando no se aportaron firmadas sin justificación alguna (SAN 28-03-2014, proced. 44/2012). – Destacar, por otro lado, que no es exigible auditar las cuentas provisionales por su propia naturaleza (SAN 30-05-2014, proced. 13/2014). – Finalmente, cuando no se aporten las cuentas provisionales completas procederá la nulidad del despido (SAN 22-10-2013, proced. 327/2013); STSJ Asturias 27-12-2013, rec. 2075/2013) y STSJ Madrid 24-04-2013, rec. 1159/2013).

### **b) Concurrencia de pérdidas previsibles**

Cuando la situación económica negativa se base en una previsión de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación ya citada, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación, para lo cual deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión. – Como vemos, dicha información reproduce esencialmente la información, que el empresario debe trimestralmente al comité de empresa (art. 64.2 ET), de manera que, si cumplió dicha obligación informativa, facilitará la negociación del período de consultas, por cuanto los representantes de los trabajadores dispondrán de herramientas suficientes para comprender la evolución negativa de la empresa y les permitirá realizar propuestas constructivas de manera ordenada.

La doctrina judicial ha mantenido que, si se pretende acreditar pérdidas previsibles, deberá aportarse la misma documentación que en los supuestos de pérdidas actualizadas; los criterios utilizados e informe técnico, entendiéndose que la demostración de pérdidas previsibles exige una perfecta acreditación de hechos indiciarios de los que se pueda inferir, racionalmente y con clara probabilidad, la existencia de pérdidas en el futuro que justifiquen la extinción del contrato de trabajo (STSJ Rioja 27-02-2012, rec. 18/2012), habiéndose mantenido, por ello, que la previsión de pérdidas como causa justificativa obliga a una prueba exigente para su

acreditación (SAN 15-07-2014, proced. 119/2014). - El informe técnico puede ser interno o externo y es dudoso que pueda integrarse en la memoria, puesto que el art. 4.4 Reglamento lo distingue claramente de la memoria (SAN 24-02-2014, proced. 493/2013). – Se ha admitido que, si la empresa perdió todos sus clientes, concurrirán necesariamente pérdidas futuras (SAN 18-12-2012, proced. 257/2012).

### **c) La reducción de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos**

Cuando la situación económica negativa consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista para pérdidas actualizadas, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior, lo cual constituye presupuesto constitutivo para la justificación de la medida (SAN 11-03-2013, proced. 381/2012). – Para ello, podrá utilizarse cifra de negocios del art. 35.2 Código Comercio, integrada en la cuenta de pérdidas y ganancias (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Esta documentación, que debe entregarse al inicio del período de consultas (SAN 11-10-2013, proced. 261/2013), se relaciona directamente con la información, contenida en el art. 64.2.a y b ET, habiéndose admitido la justeza del despido, cuando se acreditan reducciones de ingresos y ventas en los últimos trimestres y la actividad de la empresa se ha reducido por encima del número de extinciones (SAN 11-03-2013, proced. 281/2012), siendo exigible que esa disminución lo sea durante tres trimestres consecutivos y por comparación de los mismos con sus correlativos de la anualidad anterior, que no se satisface porque la situación sólo se refería a un área del hotel (STSJ Valladolid 23-02-2015, rec. 2020/2014), habiéndose entendido, en todo caso, que la reducción de ingresos o ventas no tiene que estar referida obligatoriamente a los tres últimos trimestres (STS 21-05-2014, rec. 182/2013), sin que quepa presumir que se va a producir disminución de ingresos o ventas por la simple modificación de los precios públicos del servicio (STSJ Cantabria 27-03-2013, rec. 139/2013).

### **d) Documentación en los grupos de empresa**

El art. 4.5 del Reglamento distingue qué documentación deben presentar las empresas, que formen parte de un grupo de empresas mercantil, para la promoción de un despido colectivo por causas económicas. – Así, cuando el grupo mercantil esté obligado a consolidar cuentas anuales, siempre que la sociedad dominante ten-

ga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. – Conviene precisar aquí, que el art. 8 RDL 1/2010 aplica el derecho español a las sociedades domiciliadas en España, fuere cual fuere su lugar de constitución, entendiéndose por domicilio, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 de la norma antes dicha, el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación o, en su caso, cuando su principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España, por lo que el legislador español ha optado por el domicilio real frente al domicilio formal. - Debe subrayarse también, que si no se aportasen las cuentas consolidadas, porque la sociedad dominante no esté domiciliada en España, se liquidará la finalidad de la consolidación de cuentas, que busca precisamente garantizar la transparencia de la gestión empresarial para los acreedores y socios, quienes tienen derecho obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores (art. 42.5 C.Co.), por lo que parece razonable la aportación de las cuentas consolidadas, puesto que los representantes de los trabajadores tienen derecho a la misma información que los socios (art. 64.4.a ET) y obligaría a despejar, si no se entregara, si dicha información es pertinente o no lo es.

Así pues, cuando la empresa promotora forme parte de un grupo mercantil, deberá identificar quien ostenta la condición de sociedad dominante, así como si está obligada a consolidar cuentas, debiendo aportar las cuentas consolidadas (STSJ Navarra 13-12-2013, rec. 226/2013; STSJ Valladolid 17-04-2013, rec. 4/2013; SAN 26-01-2015, proced. 205/2014 y 15-04-2015, proced. 180/2013 y STS 25-03-2015, rec. 245/2014 y 20-05-2015, rec. 290/2014) o no lo está (art. 43 C.Co.), en cuyo caso no deberá aportar las cuentas consolidadas (STSJ Madrid 2-02-2015, rec. 872/2014. - Si no estuviera obligada, deberá identificar si las demás empresas del grupo están domiciliadas en España, se dedican a la misma actividad y si existen o no saldos acreedores o deudores entre ellas, aunque se ha defendido que la carga de la prueba de dichos extremos compete al demandante (STSJ Castilla la Mancha 9-01-2014, rec. 918/2013, habiéndose mantenido que para admitir este defecto informativo, los demandantes debían haber acreditado que las empresas tenían su domicilio social en España; que tenían la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad, y que entre las empresas del grupo hubiera saldos deudores y acreedores y solo se acredita el último requisito y además durante el período de consultas, no se solicitó esta documentación (STSJ Madrid 11-11-2014, rec. 384/2014), pero dicha

exigencia se antoja desproporcionada, puesto que la empresa promotora tendrá mucha más facilidad probatoria que los representantes de los trabajadores sobre dichos extremos, debiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 217.6 LEC.

Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento), en cuyo caso la empresa promotora deberá aportar todas las cuentas de las demás empresas del grupo (STSJ Navarra 13-12-2013, proced. 226/2013 y STSJ Madrid 29-01-2014, rec. 1652/2013). – No obstante, la concurrencia de pérdidas en empresa, integrada en grupo mercantil, no extenderá la responsabilidad a las demás empresas del grupo (STS 28-01-2014, rec. 46/2013), pero se declarará nula la medida extintiva, condenando solidariamente a todas las codemandadas, si la empleadora ha incumplido la obligación documental de presentar cuentas consolidadas de las empresas integran STS 25-06-2014, rec. 165/2013, confirma SAN 18-12-2012 y STS 18-03-2014, rec. 114/2013tes del grupo, pues junto con la memoria explicativa, no ha presentado las cuentas anuales de los últimos ejercicios completos, debidamente auditadas, firmadas por los administradores o representantes de la empresa (STSJ Navarra 13-12-2013, rec. 226/2013 y STSJ Cataluña 30-09-2013, rec. 4/2013).

Por el contrario, si la empresa se encuadra en grupo a efectos laborales, se extenderá la responsabilidad a todas las empresas del grupo (STS 29-01-2014, rec. 121/2013), lo que no sucederá, no concurriendo grupo de empresas a efectos laborales entre las dos empresas y las otras codemandadas, que en su caso no podría determinarse de apreciarse su existencia, la declaración de nulidad por la deficiencia en la documentación entregada, pues por parte de la empresa se dio traslado a los trabajadores con la comunicación inicial del período de consultas de toda la documentación precisa de la misma, y además de toda la documentación económica relativa al resto de las empresas codemandadas (STSJ Asturias 20-11-2013, rec. 48/2013).

Cuando la empresa promotora del despido colectivo esté encuadrada en un grupo de empresas a efectos laborales, entendiéndose como tal aquel en que concurra confusión patrimonial, unidad de caja, utilización fraudulenta de la personalidad jurídica y uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los derechos de los trabajadores (STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, pro-

ced. 324/2012 y STS 20-03-2013, rec. 81/2012); STS 27-05-2013, rec. 78/2012, 25-09-2013, rec. 3/2013; 19-12-2013, rec. 3/2013, STS 28-01-2014, rec. 46/2013, STS 29-01-2014, rec. 121/2013, 18-02-2014, rec. 42/2013 y 19-02-2014, rec. 45/2013), deberán aportarse las cuentas consolidadas, si es que era obligada dicha consolidación y, en su defecto las cuentas de todas las empresas del grupo, puesto que todas ellas ostentan la condición de empleadoras de los trabajadores (STSJ Madrid 25-06-2012, proced. 21/2012; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; STS 25-06-2014, rec. 165/2013, confirma SAN 18-12-2012 y STS 18-03-2014, rec. 114/2013). Por consiguiente, cuando se aprecie la existencia de falta de autonomía decisoria y de confusión de plantillas, se ajusta a derecho la atribución de responsabilidad solidaria de las demandadas (STS 15-02-2017, rec. 168/16, Roj: STS 834/2017 - ECLI:ES:TS:2017:834).

#### e) Documentación complementaria

Tal y como se anticipó más arriba, es práctica habitual que los representantes de los trabajadores soliciten documentación complementaria respecto de la prevista legal y reglamentariamente y constituye práctica común, que se rechace su aportación total o parcialmente por parte de sus empleadores, lo que ha provocado una fuerte conflictividad, puesto que si dicha documentación se revela pertinente, por lo que su falta de aportación impidió que el período de consultas alcanzase sus fines, la consecuencia sería la nulidad del despido. – Conviene precisar aquí, que la contabilidad de los empresarios es secreta (art. 32.1 C.Co.), pero también es verdad que los representantes de los trabajadores tienen derecho a la comunicación o reconocimiento de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, ya sea de oficio o a instancia de parte, en los procedimientos de regulación de empleo (art. 32.2 C.Co.), sin perjuicio del derecho de los empleadores a que se asegure el deber de sigilo, para lo cual está previsto, incluso, un procedimiento específico de conflicto colectivo (art. 153.3 LRJS), no siendo exigible la entrega del cuaderno de transferencias, cuando no se fundamenta claramente qué es lo que se pretende comprobar de manera concreta, tal y como exige el art. 32.3 C.Co. (SAN 18-01-2016, proced. 311/15). Tampoco el grupo de empresas no aportar la contabilidad intragrupo, cuando las diversas empresas no han sido demandadas, y no se predica de ellas elemento adicional alguno determinante de responsabilidad solidaria, que no se pretende. Inexistente obligación de precisar el número de despidos atribuidos a las diversas causas invocadas [económicas; organizativas; productivas]. Inexistente fraude por previas contrataciones temporales eventuales a tiempo parcial. Primacía del criterio de instancia en la apreciación o rechazo del fraude, confirmándose justificado el despido colectivo (STS 23-11-2016, rec. 94/16, confirma SAN 10-11-2015, Roj: STS 5711/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5711).

El deber de sigilo del comité de empresa como tal, así como sus componentes y expertos que les asistan, aplicable también a los delegados de personal (art. 62.2 ET) y los delegados sindicales (art. 10.3.1 LOLS), deberá garantizarse para la información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado. - En todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega y subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se encuentren, de conformidad con lo dispuesto en el art. 65.2 y 3 ET.

Así pues, cuando se reclame documentación complementaria, la carga de la prueba de la pertinencia del documento corresponderá a los representantes de los trabajadores, quienes deberán justificar razonablemente ante el empresario la necesidad de acceder a la correspondiente documentación (SAN 4-04 y 20-05-2013 y 28-03-2014, proced. 66/2013; 108/2013 y 44/2014 y STS 20-12-2016, rec. 128/16, confirma SAN 26-10-2015, Roj: STS 5727/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5727), garantizando en cualquier caso el deber de sigilo ya mencionado. - Tampoco será exigible que la empresa aporte documentación de la que no dispone, al ser inadmisibles que elabore documentos inexistentes (SAN 11-11-2014, rec. 251/2014), pero si dispone de ellos, como podría suceder con las cuentas de cada uno de los centros de trabajo afectados, si sería documentación pertinente, cuando se discute sobre la viabilidad de cada uno de ellos (SAN 15-04-2015, proced. 180/2013).

La empresa no estará obligada, si bien de manera excepcional, a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica, aunque la excepción mencionada no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa (art. 65.4 ET). - Por consiguiente, cuando la RLT acredite la pertinencia de la documentación complementaria, la empresa solo podrá negarse a su aportación, cuando concurren las circunstancias mencionadas, cuya prueba le corresponderá, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC, salvo que se trate de datos relacionados con el volumen de empleo de la empresa. - La negativa infundada a aportar documentación pertinente constituye falta grave, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.7 RDL 5/2000, aunque podría llegar a calificarse como falta muy grave (art. 8.3 RDL 5/2000), de acreditarse, que dicha decisión empresarial impidió que el período de consultas alcanzase sus fines<sup>9</sup>.

---

9 El derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebida ingerencia de terceros: derecho de información sindical: alcance: integra el derecho de los delegados sindicales a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del

En cualquier caso, convendría ser extremadamente prudente, cuando se niegue el acceso a los libros, especialmente al libro diario, cuando se discuta la certeza de operaciones concretas, así como el libro de Inventarios y Cuentas, en el que se transcribirán al menos trimestralmente con sumas y saldos los balances de comprobación, que deberían coincidir con las cuentas provisionales. – Especial mención, al cuaderno de transferencias, regulado en los arts. 18 y 19 del RD 1777/2004, que regula el reglamento del impuesto de sociedades, que establecen la obligación de documentación de las operaciones entre personas vinculadas y la obligación de documentación del grupo, que podrá convertirse en documentación relevante, cuando se pretenda acreditar o desmentir la concurrencia de la nota de confusión patrimonial, puesto que el art. 16 de la norma citada exige que las operaciones vinculadas se realicen en términos de mercado, introduciendo el denominado **“análisis de comparabilidad”**, mientras que el art. 17 regula los requisitos de los acuerdos de **“reparto de costes”**. - Su reclamación durante el período de consultas exigirá que la RLT acredite razonablemente su finalidad, sin que quepa reclamarlo de manera genérica<sup>10</sup>

En efecto, cuando se debata la certeza de las cuentas auditadas, no bastará con la simple utilización de reglas estereotipadas, como la afirmación de que las transferencias se ha realizado con arreglo a criterios de mercado, sino que tendrá que acreditarse que se han utilizado criterios de medición de general aceptación (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). – Así, no se ha dado valor a una deterioro del fondo de comercio de más de 17 MM euros, apoyándose en afirmaciones genéricas del auditor, quien se limitó a mencionar que se había efectuado con arreglo a criterios de mercado, ya que un deterioro tan relevante, que multiplicó las pérdidas de

---

comité de empresa y a mantener informados a sus representados. Límites: derecho de información sindical: derecho-deber de información de los delegados sindicales: no resulta ilimitado: se encuentra condicionado por la imposición legal de un deber de sigilo profesional: su ejercicio está sujeto, además de al deber de sigilo profesional, al límite adicional de la buena fe o de la especial confianza recíproca entre trabajador y empresario inherente al vínculo contractual que les une; Deber de sigilo profesional: la facultad empresarial de sujetar determinadas informaciones a la observancia del sigilo profesional no se configura ilimitadamente, sino con carácter restringido en cuanto limita el ejercicio de la función propia de los delegados sindicales: es precisa una adecuación entre el alcance de la obligación de sigilo y los legítimos intereses empresariales, de manera que no es suficiente con que el empresario califique unilateralmente como confidencial cierta información, sino que es necesario también que desde una plano objetivo efectivamente lo sea. Jurisdicción y procedimiento laboral: sanción disciplinaria a delegado sindical por la publicación de una información sobre absentismo en la empresa considerada interna y confidencial, por transgresión de la buena fe contractual y del deber de sigilo profesional: el documento difundido versaba sobre cuestión de importancia para los intereses de los trabajadores y para el ejercicio de la función sindical y de su contenido no era posible deducir su carácter confidencial: transgresión inexistente de la buena fe contractual y del sigilo profesional: vulneración existente (STCo. 213/2002, de 11 de noviembre).

10 SAN 23-09-2016, proced. 146/16

la empresa, exigirá precisar si los test de deterioro se han efectuado con arreglo a los métodos del Plan General de Contabilidad (SAN 11-11-2014, proced. 251/2014). – Del mismo modo, si las cuentas no son fiables, porque expresan resultados contradictorios (SAN 13-01-2014, proced. 154/2013), o se acredita la concurrencia de contabilidad B, que no sería por sí causa de nulidad (STS 31-03-2016, rec. 272/15), si se hubiera informado sobre la misma, la consecuencia inexorable será la nulidad del despido (STS 18-02-2014, rec. 42/2013). – Así, se ha defendido que el juicio de adecuación debe comprobar la existencia de las causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el art. 51 ET, así como la idoneidad del análisis de la medida en términos de gestión empresarial y en este caso determina que las cuentas anuales aportadas por la empresa, pese a reflejar las pérdidas, no expresan la imagen real de la situación económica de la misma, con lo cual no concurren las causas económicas justificativas de la extinción (STSJ Madrid 27-01-2014, rec. 1543/2013).

Parece claro, por tanto, que la aportación de la información legal y reglamentaria no colma la obligación empresarial de garantizar la documentación pertinente, que deberá ampliarse siempre que los representantes de los trabajadores acrediten la necesidad de pruebas suplementarias, lo que debería atenderse con generosidad, puesto que están en juego intereses legítimos para sus representados, lo que deberá contrapesarse con las necesarias garantías de confidencialidad que, caso de incumplirse, deberían promover acciones para satisfacer los perjuicios causados.

### **Pronunciamientos judiciales sobre documentación del período de consultas por causa económica**

- La memoria explicativa debe identificar la causa y acreditar en los términos del art. 4 Reglamento, sin que sea admisible una memoria genérica (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012 y STS 19-11-2013, rec. 78/2013). – Acreditar significa “probar su certeza o su realidad”.
- La memoria deberá identificar la adecuación entre las causas y la pérdida de eficacia económica de los contratos, con arreglo a técnicas de ponderación, entendiéndose como tales la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012), habiéndose admitido por la jurisprudencia, que el control judicial pasa, sin que ello signifique control de oportunidad o exigencia de optimización de la medida en la empresa, por acreditar la idoneidad y razonabilidad de la medida, advirtiendo que en el supuesto debatido concurren causas, cuya intensidad se ajusta a la medida, pero descarta que pueda tratarse de una medida abierta y sin límite para el empleador (STS 27-01-2014, rec. 100/2013, confirma SAN 22-11-2012). - De

hecho, la jurisprudencia más reciente ha exigido que la decisión, sobre si concurren las causas justificadoras de los despidos, obliga a hacer un juicio de adecuación, razonabilidad y proporcionalidad (en términos de los sacrificios de las partes en presencia) de las concretas medidas extintivas adoptadas (STS 25-06-2014, rec. 165/2013). - Se ha entendido, a estos efectos, que no es posible reducir un 45% de los salarios por causa económica, organizativa o productiva, cuando la medida no es idónea, ni razonable, ni proporcionada (STS 16-02-2016, rec. 289/14)

- Las cuentas anuales, exigidas por el art. 4.2 Reglamento, conectan con la información del art. 64.4 ET, que coincide con los derechos informativos de los socios, que es uno de sus derechos básicos (STS 24-11-2011, rec. 1851/2007).
- El art. 32.2 C. Co. permite examinar las cuentas a socios y representantes de los trabajadores cuando tengan derecho a ello. – El art. 272.2 RDL 1/2010, permite examinar cuentas anuales, soporte y antecedentes a los socios desde la convocatoria de la Junta General en la que se aprueben las cuentas. – El art. 64.4.a ET equipara socios y RLT a estos efectos.
- Las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (arts. 257<sup>11</sup> y 258<sup>12</sup> RDL 1/2010, de 2 de julio, sobre sociedades de capital).

11 Artículo 257. Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados

1. Podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:
  - a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.
  - b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros.
  - c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta. Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.
2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.
3. Cuando pueda formularse balance y estado de cambios en el patrimonio neto en modelo abreviado, el estado de flujos de efectivo no será obligatorio.

12 Artículo 258. Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada

- Las cuentas deberán presentarse debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoria de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoria (art. 4.1 Reglamento).
- Deberán aportarse, así mismo, las cuentas provisionales al inicio del período de consultas (SAN 22-10-2013, proced. 327/2013), entendiéndose como tales las reguladas en el art. 254 RDL 1/2010, de 7 de julio (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje el patrimonio neto y flujo de efectivos), descargándose la obligación de aportar la memoria, porque la finalidad del documento se suple con la memoria del propio despido colectivo (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). – Dichas cuentas deberán aportarse al momento de iniciarse el período de consultas, salvo que se prueba la imposibilidad de hacerlo, lo cual corresponderá al empleador (SAN 28-03-2014, proced. 42/2014), lo que deberá asociarse con la obligación empresarial de transcribir, al menos trimestralmente, las sumas y saldos de los balances de comprobación, a tenor con lo dispuesto en el art. 28.1 C.Co., si bien la aportación incompleta de las cuentas provisionales no provocará la nulidad del despido, cuando las aportadas no fueron discutidas por la comisión social (SAN 26-05-2014, rec. 25/2014). - La falta de firma de las cuentas provisionales no es causa de nulidad, especialmente si no se exigió la firma durante el período de consultas (SAN 19-03-2013, proced. 20/2013).
- Los auditores son profesionales independientes, cuyo crédito depende de

- 
1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:
    - a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
    - b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
    - c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.
  2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

que hagan valer dicha condición, por lo que están sometidos a un régimen de incompatibilidades importante regulada en los arts. 12 a 19 del RDL 1/2011, de 1 de julio, que aprueba el texto refundido de la ley de auditoría de cuentas y deberá ajustarse a los parámetros exigidos por el art. 3 de la norma citada<sup>13</sup>. –

### 13 Artículo 3. Informe de auditoría de cuentas

1. El informe de auditoría de las cuentas anuales es un documento mercantil que contendrá, al menos, los siguientes datos:
  - a) Identificación de la entidad auditada, de las cuentas anuales que son objeto de la auditoría, del marco normativo de información financiera que se aplicó en su elaboración, de las personas físicas o jurídicas que encargaron el trabajo y, en su caso, de las personas a quienes vaya destinado; así como la referencia a que las cuentas anuales han sido formuladas por el órgano de administración de la entidad auditada.
  - b) Una descripción general del alcance de la auditoría realizada, con referencia a las normas de auditoría conforme a las cuales ésta se ha llevado a cabo y, en su caso, de los procedimientos previstos en ellas que no haya sido posible aplicar como consecuencia de cualquier limitación puesta de manifiesto en el desarrollo de la auditoría. Asimismo, se informará sobre la responsabilidad del auditor de cuentas o sociedad de auditoría de expresar una opinión sobre las citadas cuentas en su conjunto.
  - c) Una opinión técnica en la que se manifestará, de forma clara y precisa, si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo.  
La opinión podrá ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.  
Cuando no existan reservas la opinión será favorable.  
En el caso de que existan tales reservas, se deberán poner de manifiesto todas ellas en el informe y la opinión técnica será con salvedades, desfavorable o denegada.
  - d) Una opinión sobre la concordancia o no del informe de gestión con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio, en el caso de que el citado informe de gestión acompañe a las cuentas anuales.
  - e) Fecha y firma de quien o quienes lo hubieran realizado. La fecha del informe de auditoría será aquella en que el auditor de cuentas y la sociedad de auditoría han completado los procedimientos de auditoría necesarios para formarse una opinión sobre las cuentas anuales.
2. El informe de auditoría deberá ser emitido por el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría de conformidad con la normativa prevista en el art. 6 y con el contrato de auditoría suscrito entre las partes. La falta de emisión del informe de auditoría o la renuncia a continuar con el contrato de auditoría, tan sólo podrá producirse por la existencia de justa causa y en aquellos supuestos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
  - a) Existencia de amenazas que pudieran comprometer de forma grave la independencia u objetividad del auditor de cuentas o de la sociedad de auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección I del Capítulo III.
  - b) Imposibilidad absoluta de realizar el trabajo encomendado al auditor de cuentas o sociedad de auditoría por circunstancias no imputables a éstos.  
En los anteriores supuestos, cuando se trate de auditorías obligatorias, deberá informarse razonadamente, tanto al Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la sociedad auditada, como al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de las circunstancias determinantes de la falta de emisión del informe o la renuncia a continuar con el contrato de auditoría, en la forma y plazos que se determine reglamentariamente.
3. El informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos.

No obstante, cuando se debatan la certeza de las cuentas auditadas, no bastará con la simple utilización de reglas estereotipadas, como la afirmación de que las transferencias se ha realizado con arreglo a criterios de mercado, sino que tendrá que acreditarse que se han utilizado criterios de medición de general aceptación (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013), como sucede con los métodos regulados en el art. 16.4. 1 RDL 4/2004<sup>14</sup>. Se ha defendido, en todo caso, que no es exigible auditar las cuentas provisionales (SAN 30-05-2014, proced. 13/2014).

- 
4. En ningún caso el informe de auditoría de cuentas anuales podrá ser publicado parcialmente o en extracto, ni de forma separada a las cuentas anuales auditadas.  
Cuando el informe sea público podrá hacerse mención a su existencia, en cuyo caso, deberá hacerse referencia al tipo de opinión emitida.
  5. El informe de auditoría de cuentas anuales deberá ir acompañado de la totalidad de documentos que componen las cuentas objeto de auditoría y, en su caso, del informe de gestión.
  6. Cuando el informe no se refiera a las cuentas anuales, le será de aplicación, en su caso, lo dispuesto para dichas cuentas.

14 4. 1.º Para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos:

- a) Método del precio libre comparable, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.
  - b) Método del coste incrementado, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.
  - c) Método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.
- 2.º Cuando debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores, se podrán aplicar los siguientes métodos para determinar el valor de mercado de la operación:
- a) Método de la distribución del resultado, por el que se asigna a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.
  - b) Método del margen neto del conjunto de operaciones, por el que se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones, que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes, efectuando, cuando sea preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones.

- En cualquier caso, si las cuentas no son fiables, porque expresan resultados contradictorios (SAN 13-01-2014, proced. 154/2013), o se acredita la concurrencia de contabilidad B, que no sería por sí causa de nulidad, si se hubiera informado sobre la misma, la consecuencia inexorable será la nulidad del despido (STS 18-02-2014, rec. 42/2013). – Así, se ha defendido que el juicio de adecuación debe comprobar la existencia de las causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el art. 51 ET, así como la idoneidad del análisis de la medida en términos de gestión empresarial y en este caso determina que las cuentas anuales aportadas por la empresa, pese a reflejar las pérdidas, no expresan la imagen real de la situación económica de la misma, con lo cual no concurren las causas económicas justificativas de la extinción (STSJ Madrid 27-01-2014, rec. 1543/2013). - Se ha dado valor al cambio de criterio contable, cuando el informe de auditoría concluye que se ajusta al Plan General de Contabilidad<sup>15</sup>
- Si se pretende acreditar pérdidas previsibles: misma documentación; criterios utilizados e informe técnico (STSJ Rioja 27-02-2012). – La previsión de pérdidas como causa justificativa obliga a una prueba exigente para su acreditación, por lo que en este caso no es apreciada por la Sala (SAN 15-07-2014, proced. 119/2014). - El informe técnico puede ser interno o externo y es dudoso que pueda integrarse en la memoria, puesto que debe acreditar la concurrencia de causas, conforme a lo dispuesto en el art. 5 del Reglamento (SAN 24-02-2014, proced. 493/2013). – Se ha admitido que, si la empresa perdió todos sus clientes, concurrirán necesariamente pérdidas futuras (SAN 18-12-2012, proced. 257/2012).
- Si se pretende acreditar reducciones de ingresos o ventas: documentación fiscal y contable, deberá utilizarse la cifra de negocios del art. 35.2 Código Comercio, integrada en la cuenta de pérdidas y ganancias (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Esta documentación se relaciona directamente con la información, contenida en el art. 64.2.a y b ET, habiéndose admitido la justeza del despido, cuando se acreditan reducciones de ingresos y ventas en los últimos trimestres y la actividad de la empresa se ha reducido por encima del número de extinciones (SAN 11-03-2013, proced. 281/2012).
- Se anula el despido colectivo, porque la falta de entrega a los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas de la contabilidad real de las empresas integrantes del grupo a los efectos laborales impide una verdadera negociación durante las referidas consultas y comporta el incumplimiento de

la exigencia legal de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo (SAN 18-05-16, rec. 63/16)

- Grupos de empresas: cuentas consolidadas e informe de gestión consolidado de la empresa matriz, debidamente auditadas cuando la empresa esté obligada a ello, siempre que existan saldos deudores y acreedores con la empresa afectada (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012). – Corresponde a la empresa acreditar que no está obligada a consolidar, bien porque concurren los supuestos del art. 43 del Código de Comercio<sup>16</sup>, bien porque no lo exija el derecho extranjero aplicable (SAN 20-03-2013, proced. 19/2013). - Si no fuere obligatoria la consolidación de cuentas, habrá de aportarse todas las cuentas de las empresas del grupo cuando concurren los requisitos siguientes: que residan en España y que haya cuentas deudoras y acreedoras con la empresa afectada inicialmente (SAN 24-10-2012). – Si se aporta toda la documentación exigible, aunque las cuentas de 2011, aportadas inicialmente, fueran provisionales, puesto que se acreditó que coincidían con las definitivas, se da por buena la documentación aportada (STSJ Cantabria 26-09-2012, proced. 2/2012). – La IT comprobará si concurren descubiertos de cotizaciones entre las empresas del grupo a efectos laborales

16 No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las sociedades en él mencionadas no estarán obligadas a efectuar la consolidación, si se cumple alguna de las situaciones siguientes:

- 1ª Cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad obligada a consolidar el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, salvo que alguna de las sociedades del grupo haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.
- 2ª Cuando la sociedad obligada a consolidar sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por dicha legislación o por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50 por ciento o más de las participaciones sociales de aquéllas y, los accionistas o socios que posean, al menos, el 10 por ciento no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas 6 meses antes del cierre del ejercicio. En todo caso será preciso que se cumplan los requisitos siguientes:
  - a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas las sociedades que debiera incluir en la consolidación, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad dominante esté sometida a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea.
  - b) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante.
  - c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores, se depositen en el Registro Mercantil, traducidos a alguna de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, donde tenga su domicilio la sociedad dispensada.
  - d) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación no haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

- Grupo de empresas a efectos laborales: deberán aportarse las cuentas de todas las empresas del grupo (STSJ Madrid 25-06-2012, proced. 21/2012 y SAN 26-07-2012, proced. 124/2012). Si no se aportaron todas las cuentas de las empresas del grupo mercantil, que se auto tituló laboral, se declara la nulidad del despido (SAN 15-10-2014, proced. 488/2013)
- Si se trata de grupo mercantil, no obligado a consolidar cuentas, deberán aportarse las cuentas de las empresas que forman parte del grupo, siempre que estén radicadas en España, se dediquen a la misma actividad y concurren saldos acreedores y deudores entre ellas. – Si no se hace así, se producirá la nulidad del despido (STSJ Madrid 29-01-2014, rec. 1652/2013)
- En cualquier caso, si se acredita la concurrencia de graves pérdidas dentro de las empresas del grupo, así como una fuerte y sostenida reducción de la demanda, se declara la justificación de la medida, en tanto en cuanto se acredita su adecuación entre la intensidad de la causa (SAN 10-03-2014, proced. 285/2013)
- La Disposición Final Cuarta del RDL 11/2013 ha introducido una novedad muy relevante en el art. 4.5 RD 1483/2012, según la cual cuando la empresa promotora del procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento<sup>17</sup>. Así pues, desde la entrada en vigor de la norma citada, el requisito constitutivo, para aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados, es que la sociedad dominante esté radicada en España, lo que no se exigía anteriormente, sin que el legislador se haya molestado en explicar qué razones de urgencia concurrían para producir una alteración tan

importante en la negociación del período de consultas, que redundaría en la pérdida de transparencia sobre la situación de la empresa y que no había producido hasta la fecha ningún tipo de problema, puesto que las empresas dominantes, radicadas en la Unión Europea, cumplían con lo previsto en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio. - La ausencia absoluta de explicaciones sobre la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad, requeridas por el art. 86.1 CE, podría poner en cuestión la constitucionalidad del precepto.

- Por lo demás, el precepto examinado podría vulnerar lo dispuesto en el art. 64.4.a ET, que concede al comité de empresa el derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos. - Dicho derecho debe conectarse con lo dispuesto en el art. 272.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, que reconoce a los socios, a partir de la convocatoria de la junta general, el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.- Ese derecho es extensible a las cuentas consolidadas de los grupos de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.5 del C. Comercio, donde se prevé que las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas. - Parece claro, por tanto, que las cuentas y el informe de gestión consolidados de la empresa dominante del grupo de empresas, salvo que concurren las excepciones del art. 43 C.Co., constituyen un documento pertinente, que facilitará la negociación del período de consultas. - Por el contrario, su no aportación, amparada por la norma reglamentaria, podría vulnerar lo dispuesto en los artículos comentados anteriormente, de manera que parece aconsejable su aportación al período de consultas.
- Conviene destacar, en cualquier caso, que el art. 8 RDL 1/2010 aplica el derecho español a las sociedades domiciliadas en España, fuere cual fuere su lugar de

constitución, entendiéndose por domicilio, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 de la norma antes dicha, el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación o, en su caso, cuando su principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España, por lo que el legislador español ha optado por el domicilio real frente al domicilio formal.

- Debe destacarse, no obstante, que STJCE 20-06-2013, EDJ 2013/101311, ha resuelto una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del art. 49 Tratado de Funcionamiento de la UE. Se plantea en el marco de un litigio entre unas empresas y particulares en relación con la inejecución de un contrato. El Tribunal señala que el citado artículo no se opone a una normativa que excluye de la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales, a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en el territorio de otro Estado miembro; por tanto, no existe una restricción a la libertad de establecimiento.



## CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

- Memoria explicativa de las causas, que acredite concurrencia de las causas
- La memoria deberá identificar la relación de funcionalidad entre las causas y la pérdida de eficacia económica de los contratos, con arreglo a técnicas de ponderación, entendiéndose como tales la razonabilidad y proporcionalidad de la medida (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012)
- Informe técnico, cuya finalidad es acreditar la concurrencia de la causa y su adecuación con las medidas tomadas (SAN 24-10-2012 y STSJ Madrid 11-06-2012, proced. 22/2012 y SAN 4-02-2013, proced. 326/2012). - Si la causa es organizativa, se ha considerado pertinente que la empresa aportara informe técnico suficiente sobre su reorganización (SAN 12-06-2014, proced. 79/2014).
- El informe técnico integrado en la memoria, realizado consiguientemente por la empresa, no tendrá valor probatorio, especialmente cuando no se ratifica por su autor en el acto del juicio (SAN 24-02-2014, proced. 493/2013).
- Se ha declarado justificado el despido fundado en causas organizativas y productivas motivadas por la supresión del servicio de teleconcertación por haber decidido poner fin al mismo la empresa que lo había solicitado, dada la crisis del mercado publicitario a que pertenece la misma, sin que la empleadora tuviera actividad contratada con otras empresas ni perspectivas ciertas de obtenerla que permitiera la recolocación de los trabajadores del servicio en extinción, entendiéndose que no concurre mala fe empresarial (STS 21-04-2014, rec. 126/2013, confirma SAN 14-09-2012).
- Acreditada la realidad de la reducción del servicio y la afectación sobre la necesidad de personal, el despido se declara ajustado a Derecho, sin que se produzca vulneración del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, porque la causa de la reducción no es el cambio de empresa, sino la reducción de la contrata decidida por la empresa principal y que hubiera tenido iguales efectos aunque la nueva contratación se hubiese adjudicado al antiguo empleador y no hubiese existido sucesión empresarial (SAN 9-07-2014, proced. 139/2014).

## PROCESO NEGOCIADOR

- La negociación, prevista legalmente, es de treinta días para los despidos colectivos, salvo en empresas de menos de 50 trabajadores, en cuyo caso será de quince días de duración, al igual que los supuestos de los arts. 40, 41, 47 y 82.3 ET. – No se vicia el período de consultas, porque no acudiera un negociador por enfermedad (SAN 22-03-2013, proced. 62/2013).
- El procedimiento negociador exigirá un calendario. – El art. 7 Reglamento establece el número de reuniones y la cadencia de las mismas, distinguiendo empresas de más y menos de 50 trabajadores, aunque se trata de un procedimiento dispositivo. – Si se cierra formalmente sin acuerdo, no será necesario agotar todas las reuniones pactadas, pero no cabe imponer unilateralmente una negociación de 8 días (SAN 19-12-2012, proced. 251/12). – Aunque se ha admitido que la finalización sin acuerdo del período de consultas puede ser tácita (STSJ Cataluña 26-06-2012, proced. 8/2012), el art. 7.6 del Reglamento exige que sea de común acuerdo y se notifique a la Autoridad Laboral. – Caso de no concurrir consenso en la finalización sin acuerdo, habrá que mantener la negociación hasta el final, so pena de nulidad (STSJ Murcia 9-07-2012, proced. 3/2012), aunque se ha validado la no negociación del último día hábil, cuando se constató que las posturas eran absolutamente inconciliables (SAN 8-07-2013, proced. 180/2013 y SAN 15-04-2015, proced. 180/2013), habiéndose admitido por STS 18-07-2014, rec. 303/2013, que el período de consultas no se extendiera hasta su plazo máximo, cuando se alcanzó acuerdo. – Se ha descartado la nulidad cuando se supera el plazo del período de consultas de común acuerdo (STSJ Galicia 6-07-2012, proced. 12/2012; SAN 13-03-2013, proced. 4/2013 y SAN 26-05-2014, proced. 25/2014), entendiéndose que, si la empresa aportó extemporáneamente la documentación exigible, debió ampliar el período de consultas, cuando se solicitó por la RLT (SAN 11-11-2013, proced. 288/2013).
- La importancia de las actas, que deberán firmarse por todos los miembros de la comisión negociadora. – Si una de las partes no firma, la IT indagará sobre las razones, aunque la falta de firma no debería producirse, bastando, a estos efectos, la introducción de salvedades.
- La experiencia demuestra que la negociación se produce de modo desordenado y disperso, lo cual provoca normalmente actas muy extensas e ininteligibles con frecuencia, lo que impide un control efectivo del proceso, que redundaría en la pérdida de eficacia en la tutela judicial. – Sería pertinente, por consiguiente, que los negociadores protocolizaran las fases

del proceso negociador con la finalidad de identificar de modo preciso y sistemático propuestas y contrapropuestas eficientes, entendiéndose como tales aquellas que tienen el respaldo mayoritario de la RLT, de manera que el empresario de respuesta a las mismas de modo ordenado, no siéndole exigible dar respuesta a propuestas minoritarias, carentes, por ello, de relevancia, así como a ocurrencias personales de componentes individuales de la comisión social, entendiéndose que se negoció de buena fe en el período de consultas, puesto que hubo propuestas y contrapropuestas, no habiéndose acreditado que fracasara el acuerdo por culpa exclusiva de la empresa, entendiéndose, por otra parte, que concurren causas y que se adecuan razonable y proporcionadamente a la intensidad de las causas (STS 26-01-2016, rec. 144/15). - Así, la ordenación de la negociación podría seguir el itinerario siguiente:

- a. Si no se ha entregado la documentación al notificar a los trabajadores y a sus representantes la decisión de promover el despido, lo que sería altamente recomendable, porque permitiría negociar desde el primer día, debería precisarse en la primera reunión qué documentación se considera pertinente por la RLT, lo que le exigirá razonar por qué. - Si el empresario no está conforme con la pertinencia de la documentación solicitada deberá razonar también por qué. - Si no pudiera cerrarse esta cuestión en la primera reunión, no debería prolongarse más allá de la segunda, sin perjuicio, de que pueda solicitarse documentación relevante sobre la marcha, cuando surjan nuevas circunstancias, pero debería procurarse que dicha solicitud fuera excepcional. Cuando no se entregue la documentación, considerada pertinente por la RLT, deberá hacer constar su protesta en el acta de la reunión, puesto que ese es el presupuesto para hacerlo valer posteriormente en su demanda (SAN 24-02-2014, proced. 493/2013). - No será exigible que la empresa fabrique documentación ad hoc, por muy relevante que pudiera considerarse por la contraparte, pero será obligatoria su aportación, cuando se trate de documentación relevante y se disponga de la misma (SAN 15-04-2015, proced. 180/2013).
- b. Entregada la documentación, corresponderá a la RLT realizar contrapropuestas a la medida empresarial, pero dichas propuestas no pueden convertirse en simples manifestaciones de pluralidad sindical. - Por el contrario, las propuestas, que se pongan sobre la mesa, deberán estar apoyadas por las mayorías exigidas por el art. 28.1 RD 1483/2012, en cuyo caso deberán ser respondidas de modo razonable por el empleador. - Caso contrario, si el debate se multiplica, realizándose propuestas aleatorias, apoyadas únicamente por minoría dentro de la RLT, se contribuirá a mayor confusión y se avanzará poco en la consecución de los objetivos propuestos, lo cual no excluye que

- las posiciones minoritarias precisen en el acta sus posiciones, dejando constancia de las mismas.
- c. -Si se hace así, deberá cambiarse la cultura sindical, lo cual obligará a reunirse previamente para precisar qué propuestas son mayoritarias y cuales no. - Si se hace así, el debate se centrará en la respuesta empresarial a dichas propuestas mayoritarias que, de aceptarse por el empleador, llevarían a buen puerto el período de consultas.
  - d. Caso de no aceptarse dichas propuestas por el empleador, la RLT deberá responder razonablemente a las contrapropuestas de la empresa, realizando, en su caso, nuevas propuestas, que deberán estar soportadas por la mayoría, hasta que se alcance acuerdo o desacuerdo.
  - e. De hacerse así, se simplificará el período de consultas y quedarán perfectamente identificadas las posiciones, lo que permitirá controlar judicialmente de manera más rigurosa la concurrencia de causas y la adecuación entre causas y medidas, lo que estará muy relacionado con la viabilidad o no de las propuestas alternativas que, de viabilizar los objetivos del período de consultas, comportaría declarar injustificada la medida. - Caso contrario, si son propuestas ineficientes para alcanzar los objetivos propuestos, se declarará justificada la medida.
  - f. La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe, que se vulneraría cuando las contrapropuestas empresariales fueran objetivamente inviables (SAN 13-06-2014, proced. 77/2014), o cuando la primera noticia sobre la condición de empleador de un grupo de empresas a efectos laborales se produce al iniciarse el período de consultas (SAN 12-06-2014, proced. 79/2014). - Por el contrario, si la empresa retiró una propuesta inicial no aceptada por los representantes de los trabajadores, pero propuso una reducción significativa del número de despedidos, negoció de buena fe (SAN 30-05-2014, proced. 13/2014), así como en aquellas negociaciones donde se acredita efectivamente la existencia de propuestas y contrapropuestas, sin acreditar que el fracaso fuera imputable únicamente a la empresa (STS 26-01-2016, rec. 144/15) . - Tampoco cuando la documentación se entregó al comité, no siendo exigible entregarla a cada uno de sus miembros (STS 19-03-2014, rec. 226/2013).
  - g. La documentación relevante ha de pedirse en el período de consultas, sin que quepa apoyar la nulidad del despido en la falta de aportación de documentación que, habiéndose podido reclamar en el período de consultas, no se reclamó adecuadamente (SAN 30-07-2014, proced. 161/2014).
  - Habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de

proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012, confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012), aunque dicha posición se ha matizado, cuando se acredita que la empresa no tenía más opciones que su cierre (STS 28-01-2014, rec. 46/2013) y se ha admitido también que la empresa abone aplazadamente la indemnización por la extinción del contrato de trabajo, derivada de despido colectivo, cuando en el período de consultas se alcanzó acuerdo, que mejoró el tope legal, pero acordó el aplazamiento del pago, por cuanto lo pactado en período de consultas equivale a convenio colectivo y constituye una mejora sobre el mínimo legal (STS 2-06-2014, recud. 2534/2013). No obstante, se ha entendido que no se negoció de buena fe, al rechazarse cualquiera de las propuestas de la RLT, manteniéndose inamovible la posición empresarial, quien sostuvo la imposibilidad legal de subrogación del personal comercial, lo que no es cierto, por cuanto la normativa aplicable no impide dicha subrogación (STS 21-05-2014, rec. 162/2013). – La negociación se produce efectivamente, si se acreditan propuestas y contrapropuestas, especialmente si se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). – Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012); si concurre causa la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012) y conviene subrayar que las ofertas rechazadas no vinculan al empleador (SAN 13-06-2014, proced. 77/2014); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012), ni tampoco el no haber informado sobre la ejecución de nuevas encomiendas de gestión durante la negociación del período de consultas (STS 21-05-2014, rec. 249/2013), o cuando la empresa hizo ofertas concretas durante la negociación del período de consultas (SAN 9-07-2014, proced. 463/2013); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe comercial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012), o cuando la empresa se ve obligada a cesar cualquier actividad, así como la pérdida de su personalidad jurídica (STSJ Madrid 19-03-2014, rec. 1942/2013); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4-04-2013, proced. 66/2013). Se ha validado, incluso, de 680 a 2020 afectados, en tanto que

quedaba condicionado a la voluntariedad, ni por convertir contratos a tiempo completo en fijos discontinuos, porque la prohibición del art. 12.4.e ET se predica de la imposición empresarial, pero no del común acuerdo. Considera como no fraudulento que el acuerdo convenga la conversión de contratos fijos en fijos discontinuos, comprometiéndose la empresa a cubrir las prestaciones por desempleo durante los períodos de inactividad, si se desestima por la Entidad Gestora. – Valida también, como no fraudulento, que no se indemnice a los trabajadores, cuyos contratos fijos se extinguen, pasando a indefinidos, por cuanto la empresa se compromete a recolocarlos, entendiéndose que no se está encubriendo una suspensión masiva de contratos mediante extinciones contractuales. Valida, del mismo modo, que no se vulneran los principios de igualdad, mérito y capacidad, si no se someten a convocatoria pública las nuevas contrataciones como personal fijo. Considera, además, no fraudulenta la relación con una sociedad mercantil autonómica, que no se había constituido entonces. – Valida finalmente la medida, por cuanto concurre situación económica negativa, admitida por los representantes de los trabajadores y aceptada posteriormente en Asamblea. – Voto particular (STS 19-03-2014, rec. 226/2013). – Se ha declarado justificado el despido colectivo, por cuanto se facilitó a la RLT toda la documentación trascendente, como por entender que, en la negociación del período de consultas, concurrió buena fe, porque resultaron acreditadas las causas económicas y productivas alegadas por la empresa, y porque el preacuerdo alcanzado fue mayoritariamente ratificado en referéndum por la asamblea de trabajadores (STS 29-09-2016, rec. 99/16, Id Cendoj: 28079149912016100030). – En la misma línea, se ha puesto en valor que el período de consultas se aprobara por 12 de los 13 miembros de la comisión negociadora, previa convalidación del 80% de los trabajadores afectados (SAN 24-10-2016, proced. 231/16, ROJ: SAN 3898/2016), manteniéndose el mismo criterio en . Denunciándose que no se negoció de buena fe, se descarta dicho reproche, puesto que se acreditó que la empresa respondió y razonó sobre todas las propuestas realizadas por la RLT, por lo que no puede apreciarse malicia ni negligencia en la actuación empresarial en el desarrollo del período de consultas que justifique la nulidad pretendida. Acreditada la pérdida del principal cliente, que supondrá una reducción del 25% de ingresos, así como un fuerte gasto social, se concluye que existe causa productiva, así como causa económica por pérdidas previsibles (STS 13-10-2016, rec. 56/16, Roj: STS 5063/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5063).

- La técnica, ajustada a la buena práctica, exigirá descartar todas las medidas de flexibilidad interna de menor a mayor (art. 8 RD 1483/12).

- Se da valor al acuerdo, concluido en período de consultas, porque no se probó la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. – Se subraya, que el presupuesto, para que la jurisdicción pueda examinar propuestas alternativas sin realizar juicios de oportunidad, es que dichas propuestas se hayan propuesto en el período de consultas de modo operativo, entendiéndose por operativo, que se sustentaran por las mayorías precisas para llevarlas a la práctica, por lo que no se entra a conocer sobre una propuesta alternativa alegada en demanda por un sindicato minoritario, que no firmó el acuerdo (SAN 14-09-2012, proced. 136/2012).
- Ambas partes podrán solicitar la mediación de la IT, previa comunicación a la Autoridad laboral.
- Los negociadores pueden delegar en un arbitro, cuyo laudo tendrá la misma eficacia que el acuerdo en el período de consultas y podrá impugnarse por el procedimiento y causas previstas en el art. 91.2 ET (art. 85.1 ET).
- Impugnándose un despido colectivo, en el que se reclama su nulidad, porque se promovió por el grupo de empresas en su conjunto y no empresa por empresa, se desestima dicha pretensión, porque se acreditó que el grupo de empresa era laboral y no mercantil. - Se descarta también la nulidad por falta de negociación efectiva, porque nada impide a empresa y sindicatos convenir previamente mediante la suscripción de un acuerdo marco el modo de ajustar unas plantillas, que se había revelado desproporcionadas con la capacidad de la empresa de situar sus productos en el mercado. - Se declara finalmente que concurren causas productivas y organizativas adecuadas para extinguir los puestos de trabajo, como se convino con la mayoría sindical, porque se acreditó una reducción sustancial de la cifra de negocio (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012).
- Examina los requisitos formales para la válida tramitación y producción de efectos del despido colectivo por causas económicas y confirma su nulidad, porque se incumplió con la obligación de entregar la documentación que exige el *artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores*. Nulidad por incumplimiento referido a la entrega de la memoria económica mínimamente suficiente. Responsabilidad no solo de la empleadora formal, sino del grupo de empresas demandado, en unos casos por confusión de plantilla (Nivotrol, S.L.) y en otros aplicando la doctrina jurisprudencial del «grupo laboral de empresas» o de «levantamiento del velo». Imposibilidad de entrar en el análisis de la cuestión referida al grupo de empresas por haberse formulado el motivo al amparo de la *letra d) del artículo 207 LRJS* y no haberse propuesto ni modificación de hechos probados, ni otro motivo de infracción jurídica sobre ese punto (STS 23-03-2013, rec.81/2012).

- Impugnado un despido colectivo, se declara ajustada a derecho la decisión empresarial, porque acreditó haber aportado al período de consultas toda la documentación exigida por el art. 51.2 del ET y el art. 5 del RD 1483/2012, sin que sea exigible cualquier documentación, salvo que se acredita su necesidad para alcanzar los fines propuestos. El período de consultas se ha cumplido puesto que las partes se cursaron ofertas y contraofertas que concluyeron en acuerdo suscrito por el 70% de la representación legal de los trabajadores. Existe causa productiva y organizativa si se prueba, como en este caso, que la empresa tenía una capacidad productiva muy superior a la demanda de servicios requerida por un mercado a la baja (SAN 4-04-2013, proced. 63/2013). – También cuando se entregó la documentación pertinente durante el período de consultas y se establecieron unos criterios razonables de selección y se acreditaron pérdidas efectivas muy relevantes, así como reducción sustancial de la cifra de negocio, derivada de la reducción de ventas, tratándose, en todo caso, de una medida adecuada (STS 25-02-2015, rec. 145/2014, confirma SAN 28-10-2013). – La jurisprudencia ha precisado, incluso, que si bien los criterios de selección, identificados por la empresa: antigüedad, polivalencia... podían considerarse genéricos, dicha circunstancia no comporta la nulidad del despido, por cuanto las normas aplicables se limitan a requerir los criterios de selección, sin concretar exactamente el grado de precisión (STS 19-04-2017, rec. 214/16).
- Impugnado un despido colectivo, concluido con acuerdo suscrito por los sindicatos mayoritarios en la empresa, se desestima la demanda, porque se han cumplido todos los requisitos que establece el art. 26 del RD 1483/2012, la decisión empresarial es ajustada a derecho pues es lícita la conformación de comisiones híbridas compuestas por los representantes de los trabajadores y por representantes elegidos ad hoc, siempre que dicha alternativa sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia contenida en el art. 28.1 del Reglamento (SAN 22-04-2013, proced. 73/2013).
- Aunque la empresa dio respuestas formales a las contrapropuestas de la comisión ad hoc, quien intentó sacar del despido a un trabajador, se tiene presente que la medida se promueve tras terminar sin éxito un procedimiento de reducción de jornada, admitiéndose por los trabajadores que conocían la situación de la empresa. – Si bien el plan de recolocación es de ínfima calidad, no se anula la medida, porque los representantes de los trabajadores no hicieron ninguna manifestación al respecto (SAN 13-05-2013, proced. 89/2013)
- Se desestima, del mismo modo, la impugnación de un despido colectivo, que concluye con acuerdo mayoritario, aunque no hubiera concluido aun

una medida de flexibilidad interna previa, porque concurren nuevas causas, probándose que la empresa ha perdido 200 MM euros en 2011 y 7800 MM en 2012.- Se entiende que la documentación entregada fue más que suficiente (SAN 20-05-2013, proced. 108/2013).

- Se declara nulo un despido colectivo objetivo, considerando esencialmente que la empresa incumplió su deber de negociar en el periodo de consultas, ya que se mantuvo inamovible en el número de trabajadores que debían ser despedidos, comunicando a los cinco días de su inicio su identificación a todos los afectados y negándose a utilizar un previo sistema de bajas voluntarias que propusieron los representantes de los trabajadores. Entiende el Tribunal que con ello se frustra la finalidad de tal periodo de consultas y que no se respeta el ámbito mínimo sobre el que ha de versar la negociación según la Directiva europea 1998/59 (STSJ País Vasco 11-12-2012, rec. 19/2012).
- Pactada la ejecución del despido en un período prolongado, se declara inviable dicha actuación, porque el despido debe obedecer a causas actuales, no pudiendo diferirse hacia el futuro, más allá de lo razonablemente exigible para una empresa compleja (SAN 16-05-2014, proced. 500/2013). – Por el contrario, cuando se trate de un despido de ejecución compleja, se ha admitido su ejecución diferida en el tiempo, cuando esta es razonable (STS 18-05-2017, rec. 71/16, confirma SAN 13-11-2015).
- Precisa en qué consiste negociar de buena fe durante el período de consultas, señalando que dicha exigencia comporta ofertar y contraofertar con la contraparte, sin que sea obligatorio necesariamente alcanzar resultado, aunque si debe tenerse una actitud positiva, que exige respuesta expresa a las propuestas de la otra parte, que considera se cumplieron sobradamente en el supuesto debatido (STS 27-05-2013, rec. 78/2012).
- Se ha considerado una mala práctica relevante, cuando un instituto público promueve una modificación sustancial colectiva sin aportar memoria justificativa de las causas y las medidas, ni ningún otro documento que permitiera a los representantes de los trabajadores hacerse una composición de lugar, que les permitiera cumplir los objetivos del período de consultas. - La Sala entiende, por otro lado, que no es posible negociar el período de consultas mediante correos electrónicos cruzados entre la empresa y cada uno de los sindicatos de la comisión negociadora, sin conocimiento del resto, porque la negociación del período de consultas debe realizarse necesariamente entre la empresa y la comisión negociadora social en su conjunto (SAN 3-03-2016, proced. 384/15).
- Impugnada la modificación sustancial del sistema de ingreso, cobertura de

vacantes y ascensos, porque se realizó mientras se negociaban dichos aspectos en el convenio colectivo, se concluye que no debe acudir al procedimiento de descuelgue cuando las condiciones a modificar no tienen su origen en Convenio estatutario, resultando idóneo el del art. 41. No determina la nulidad de la medida el hecho de que la materia objeto de la misma haya sido objeto de negociación, pues la prolongación de la negociación colectiva, no puede petrificar condiciones de trabajo susceptibles de ser modificadas con arreglo al art. 41 que comprometen la productividad y la viabilidad del proyecto empresarial, sin que, por otro lado, ello implique coacción alguna. Los cambios en los procesos técnicos y productivos, así como una más eficiente organización de los recursos humanos, justifican la decisión impugnada (SAN 27-04-2016, proced. 58/16).

## ACUERDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS FINALIDAD DEL PERÍODO DE CONSULTAS

### EL OBJETO DEL PERÍODO DE CONSULTAS: ALCANZAR ACUERDO

El despido colectivo, al igual que las medidas de flexibilidad interna colectivas, no es una potestad soberana del empresario, quien está obligado, cuando tenga la intención de promover medidas de flexibilidad interna o externa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2.1 Dir. 98/59/CEE; arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET). – Consiguientemente, el objetivo del período de consultas en el despido colectivo es alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores

El período de consultas se constituye, de este modo, en una manifestación específica de la negociación colectiva (STS 24-07-2014, rec. 135/13; SAN 21-07-2015, proced. 17/715; STS 16-07-2015, EDJ 161633 y 20-10-2015, rec. 181/14), que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, 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 (art. 2.2 Directiva).

## CONTENIDO FINALISTA DEL ACUERDO

Así pues, estamos ante una negociación finalista, cuyo cumplimiento obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237). – Se ha validado, por consiguiente, que se negocien en el período de consultas medidas de flexibilidad interna (SAN 10-06-2013, proced. 112/13 y STS 14-10-2015, rec. 8/15), con la finalidad de alcanzar los objetivos citados: evitar el despido colectivo, reducir sus efectos y aliviar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Estas medidas son alternativas a los despidos colectivos y, por tanto, su negociación durante el período de consultas constituye no solo un contenido lícito, sino también conveniente para que el acuerdo en el periodo de consultas alcance sus objetivos, ya que sería absurdo y perjudicial para la coherencia de los acuerdos que ante una misma situación de crisis se fragmentara la negociación de las medidas adecuadas para hacer frente a aquélla, por lo que se validan medidas de movilidad geográfica pactadas en el período de consultas (STS 16-09-2013, rec. 45/2012, confirma SAN 2-02-2012).

El art. 8 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, precisa de menor a mayor qué medidas deben considerarse para evitar o reducir los convenios colectivos, o atenuar sus consecuencias, cuya consideración constituye regla de buena práctica para ambas partes:

*1. A efectos de lo establecido en el apartado 1 del artículo anterior, entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos se podrán considerar, entre otras, las siguientes:*

- a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.*
- b) Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores.*
- c) Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores.*
- d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.*
- e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.*
- f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.*

g) *Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.*

2. *Entre las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, podrán considerarse, entre otras, las siguientes:*

- a) *El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule.*
- b) *La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.*
- c) *Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.*
- d) *Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.*
- e) *Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.*
- f) *Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.*

Así, se ha considerado ejemplar un acuerdo, alcanzado en el período de consultas, en el que se pactó la suspensión de contratos como alternativa al despido, articulando período de suspensión e interrupción de los contratos para facilitar la reasignación de los trabajadores en nuevos proyectos, relegando al despido colectivo como última ratio (SAN 10-06-2013, proced. 112/13). – Del mismo modo, se ha entendido que las medidas tomadas son razonables y proporcionadas, por cuanto han permitido reducir extinciones (31 sobre 45 iniciales) y las suspensiones de contratos (43 frente a 53 iniciales) y permitirán equilibrar los costes de personal de SAT en un período complejo, en el que la empresa ha perdido a su principal cliente, quien absorbía la inmensa mayoría de sus ventas, lo que facilitará un tránsito ordenado para la diversificación de la clientela, que está funcionando positivamente y que proporcionará frutos a medio plazo, para lo que se ha pactado un plan de acompañamiento, que viabilizará la recuperación de parte del empleo perdido (SAN 26-10-2015, proced. 232/15). – También se ha admitido la reducción salarial de los trabajadores, así como las mejoras de prejubilación, cuando las mismas han posibilitado la reducción de 100 extinciones contractuales (SAN 13-11-2015, proced. 257/15), o la reducción sustancial de despidos, apostado por las adscripciones voluntarias y medidas de

prejubilación y adecuación de condiciones laborales de los trabajadores que permanecen en la empresa (SAN 18-01-2016, proced. 311/15). - Se ha admitido finalmente que, si bien la indemnización legal por causa económica es una norma de derecho necesario, no hay impedimento para fraccionar su pago, siempre que se convenga en el período de consultas y el fraccionamiento sea razonable y proporcionado, debiendo distinguirse, a estos efectos, entre el despido individual por causas objetivas y el colectivo (STS 10-05-2016, rec. 2878/14, Roj: STS 3024/2016 y 12-05-2014, recud. 3082/14), habiéndose reiterado que el aplazamiento de la indemnización, pactado en el período de consultas, es legítimo (STS 13-07-2016, rec. 323/14, casa SAN 16-05-2014. - Voto particular).

## LEGITIMACIÓN PARA ALCANZAR ACUERDOS EN EL PERÍODO DE CONSULTAS

### EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA COMO REQUISITO CONSTITUTIVO PARA LA VALIDEZ DEL ACUERDO

Es presupuesto constitutivo, para la validez del acuerdo, que se tome por las comisiones negociadoras previstas en el art. 41.4 ET, al que se remiten los arts. 40, 47, 82.3 y 51 ET (art. 26 RD 1483/2012), siendo exigible, además, que quienes voten acrediten la representación de la mayoría de trabajadores de los centros de trabajo afectados por el despido colectivo, fuere cual fuere la composición de la comisión negociadora, tal y como dispone el art. 28.1 RD 1483/2012. – Se impone, de este modo, el principio de correspondencia, que deberá respetarse, en todo caso, puesto que las normas de legitimación de la negociación colectiva son normas de derecho necesario absoluto (STC 73/1984).

No obstante, es práctica habitual en la conformación de las comisiones negociadoras, que no se precise el porcentaje de representación, que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes, como exige el art. 28.1 RD 1483/2012 (SAN 22-04-2013, proced. 73/13), lo cual comporta que sea difícil dilucidar si se cumple o no la exigencia de representatividad mayoritaria, si bien la jurisprudencia ha precisado que, si no se acredita la mayoría, exigida por el art. 28.1 RD 1483/2012, la consecuencia será la nulidad del acuerdo, pero no la nulidad del despido (STS 19-03-2014, rec. 226/2013).

Por lo demás, la doctrina judicial ha validado la composición de la comisión negociadora, aun cuando fuera irregular, cuando se propuso por la RLT y se aceptó por la empresa (SAN 9-10-2013, proced. 234/12), subrayándose que, si la comisión se conformó irregularmente, podrá provocar la nulidad del acuerdo, pero no la del despido (SAN 16-05-2014, proced. 500/2013), salvo que se acrediten irregularidades de tal magnitud, como la negociación en múltiples mesas negociadoras variadas e híbridas, en cuyo caso se declarará la nulidad del despido, por cuanto el período de consultas no pudo alcanzar sus fines (STS 27-01-2015, rec. 189/14, confirma SAN 22-10-2013). - En cualquier caso, será necesario, para provocar la nulidad del despido colectivo, que las irregularidades en la conformación de la comisión negociadora sean de tal entidad, que impidan alcanzar los objetivos del período de consultas, lo cual obligara a su denuncia en el propio período de consultas (SAN 13-11-2015, proced. 257/15 y 18-01-2016, proced. 311/2015), por cuanto la denuncia permitirá corregirla de modo adecuado en el mismo período de consultas, cumpliéndose, de este modo, la exigencia de buena fe en la negociación de ambas partes (STS 16-07/2015, rec. 180/2014; STS 20-10-2015, rec. 172/2014 y SAN 13-11-2015, proced. 257/15). - Conviene precisar aquí que, si las irregularidades de la comisión negociadora se impusieron por el empresario, la consecuencia sería la nulidad del despido, por cuanto el período de consultas no se negoció con los sujetos legitimados para cumplir sus fines, pero cuando no sea así, no cabe gravar al empleador con irregularidades no fomentadas por él (STS 17-02-2014, rec. 142/13).

La jurisprudencia ha validado, incluso, que la negociación del período de consultas se realizara con los trabajadores afectados, a quienes se advirtió de su derecho a elegir una comisión ad hoc, pero no de las consecuencias de no hacerlo, porque el número de afectados era solamente 23 trabajadores (STS 23-03-2015, rec. 287/14, casa SAN 20-12-2013), aunque en STS 20-05-2014, rec. 166/13, anuló un despido colectivo, negociado por centros, en uno de los cuales se negoció individualmente con los trabajadores afectados.

## ACUERDO EN UN SOLO CENTRO DE TRABAJO

### ACORDADOS CON LAS SECCIONES SINDICALES MAYORITARIAS

El art. 41.4 ET, al que remite el art. 51.2 ET, prioriza absolutamente a las secciones sindicales mayoritarias, de manera que, si existiesen secciones sindicales en el centro de trabajo, que acrediten la mayoría de sus representantes unitarios, la comisión negociadora deberá conformarse con ellas, siempre que lo decidiesen así, sin que el empresario pueda imponer la negociación con las secciones sindicales, cuando estas decidan no negociar como tales (SAN 22-12-2015, proced. 234/15).- Así pues, el acuerdo en un solo centro de trabajo exigirá, cuando se negocie con las secciones sindicales mayoritarias, que se suscriba por las que acrediten representar a la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo.

Conviene precisar aquí que el voto de cada sección sindical es global, puesto que su representatividad viene determinada por el número de delegados que acrediten en el centro de trabajo afectado, de manera que sus miembros en la comisión negociadora no podrán votar de manera diferenciada, por cuanto la legitimación negociadora la tiene la sección sindical como tal y no cada uno de sus miembros, quienes juegan aquí el papel de mandatarios de la sección sindical, lo cual les impedirá traspasar los límites del mandato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1714 CC (SAN 16-11-2012, proced. 197/2012).

### ACORDADOS CON LOS REPRESENTANTES UNITARIOS DEL CENTRO DE TRABAJO AFECTADO

Cuando no haya secciones sindicales mayoritarias en el centro de trabajo afectado, o decidan no negociar como tales, el acuerdo deberá suscribirse por la mayoría de los representantes unitarios, que compongan la comisión negociadora, sin que la composición de la comisión negociadora pueda imponerse por las secciones sindicales a las que pertenezcan, puesto que la decisión corresponde únicamente a los propios representantes unitarios (SAN 26-11-2013, proced. 324/2013 y STS 25-02-2015, rec. 165/2014). - Por consiguiente, si los representantes unitarios, que componen la comisión negociadora, deciden mayoritariamente alcanzar acuerdo, le proporcionarán plena validez, a tenor con lo dispuesto en los arts. 26 y 28 RD 1483/2012.

La negociación durante el periodo de consultas deberá realizarse con los representantes unitarios con mandato vigente, se manera que, si la negociación se

llevó a cabo por la mayoría del comité de empresa, compuesto por tres miembros de U.G.T. y dos de la I.C., sin que nadie hubiera pedido la suspensión cautelar del resultado electoral impugnado, la negociación fue válida, mientras el resultado electoral no sea anulado, puesto que la representación de los trabajadores corresponde a quienes resultaron elegidos (STS 19-10-2015, rec. 54/2015)

## ACUERDOS TOMADOS POR LA COMISIÓN AD HOC

Cuando no haya representantes unitarios en el centro de trabajo afectado, los trabajadores del mismo podrán elegir una comisión negociadora de hasta tres trabajadores, quienes podrán alcanzar acuerdo, siempre que sea votado por dos de ellos (STSJ Madrid 18-01-2016, rec. 544/2015), puesto que es presupuesto constitutivo, para la validez del acuerdo, que sea votado por la mayoría de la comisión ad hoc (STS 14-10-2015, rec. 336/14), cuyas decisiones se han asimilado a las que toman los órganos unitarios (STS 21-04-2015, rec. 311/14), si bien carecerán de valor alguno, cuando se acredita que se alcanzaron en fraude de ley, puesto que la empresa carecía de actividad alguna desde bastante tiempo antes (STS 20-05-2015, rec. 128/14). – Se ha entendido, del mismo modo, que una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva, que afectó al horario y a los turnos, se produjo en fraude de ley, porque la empresa negoció en masa dicha modificación con los trabajadores afectados, a quienes advirtió que, si no se adherían a su propuesta y no se alcanzaba acuerdo en el período de consultas, tendrían dos horas entre jornada en vez de una, se estima la demanda y se declara la nulidad de la decisión empresarial y de los acuerdos de novación contractual, porque los pactos individuales en masa, además de una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva, evidencia la mala fe de la empresa durante el periodo de consultas, impidiendo que éste pueda alcanzar sus fines, por falta de entrega de la documentación pertinente y falta de entrega de los criterios de afectación. La empresa debió negociar durante el período de consultas la modificación sustancial de condiciones de trabajo de todos los trabajadores afectados por la medida sin interferir con anterioridad y durante el período de consultas para la consecución de acuerdos individuales y adscripciones voluntarias de los trabajadores (SAN 3-05-2017, proced. 59/17, ROJ: SAN 1820/2017).

## CUANDO EL DESPIDO COLECTIVO AFECTE A MÁS DE UN CENTRO DE TRABAJO

### ACUERDO ALCANZADOS POR SECCIONES SINDICALES MAYORITARIAS

Si el despido colectivo afecta a más de un centro de trabajo, estarán legitimadas para negociar el período de consultas y consiguientemente para alcanzar acuerdo las secciones sindicales mayoritarias en los centros de trabajo afectados, siempre que decidan negociar como tales. - Tres son, por tanto, los requisitos necesarios:

- a. Que haya secciones sindicales.
- b. Que sean mayoritarias en los centros de trabajo afectados por el despido.
- c. Que decidan negociar como tales.

Lo relevante, por tanto, es que las secciones sindicales, ya sean de empresa o de centro de trabajo, acrediten la mayoría de los representantes unitarios de los centros de trabajo afectados. - No es relevante, que sean de empresa o de centro de trabajo, salvo que sus estatutos determinen competencias diferentes para la sección de empresa y la sección de centro de trabajo.

Cuando concurren los requisitos citados, el período de consultas concluirá con acuerdo, siempre que se suscriba por secciones sindicales, que representen a la mayoría de los trabajadores de los centros afectados, lo cual se determinará necesariamente mediante la ponderación de su voto en la comisión, que deberá ajustarse obligatoriamente a su representatividad en el ámbito del despido, sin que sea posible que los componentes de la sección sindical dividan su voto, puesto que su legitimación no es personal, sino que deriva de su condición de mandatarios de la propia sección sindical, que es el sujeto colectivo legitimado para negociar y acordar, en su caso, en el período de consultas del despido colectivo y/o suspensión de contratos.

Así, cuando se la mayoría sindical suscribe el acuerdo, el período de consultas concluirá con acuerdo (SAN 25-02-2013, proced. 324/12), o cuando se acredita el 80% de las secciones sindicales partícipes en la comisión negociadora (SAN 20-05-2013, proced. 108/13), o el 71% de las secciones sindicales presentes (SAN 4-12-2014, proced. 247/14), o el 59, 49% de la representación sindical (SAN 26-11-2013, proced. 321/13 y STS 20-11-2014, rec. 114/14, confirma SAN 30-09-2013) y también se acredita mayoría de las secciones sindicales presentes en la comisión negociadora, cuyas irregularidades no se denunciaron en el período de consultas (SAN 13-11-2015, proced. 257/15 y 18-01-2016, proced. 311/15). - Podría suceder que la

comisión negociadora no se constituya con arreglo a la ponderación de voto real, porque dos secciones sindicales se nieguen a ajustar su representación a su representatividad real, lo cual impedirá, en su caso, que el período de consultas concluya con acuerdo, pero no provocará la nulidad del despido, especialmente si todas las secciones participaron en el período de consultas, que concluyó sin acuerdo (SAN 22-10-2014, proced. 213/2014).

La constitución de la comisión negociadora por secciones sindicales mayoritarias no es compatible con otras fórmulas de representación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 41.4 ET, que utiliza una expresión inequívoca, cuando dice *“en defecto de lo previsto en el apartado anterior, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas”*. - Consiguientemente, si las secciones sindicales mayoritarias en los comités de empresa o delegados de personal de los centros afectados representan a todos los trabajadores de los centros de trabajo afectados, no es posible compatibilizar representación sindical y unitaria y con mayor razón, representación sindical y comisiones ad hoc, aunque se ha validado en alguna ocasión (STS 1-04-2014, rec. 95/13), sin explicar de qué modo se alcanzan mayorías, puesto que si las secciones sindicales mayoritarias representan a todos los trabajadores, no cabe compatibilizar su voto con el de los representantes ad hoc. - Cuestión distinta será cuando se conforma la comisión negociadora con 10 representantes de las secciones sindicales y 3 representantes ad hoc, sin que medie protesta alguna, alcanzándose finalmente acuerdo por 9 representantes sindicales, porque lo relevante es que el acuerdo se suscriba por los representantes sindicales que representen la mayoría de los trabajadores de los centros afectados (SAN 13-06-2014, proced. 105/2014).

## ACUERDOS ALCANZADOS CON EL COMITÉ INTERCENTROS

Cuando exista comité intercentros y en el convenio colectivo se le atribuya legitimación para negociar despidos colectivos, de conformidad con lo previsto en el art. 63.3 ET, si el despido colectivo afecta a varios centros de trabajo, corresponderá negociar el despido colectivo al comité intercentros, cuya mayoría estará legitimada para concluir con acuerdo el período de consultas. - Por consiguiente, el presupuesto constitutivo, para que el comité intercentros pueda negociar y alcanzar acuerdo en el despido colectivo, es que sea representativo de los centros afectados, lo cual no sucederá cuando el convenio, que le habilitó, no se aplica a dos de los centros afectados por el despido, que, a la postre, fueron los únicos afectados por el mismo (STS 25-11-2013, rec. 87/13). - Se ha convalidado, sin embargo, que el comité intercentros negociara un despido colectivo, aun cuando no era representativo en algunos centros, a los que no se aplicaba el convenio colectivo habilitante, por cuan-

to el propio convenio habilitaba dicha opción negociadora, cuando se acordaba por las secciones sindicales mayoritarias, lo cual sucedió en el supuesto debatido (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013)

En suma, el comité intercentros estará legitimado para negociar el período de consultas, así como para alcanzar acuerdo en el mismo, cuando concurren las circunstancias siguientes:

- a. Que la empresa tenga varios centros de trabajo afectados por el despido colectivo.
- b. Que exista un comité intercentros, creado por convenio colectivo, que le otorgue dicha función.
- c. Que las secciones sindicales mayoritarias no hayan ejercitado el privilegio, reconocido en el art. 51.2 ET, en relación con el art. 26.1 RD 1483/20 12.

Se ha admitido, no obstante, que el comité intercentros negocie el período de consultas, aunque concurrían dos colectivos, uno de los cuales tenía convenio, que habilitó la constitución del comité intercentros y otro no, porque las secciones sindicales mayoritarias lo acordaron así, no cuestionándose dicha decisión en el período de consultas (SAN 26-04-2013, proced. 2972013, confirmada por STS 22-09-2014, rec. 305/2013). - Se ha validado, en cualquier caso, que la negociación se realizara por la comisión permanente del comité intercentros (STSJ Valladolid 28-05-2013, rec. 9/2013 y STS 15-04-2014, rec. 188/2013).

## ACUERDOS ALCANZADOS CON LOS REPRESENTANTES UNITARIOS DE LOS CENTROS AFECTADOS POR LA MEDIDA

Cuando el despido colectivo afecte a diferentes centros de trabajo con representación unitaria, no haya secciones sindicales mayoritarias, o las existentes decidan no ejercer su derecho de negociar como tales y no exista tampoco comité intercentros con legitimación para negociar el despido colectivo, la comisión representativa de los trabajadores deberá estar integrada por los representantes unitarios de todos los centros de trabajo afectados, si bien, cuando su número sea superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen " (STS 16-09-2015, rec. 139/2014). - Queda claro, por tanto, que los sujetos legitimados, para elegir a los componentes de la comisión negociadora, son los propios representantes unitarios de los centros de trabajo afectados, sin que quepa imponerlos por los sindicatos (SAN 26-11-2013, proced. 324/13).

Así pues, los representantes unitarios de los centros de trabajo afectados deberán elegir entre ellos a un máximo de 13 miembros de la comisión negociadora, respetando la proporcionalidad del número de trabajadores que representen en los centros de trabajo afectados, lo que les obligará a ponderar el voto. - Lo relevante, a estos efectos, es asegurar la ponderación del voto, siendo perfectamente posible que los componentes de la comisión no sean designados numéricamente de modo proporcional a su representación, siempre que se asegure la ponderación de su voto con arreglo a la misma. - Cuando no suceda así y se elija, por ejemplo, a un representante por cada centro afectado, sin ponderación de su voto, lo que supondría que el voto de un delegado de centro minoritario valga tanto como el voto del delegado de centro mayoritario, se incumpliría el mandado del art. 28.1 RD 1483/2012, lo cual podría invalidar el acuerdo, pero no la medida empresarial, salvo que el empresario haya intervenido en la composición de la comisión negociadora social, aunque es requisito imprescindible, para invalidar el acuerdo, que se haya denunciado la composición de la comisión negociadora en el período de consultas (SAN 16-05-2014, proced. 500/2013).

De este modo, si el acuerdo es votado favorablemente por el 64, 15% de los representantes unitarios, el período de consultas concluirá con acuerdo (SAN 27-05-2013, proced. 181/13), o se aprueba por el 81, 52% de los representantes de los trabajadores (STS 18-07-2014, rec. 288/13, confirma SAN 20-05-2013).

## ACUERDOS ALCANZADOS CON COMISIONES AD HOC

Cuando en los centros de trabajo, afectados por el despido colectivo, no haya representantes de los trabajadores, el período de consultas podrá realizarse con representantes elegidos ad hoc, pudiendo elegirse por los trabajadores de cada centro a un máximo de tres representantes. - Cuando el número de trabajadores elegidos en cada centro de trabajo supere el número de trece, los representantes elegidos ad hoc elegirán por y entre ellos a un máximo de trece en proporción al número de trabajadores que representen.

Al igual que en los supuestos anteriores, las irregularidades en la composición de la comisión negociadora deberán denunciarse en el propio período de consultas en aras a la buena fe exigida a las partes negociadoras (SAN 13-05-2013, proced. 89/2013), aunque será exigible que la empresa esmere, en estos supuestos, el cumplimiento de la información debida legalmente a estos trabajadores, para que estos puedan elegir debidamente en el plazo previsto la comisión ad hoc: centros afectados, número de trabajadores en cada centro, inexistencia de representantes

unitarios, plazo para la elección de la comisión negociadora y consecuencias de su falta de elección) (SAN 20-12-2013, proced. 401/2013), si bien la jurisprudencia ha validado la negociación directa con los trabajadores afectados, que se negaron a elegir comisiones ad hoc (STS 23-03-2015, rec. 287/2014, casa SAN 20-12-2013).

Al igual que en los supuestos examinados más arriba, el requisito constitutivo, para que el período de consultas concluya con acuerdo, es que se suscriba por los representantes ad hoc, que representen a la mayoría de los centros de trabajo afectados (STS 28-01-2014, rec. 46/2013), lo cual obligará a ponderar el voto (SAN 22-04-2013, proced. 73/2013), para lo que será necesario el cumplimiento de los deberes informativos mencionados más arriba, ya que si no se dispone de dichas informaciones será extremadamente difícil que se constituya la comisión ad hoc con la debida ponderación de representatividad en plazos tan limitados.

Por consiguiente, cuando la mayoría de los representantes ad hoc, suscriban el acuerdo, el período de consultas habrá concluido con acuerdo (STSJ Madrid 18-11-2015, rec. 642/15 y 18-01-2016, rec. 544/2015).

## ACUERDOS ALCANZADOS POR COMISIONES HÍBRIDAS

Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen. - En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

El art. 41.1 ET introdujo, de este modo, las denominadas comisiones híbridas, que solo son admisibles para los representantes unitarios y los representantes ad hoc, sin que quepa constituir las con secciones sindicales y representantes unitarios o representantes ad hoc, puesto que el art. 41.2 ET solo las contempla en defecto de lo previsto en el párrafo anterior, que prioriza absolutamente a las secciones sindicales mayoritarias en el ámbito del despido, aunque se ha admitido en algún caso

por el TS una comisión compuesta por secciones sindicales y representantes ad hoc, por todas STS 1-04-2014, rec. 95/2013, lo que parece extremadamente discutible, por cuanto las secciones sindicales mayoritarias, que decidan negociar como tales, representan a todos los trabajadores de los centros afectados, lo cual hace impensable que coexistan con otro tipo de representación.

La ponderación de voto en la comisión híbrida no presenta dificultades, puesto que corresponderá a los representantes unitarios y ad hoc elegir hasta 13 miembros, lo que deberá realizarse proporcionalmente al número de trabajadores de cada centro de trabajo afectado por el despido colectivo. - Por consiguiente, si se alcanzó acuerdo por la mayoría de la comisión negociadora, compuesta por representantes unitarios y representantes ad hoc, quienes habían ponderado adecuadamente su representatividad, el período de consultas concluirá con acuerdo (SAN 22-04-2013, proced. 73/2013). - Por el contrario, cuando la negociación se realizó en comisión híbrida, sin ponderar la representatividad de sus miembros, no se concede valor al acuerdo (SAN 22-10-2013, proced. 327/13), puesto que las irregularidades en la conformación de la comisión negociadora, de ser relevantes, provocarán la ineficacia del acuerdo, pero no la del despido (SAN 16-05-2014, proced. 500/2013).

Se ha admitido, no obstante, la negociación con una comisión híbrida, compuesta por los representantes unitarios y el único trabajador de uno de los centros afectados, por cuanto nunca se cuestionó su legitimación durante el período de consultas (SAN 9-10-2013, proced. 234/2012), entendiéndose, en todo caso, que las irregularidades leves en la conformación de la comisión negociadora, no tienen entidad para anular el despido colectivo (STS 22-02-2014, rec. 27/14, confirma SAN 30-07-2013). - Por el contrario, cuando la composición de la comisión negociadora sea confusa y no se acredite la ponderación del voto, impedirá que el período de consultas alcance sus fines (STS 21-07-2015, rec. 189/14, confirma SAN 22-10-2013).

## EFFECTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO ALCANZADO EN PERÍODO DE CONSULTAS

### EFFECTOS DEL ACUERDO CONCLUIDO VÁLIDAMENTE POR LOS REPRESENTANTES SINDICALES, UNITARIOS, O AD HOC QUE ASEGUEN EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

Cuando se suscriba el acuerdo por los representantes que acrediten la representación de la mayoría de los trabajadores afectados, el período de consultas habrá concluido con acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.1 RD 1483/2012. - Como se anticipó más arriba, el objetivo último del período de consultas es alcanzar acuerdo con la mayoría de los representantes de los trabajadores, en cuyo caso las irregularidades formales, que se hubieran podido producir durante el período de consultas, pierden relevancia, por cuanto no han impedido, en última instancia, que las partes convinieran la medida, haciendo irrelevante, por ejemplo, que las cuentas consolidadas se entregaran el último día del período de consultas (SAN 21-11-2013, proced. 322/2013), o que no se aportaran determinados documentos obligados (SAN 25-09-2013, proced. 225/2013), o que se aportaran el último día las cuentas provisionales (STS 20-11-2014, rec. 114/14, confirma SAN 30-09-2013), habiéndose admitido, en todo caso, que la falta de aportación inicial de la documentación exigida reglamentariamente no vicia el período de consultas, que concluye con acuerdo (STS 18-07-2014, rec. 303/2013, confirma SAN 11-07-2013). - Se ha admitido, del mismo modo, que la empresa realizara una propuesta que supuso una alteración importante del planteamiento inicial en un momento avanzado del período de consultas, porque ese retraso no afectó a la negociación, puesto que de hecho los trabajadores tuvieron tiempo para examinar la misma y adoptar y adoptar la decisión de rechazarla (SAN 9-07-2014, proced. 463/2013), salvándose, en todo caso, las irregularidades formales no denunciadas en el período de consultas (SAN 13-11-2015, proced. 257/2015). - Consiguientemente, si el período de consultas concluye con acuerdo, no cabe denunciar en procesos individuales irregularidades formales producidos en el mismo (STSJ Madrid 29-06-2015, rec. 217/2015).

Conviene precisar aquí, que el acuerdo en el período de consultas, a diferencia de los acuerdos alcanzados en medidas de flexibilidad interna<sup>18</sup>, no activa la

---

18 Cuando el período de consultas concluyó con acuerdo, se descarta que se produjera en fraude de ley, porque la empresa prolongó una medida anterior y se convalida la medida, por cuanto no se destruyó la presunción de concurrencia de las causas y no se probó que la empresa no aportara do-

presunción de concurrencia de causas y tampoco la adecuación entre la medida y la intensidad con que se manifiestan las causas, pero si proporciona un fuerte crédito sobre concurrencia de causas y adecuación con la medida tomada (STS 25-06-2014, rec. 165/2013; SAN 13-11-2015, proced. 257/2015; SAN 24-11-2015, proced. 154/2015; SAN 18-01-2016, proced. 311/15; STS 6-04-2017, rec. 3566/15 y SAN 9-10-2017, proced. 209/17, ROJ: SAN 3927/2017), sin perjuicio, claro está, de que pueda vaciarse de contenido por los demandantes.

## EFECTOS DEL ACUERDO ALCANZADO, CUANDO NO SE HA RESPETADO EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

Es requisito constitutivo, para que el período de consultas concluya con acuerdo, que se haya tomado por una comisión negociadora ajustada a lo dispuesto en el art. 26.1 RD 1483/2012 y que se haya obtenido en consenso de los representantes de los trabajadores, que acrediten representar a la mayoría de los trabajadores afectados por el despido. - Consiguientemente, cuando no se acrediten dichos requisitos, el período de consultas habrá concluido sin acuerdo, lo cual no provocará mecánicamente la nulidad del despido, salvo que se acrediten los supuestos del art. 124.11 LRJS (STS 22-02-2014, rec. 27/2014, confirma SAN 30-07-2013).

En términos generales, las irregularidades graves en la composición de la comisión negociadora, que no afecten a la vulneración de derechos fundamentales, provocarán la nulidad del acuerdo, pero no la nulidad del despido (SAN 16-05-2014, proced. 500/2013), salvo que se acredite una intervención relevante del empleador en la gestión de dichas irregularidades, siendo exigible, en todo caso, que se denuncien las irregularidades durante el período de consultas (STS 20-10-2015, rec. 272/2015; SAN 13-11-2015, proced. 257/2015 y SAN 18-01-2016, proced. 311/2015)

## ACUERDOS ALCANZADOS DIRECTAMENTE CON LOS TRABAJADORES AFECTADOS

Como se advirtió más arriba, el período de consultas del despido colectivo ha de realizarse necesariamente con los representantes de los trabajadores, por cuanto así lo dispone el art. 2.1 Directiva 1998/59/CE, transpuesta a nuestro ordenamiento

---

cumentación pertinente, cuya prueba correspondía a los demandantes (STS 15-09-2016, rec. 243/15, confirma SAN 27-04-2015).

jurídico por el art. 51.2 ET. - Hemos visto también que son requisitos constitutivos, para alcanzar acuerdo en el período de consultas, que se alcancen en comisiones ajustadas a lo dispuesto en el art. 41. 4 ET (art. 26 RD 1483/2012) y que se aprueben por representantes de los trabajadores, que acrediten representación de la mayoría de los centros de trabajo afectados (art. 28.1 RD 1483/12), regulándose en el art. 41.4 ET un sistema de representación cuando los centros afectados no tienen representantes, lo cual descarta de plano la negociación directa con los trabajadores afectados.

Pues bien, se ha admitido por el TS (STS 23-03-2015, rec. 287/2014, casa SAN 20-12-2013), la negociación directa por los 23 trabajadores afectados de un período de consultas, en el que la empresa les notificó que podían elegir comisiones ad hoc, sin advertirles de las consecuencias legales de no elegir las, decidiéndose por los trabajadores negociar directamente el período de consultas, aunque se precisó que dicha conclusión se debía al escaso número de trabajadores afectados, así como a sus propios actos. - Dicha tesis es discutible, por cuanto el período de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva y las reglas de legitimación de la negociación colectiva son normas de derecho necesario absoluto, cuyo incumplimiento debería provocar la nulidad radical de la decisión empresarial, especialmente cuando no se advirtió a los trabajadores de la consecuencia de no elegir comisiones ad hoc. - En cualquier caso, abrir la puerta a la negociación del despido colectivo con los trabajadores afectados, por limitado que sea su número, provocará, con toda seguridad, inseguridad jurídica en una materia extremadamente delicada como la negociación del período de consulta.

## ACUERDOS O PREACUERDOS. CONDICIONADOS A LA VALIDACIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS

Los costes sindicales del acuerdo en materia de despido colectivo han provocado, en los últimos tiempos, que los representantes de los trabajadores no suscriban el acuerdo, alcanzado previamente con la empresa, hasta que no se refrende por los trabajadores afectados, lo cual constituye una práctica sindical legítima, que no exige, en ningún caso, de la obligación de suscribir el acuerdo por la mayoría de los representantes de los trabajadores para que este tenga validez, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.1 RD 1483/2012. - Pues bien, si el acuerdo, adoptado por minoría del comité de empresa, se condicionó a la ratificación de la asamblea de trabajadores, que lo apoyaron mayoritariamente, se concluye que una cosa es la adopción del Acuerdo y otra su posterior refrendo por la asamblea de los trabajadores,

que son dos fases y cuestiones distintas, por lo que la asamblea sólo puede ratificar o negar su apoyo, conforme al propio Acuerdo, a lo convenido en el mismo, siempre que éste se haya alcanzado conforme a lo que exige la ley, y no hay tampoco constancia de una decisión mayoritaria de la comisión negociadora posterior a la asamblea, por lo que el Acuerdo no puede aceptarse (STS 15-09-2015, rec. 308/2014), habiéndose entendido, que no convocar a todos los trabajadores a la asamblea no es causa de nulidad del despido, por cuanto la decisión de la asamblea no vincula a los miembros de la comisión negociadora (STSJ Madrid 9-02-2014, rec. 629/2014).

Se ha entendido, por otra parte que, si se alcanza un preacuerdo, condicionado a su ratificación por los trabajadores afectados tanto por la empresa como por los sindicatos, se anula la medida, por cuanto el referéndum no garantizó las mínimas exigencias democráticas, dado que la empresa tuvo una contribución relevante en las irregularidades producidas (SAN 11-11-2014, proced. 251/2014). – Por el contrario, si las irregularidades en el referéndum son imputables únicamente a los sindicatos y la empresa no comprometió su decisión al resultado del referéndum, se anula el acuerdo, pero no la medida (SAN 20-04-2015, proced. 24/2015).

## ACUERDOS ALCANZADOS EN FRAUDE DE LEY. DOLO. COACCIÓN O ABUSO DE DERECHO

Los acuerdos, alcanzados en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho comportarán la nulidad del despido (SSTS/IV 17-febrero-2014 (rco 142/13), 17-febrero-2014 (rco 143/13), 18-febrero-2014 (rco 151/13), 18-febrero-2014 (rco 228/13), 19-febrero-2014 (rco 150/13), 20-febrero-2014 (rco 116/13), 26-marzo-2014 (rco 158/13); 15-abril-2014 (rco 86/13); 16-abril-2014 (rco 152/13); 16-abril-2014 (rco 261/13); 20-mayo-2014 (rco 153/13); 24-junio-2014 (rco 270/13); 25-junio-2014 (rco 223/13); 26-junio-2014 (rco 219/13); 23-setiembre-2014 (rco 309/13), 11-diciembre-2014 (rco. 258/13), 3-febrero-2015 (rco. 262/13), 20-mayo-2015 (rco. 1/2014), entre otras (STS 15-10-2015, rec. 3872014).

La carga de la prueba del fraude de ley, del dolo, de la coacción, o del abuso de derecho corresponderá a quien los denuncie (SAN 11-07-2013, proced. 181/2013; SAN 28-10-2013, proced. 284/2013; STS 18-07-2014, rec. 288/2013, confirma SAN 20-05-2013; STS 21-12-2014, rec. 83/2014; SAN 10-11-2015, proced. 248/2015; STS 24-11-2015, rec. 86/2015), entendiéndose que no concurre fraude de ley, porque la empresa recurra a la externalización del servicio (STS 26-03-2014, rec. 158/2013 y STS 20-11-2015, rec. 104/15), ni tampoco cuando el despido colectivo se apoya en causas

distintas a las que provocaron el ERTE anterior (STS 16-04-2014, rec. 57/2013). - Se ha descartado también que el despido colectivo previo constituya indicio de fraude de ley, por cuanto había transcurrido un plazo razonable desde que la empresa alcanzó acuerdo en el despido previo (STS 21-05-2014, rec. 182/2013), sin que tampoco constituya fraude de ley dejar sin efecto un despido colectivo, una vez concluido sin acuerdo el período de consultas para iniciarlo inmediatamente, porque nunca se pretendió disfrazar que se tratase de un nuevo despido para beneficiarse de la nueva regulación, o que se fundara en nuevas causas, entendiéndose que hubo consentimiento en la prolongación de la negociación por encima del límite legal, habiéndose acreditado que se negoció nuevamente, hubo propuestas y contrapropuestas, aunque no se alcanzó acuerdo finalmente (STS 18-03-2014, rec. 125/2013), siendo relevante, por otra parte, que la Autoridad Laboral no aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (STS 22-12-2014, rec. 147/2014, confirma SAN 28-10-2013). - Tampoco supone fraude de ley la decisión de extinguir forzosamente contratos de trabajo, por cuanto dicha decisión queda condicionada a que la empresa oferte una novación contractual alternativa a los despidos, que debe confirmarse por la comisión de seguimiento, cuya composición es paritaria. (SAN 9-02-2014, proced. 241/2014), ni concurre fraude de ley, porque la empresa promoviera un despido colectivo durante la vigencia de un ERTE, por cuanto se acreditó un notable agravamiento de su situación económica y productiva respecto a la que causó el ERTE, lo cual justifica la decisión extintiva, que se considera adecuada a la nueva intensidad de las causas (STS 24-09-2014, rec. 271/2013), sin que constituya, del mismo modo, fraude de ley, aunque la empresa promoviera el despido colectivo sin promover previamente concurso de acreedores, por cuanto los demandantes no probaron, ni siquiera indiciariamente, que concurriera la situación de insolvencia generalizada exigida por la LC para activar la obligación de promover concurso de acreedores (STS 2-12-2014, rec. 99/2014 y STS 23-12-2014, rec. 109/2014). - De este modo, cuando se acredita el agravamiento de la situación económica negativa, en la que se fundó un ERTE previo, se concluye que el despido colectivo está justificado, al acreditarse situación económica negativa, derivada del alto grado de endeudamiento empresarial e importante reducción de ventas en los tres años inmediatamente anteriores, que tiene entidad suficiente como para justificar los despidos propuestos (STS 19-04-2017, rec. 214/16). - También, cuando concurren las causas productivas y organizativas aceptadas en la firma del acuerdo por los sindicatos que representan al 88% de los miembros del comité de empresa. - Por consiguiente, son ajustados a derecho los pactos sobre extinción de contratos con derecho a reingreso y suspensión de contratos conforme al calendario acordado (STS 17-05-2017, rec. 221/16).

Por el contrario, cuando se acredite que los negociadores del acuerdo no tuvieron nunca intención de extinguir más que tres contratos de trabajo, aunque la empresa propuso formalmente trece, puesto que no se negoció, ni se justificó, de

ningún modo, las razones por las que se redujeron diez extinciones de las trece propuestas inicialmente, concurre fraude de ley (SAN 21-05-2013, proced. 104/2013). - Se ha entendido, del mismo modo, que el despido es nulo por fraude de ley, por cuanto su finalidad era evitar la subrogación por parte del órgano que sucedió a la empresa (STS 26-06-2014, rec. 219/2013). - Del mismo modo, se han anulado las novaciones contractuales, convenidas durante la negociación del convenio colectivo, cuya alternativa era la extinción de los contratos, por cuanto los negociadores admitieron paladinamente, sin someterse al período de consultas del art. 51 ET, que concurrían causas objetivas para la extinción, entendiéndose que dicho acuerdo se produjo en fraude de ley (SAN 25-11-2015, proced. 171/15). - También se ha declarado la nulidad del despido, porque la empresa mantuvo vigente la suspensión de contratos, fundada en la misma causa, entendiéndose que dicha conducta empresarial constituía fraude de ley, aunque subraya que, si se hubiera alcanzado acuerdo en el nuevo período de consultas, sería legítimo inaplicar acuerdo previo en el que la empresa se comprometió a no despedir mientras estuvieran vigentes las medidas de flexibilidad interna, puesto que el acuerdo le impedía tomar unilateralmente la medida, pero no pactarla con los representantes de los trabajadores, lo cual no sucedió finalmente (SAN 22-10-2014, proced. 213/2014). - Constituye también fraude de ley, alcanzar acuerdo en Centro Especial de Empleo sin actividad en los tres años anteriores (STS 20-05-2015, rec. 1287/2014). - En cualquier caso, constituye fraude de ley apoyar la medida en causas productivas, cuando la causa real es económica (STS 25-05-2015, rec. 72/14). - También, cuando se impugna un ERTE, consistente en la suspensión de 318 contratos y la reducción entre el 10% y el 70% de 151 por una empresa, que presenta graves pérdidas, ocasionadas por dificultades estructurales, que se han agravado por procedimientos administrativos, promovidos por la TGSS, que embargó sus cuentas, lo que acentuó sus problemas de liquidez y colocó a la empresa en situación de insolvencia, colocándose en situación concursal tras concluir el período de consultas. - Se estima la demanda y se concluye que la medida se produjo en fraude de ley y abuso de derecho, aunque la situación económica y productiva de la empresa sea especialmente grave, por cuanto no se trata de una situación coyuntural, sino de un problema estructural, que no puede resolverse mediante sacrificios desmedidos a una plantilla, que ya se vio afectada por tres ERTES, que no impidiendo que se produjera un despido masivo, sin que se haya acreditado que la medida impugnada en una empresa concursada, que no va a poder licitar en concursos públicos, al carecer del certificado de estar al corriente de pago con la Seguridad Social, que va a perder la mayor parte de su cartera, pueda contribuir a resolver la situación existente (SAN 18-09-2017, proced. 187/17, ROJ: SAN 3682/2017).

## ACUERDOS VULNERADORES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El art. 124.11 dispone que el despido colectivo será nulo, cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales. - Consiguientemente, si la medida vino precedida de acuerdo, en el que se vulneraron derechos fundamentales, el despido se declarará nulo.

Corresponderá la carga de la prueba de indicios de discriminación, a quien los denuncie, en cuyo caso la empresa deberá acreditar la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de sus medidas (STS 16-06-2015, rec. 273/2014), sin que baste alegar, que los criterios selectivos son discriminatorios (STS 20-06-2015, rec. 290/14; TSJ Madrid 13-07-2015, rec. 339/15; SAN 10-11-2015, proced. 248/2015). - Por el contrario, cuando se cuando se acreditan indicios sólidos de vulneración del derecho a la indemnidad, que no se destruyen de contrario, provocará la nulidad del despido (STSJ Castilla la Mancha 22-09-2015, rec. 736/15).

Así, si la medida afecta esencialmente a los afiliados a un sindicato, sin que se haya acreditado criterios razonables para ello, se anulará el despido (STS 22-12-2014, rec. 3059/2012), pero no existirá discriminación, cuando el despido afectó únicamente a cuatro afiliados del sindicato demandante en un despido que afectó a muchos trabajadores (STS 20-05-2015, rec. 290/14). - Tampoco concurrirá discriminación, porque no se permitiera acogerse a las bajas voluntarias a los trabajadores, subrogados por otras mercantiles, porque sus contratos no se extinguieron (SAN 16-01-2014, proced. 391/2013).

Se ha considerado discriminatorio, cuando se acredita que la trabajadora despedida estaba embarazada (STS 14-01-2015, rec. 104/14; STSJ Comunidad Valenciana 12-05-2015, rec. 918/15; STSJ Cataluña 2-11-2015, rec. 5343/15). - También, si se acreditan indicios de discriminación por razón de sexo, anudados a indicios de vulneración del derecho a la indemnidad (STS 26-11-2014, rec. 294/13). - Por el contrario, cuando se acreditan causas objetivas o razonables no es discriminatorio el hecho de que la trabajadora esté conciliando (STSJ Madrid 9-12-2014, rec. 629/14, STSJ Burgos 23-07-2014, rec. 529/14), aunque se ha declarado la nulidad del despido relacionado con la guarda legal ejercitada por la trabajadora despedida (STSJ Madrid 7-12-2015, rec. 674/15; STSJ Cantabria 28-09-2015, rec. 603/15). - De concluirse con acuerdo un período de consultas, en el que se utilizó, durante la huelga, a trabajadores de otros centros de trabajo, la medida sería nula por vulneración del derecho de huelga (STS STS 20-07-2016, rec. 22/16).

Tampoco es discriminatorio, que se incluya como criterio selectivo, a los trabajadores más cercanos a la jubilación (STSJ Comunidad Valenciana 24-09-2014, rec. 1844/14). - Si lo es, cuando se acredita que la extinción se aplicó por razones de edad, sin demostrar criterios razonables y proporcionados, se declara la nulidad del despido (STSJ Navarra 17-07-2015, rec. 214/15).

Se ha descartado, por otra parte, la concurrencia de discriminación por discapacidad, por cuanto no se ha probado que se despidiera a discapacitados, ni tampoco que los despedidos en IT fueran mujeres disfrutando permisos maternales (STS 20-05-2015, rec. 290/14).

## CONTENIDOS DEL ACUERDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS

Aunque el objetivo máximo del período de consultas es evitar la medida, lo normal es que se alcancen acuerdos que reducen o alivian las consecuencias del despido colectivo para los trabajadores afectados. - Así, cuando el acuerdo alcanza sus objetivos, reduciendo el número de despedidos e incrementando las indemnizaciones se ha cumplido esencialmente la finalidad del período de consultas (STS 16-06-2015, rec. 273/2014).

Se ha validado, del mismo modo, un acuerdo que reduce el número de despedidos de 1850 a 1750, priorizando la voluntariedad como primer criterio selectivo, viabilizando pasarelas de jubilación voluntaria, mejorando la indemnización y reduciendo salarios como alternativa a las tareas externalizadas, promoviendo finalmente la recolocación en empresas del grupo (SAN 13-11-2015, proced. 257/15). - También, cuando se reduce significativamente el número de extinciones, que priorizan la voluntariedad o la jubilación frente a las extinciones forzosas, incrementándose las indemnizaciones a 45 días por año, y promoviéndose otras medidas de flexibilidad interna (SAN 18-01-2016, proced. 311/2015).

Cuando la situación de la empresa es especialmente grave, tanto que no dispone de cantidades suficientes para hacer frente a las indemnizaciones legales, se ha admitido aplazar su pago, cuando se mejoraron los límites legales (SAN 19-11-2013, proced. 293/13). - Se ha validado, incluso, que si las causas son económicas, alcanzándose acuerdo en período de consultas, el pacto colectivo por el que se acuerda el fraccionamiento del pago de la indemnización, se ajusta a derecho, sin que en el posterior proceso individual sea preciso que la empresa pruebe falta de liquidez (STS 22-07-2015, rec. 2161/14), reiterándose el mismo criterio, por la muy distinta natu-

raleza jurídica del despido colectivo hace inaplicable la doctrina establecida para el despido individual a los despidos colectivos (STS 22-07-2015, rec.2538/2014).

Se ha admitido, del mismo modo, que en el procedimiento de despido colectivo se pacte, como alternativa al despido, la novación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial (SAN 9-02-2014, proced. 241/2014, confirmada STS 24-11-2015, rec. 154/15), así como la novación de contratos fijos en contratos fijos discontinuos, cuando se convino así como alternativa al despido colectivo (STS 19-03-2014, rec. 226/13; STS 22-09-2014, rec. 305/13, que confirmó SAN 26-04-2013, proced.29/13).

Por el contrario, constituye fraude de ley, acordar la novación de contratos, con la consiguiente modificación del grupo profesional, sin someterse al período de consultas del despido colectivo, cuando el acuerdo especifica que, si los trabajadores no aceptan la novación, concurrirá causa suficiente para la extinción de sus contratos por causas organizativas o productivas (SAN 23-11-2015, proced. 195/2015). - En cualquier caso, no sería factible que las medidas de acompañamiento, como podría ser la inaplicación del salario de convenio, se apliquen retroactivamente, cuando ya se han incorporado al patrimonio de los trabajadores (STS 26-10-2015, rec. 276/14).

## ACUERDOS ALCANZADOS EN MEDIACIÓN

El art. 51.2 prevé que el empresario y los representantes de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período. - Caso de alcanzarse acuerdo tendrá el mismo valor que el acuerdo en el período de consultas.

Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, notificándose por el empresario la aplicación de las medidas, si los representantes de los trabajadores promueven mediación ante el SIMA, dicha decisión no supone prologar la negociación del período de consultas, puesto que dicha mediación no forma parte ya del período de consultas, porque forma parte del proceso de impugnación de la medida. - Dicha solicitud puede promoverse por quien esté legitimado para impugnar la medida, pero no ampara que se negocie diferenciadamente de los demás sujetos legitimados para la negociación de la medida, cuya exclusión comporta la vulneración de la libertad sindical (STS 22-07-2015, rec. 130/2014).

Impugnada la decisión empresarial de modificar la jornada establecida en acuerdo de mediación, suscrito por los sujetos que acreditaban las legitimaciones necesarias, porque se siguió el procedimiento del art. 41.4 ET, en vez del art. 82.3 ET, se anula la medida, por cuanto el acuerdo de mediación tiene pleno valor de convenio colectivo (STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014).

## ACUERDOS ALCANZADOS EN CONCILIACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DESPIDO COLECTIVO

Como se adelantó más arriba, el acuerdo en el período de consultas del despido colectivo, para cumplir sus finalidades, puede convenir sobre el despido, así como sobre otras medidas de flexibilidad interna, cuyo objetivo sea evitar, reducir o aliviar las consecuencias del despido colectivo, entre las cuales puede incluirse, como no podría ser de otro modo, la inaplicación de condiciones de convenio colectivo estatutario (art. 8.1.d RD 1483/12), o de acuerdo de empresa, o convenio extraestatutario (art. 8.1.e RD 1483/12), como podría suceder con los acuerdos que ponen fin a la huelga, en los que se convienen cláusulas penales contra la promoción futura de despidos colectivos o despidos objetivos.

Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo y se impugna el despido colectivo por los representantes de los trabajadores, puede alcanzarse conciliación judicial entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores en todas estas materias, en cuyo caso desplegarán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, cuyo objeto quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda a través del proceso colectivo (art. 124.13.b2 LRJS).

Siendo evidente que la impugnación del despido puede transarse en conciliación judicial, deben despejarse los límites de la misma en lo que afecta al despliegue de eficacia de cosa juzgada para los despidos individuales, porque un sector de la doctrina judicial, por todas STSJ Madrid 30-12-2013, rec. 1935/13, seguida por otras muchas, como STS 28-12-2015, rec. 119/14, ha defendido que la conciliación solo desplegará efectos de cosa juzgada sobre aquellos aspectos que hubiera podido resolver la sentencia, limitados a declarar la justificación, injustificación o nulidad del despido, de manera que si bien no cabe reconsiderar en la impugnación individual la justificación de la medida, puesto que se pactó así por los representantes de los trabajadores, si es posible considerar el importe de la indemnización, puesto que se

trata de una *transacción añadida* a lo que pudo resolverse por sentencia, que puede cuestionarse en los procedimientos individuales. - Dicha tesis ha sido recusada por otro sector de la doctrina, por todas STSJ Madrid 16-11-2015, rec. 124/14, que defiende, en síntesis, que si los representantes de los trabajadores transaron el importe de la indemnización, aunque en su demanda habían defendido acuerdos anteriores de la empresa, en los que se convino que no se promoverían despidos colectivos, introduciéndose una cláusula penal, según la cual, si se promovía el despido debería indemnizarse a los trabajadores con 45 días por año, puesto que si es posible pronunciarse en la sentencia de despido colectivo sobre el importe de las indemnizaciones, citando, al efecto, STS 30-10-2013, rec. 47/2013, que puso en valor los acuerdos de fin de huelga, mencionados más arriba, por lo que declaró injustificado un despido colectivo de la misma empresa en despido colectivo anterior.

En mi opinión, si es plenamente posible debatir y acordar en el período de consultas del despido colectivo sobre cualquier otra medida empresarial, entre las cuales puede incluirse, como no podría ser de otro modo, la inaplicación de cláusulas *antiere*, cuando concurren causas para ello, cuando se impugnó el despido colectivo con base a dichas cláusulas, en cuyo caso desplegarán efectos de cosa juzgada sobre los litigios individuales, puesto que así lo dispone el art. 124.13.b.2, que limita la impugnación individual a las cuestiones individuales, que no fueron objeto de la demanda, como se defendió en STSJ Madrid 16-11-2015, rec. 124/14. - De hecho, la jurisprudencia, por todas STS 14-10-2015, rec. 8/15, ha defendido que las medidas de acompañamiento, transadas en acuerdo de despido colectivo, deben impugnarse por el procedimiento de impugnación de despido colectivo, porque dicha transacción forma un único negocio jurídico con el propio despido colectivo. - Si no fuera así, se liquidaría el objetivo virtuoso de la impugnación del despido colectivo, que es la búsqueda de soluciones homogéneas para los afectados, cuya problemática individual queda asegurada mediante los correspondientes procedimientos individuales.

Más dudoso, sin duda, es si los acuerdos judiciales, alcanzados en conciliación judicial, que incluyan pactos no derivados de pretensiones de la demanda, despliegan efectos de cosa juzgada para las impugnaciones individuales, puesto que art. 124.3.b.2 lo predica únicamente sobre los aspectos que hayan sido objeto de demanda. - No obstante, lo acordado en conciliación vincula a los trabajadores afectados por el despido, cuando los representantes que lo suscribieron ostenten la legitimación exigida, tratándose, en cualquier caso, de un negocio jurídico único, en el que las partes alcanzan acuerdos globalmente satisfactorios a cambio de las contrapartidas pertinentes, sin perjuicio de su derecho a impugnar aquellos aspectos de la conciliación, que no fueron objeto de la demanda.

## LA SELECCIÓN DE TRABAJADORES

1. La negociación de los criterios de selección es constitutiva para que el período de consultas alcance sus fines (STS 18-07-2014, rec. 303/2013, confirma SAN 11-07-2013), sin que quepa sustituir dichos criterios por la lista nominativa de afectados (STS 17-07-2014, rec. 32/2014).
2. Su función esencial es la identificación de los trabajadores afectados por la medida (STS 1-12-2014, rec. 138/2014), de manera que la falta de criterios selectivos provocará la nulidad del despido (STS 14-01-2015, rec. 104/2014, confirma SAN 22-07-2013). – No cabe anular el despido, cuando se pactó esencialmente la voluntariedad, por lo que la decisión no quedó al arbitrio de la empresa (SAN 9-02-2014, proced. 241/2014 y STS 28-01-2015, rec. 87/2014).
3. En el proceso colectivo no cabe examinar, caso por caso, la adecuación de los criterios selectivos (STS 25-06-2014, rec. 198/2013).
4. La decisión extintiva corresponde a la empresa (STSJ Sevilla 31-10-2012, proced. 3055/2012), habiéndose entendido suficiente identificar a qué criterio, entre los pactados, se acoge la empresa (STSJ País Vasco 8-04-2014, rec. 527 y 540/2014)
5. Aprobados los criterios de selección de trabajadores, es la empresa quien debe decidir de qué modo los ejecuta (STSJ Navarra 19-10-2012, rec. 353/2012), entendiéndose suficientes los criterios selectivos razonables (STS 25-02-2015, rec. 145/2014, confirma SAN 28-10-2013).
6. Para que proceda la inversión de la carga probatoria es preciso que se aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona un derecho fundamental del trabajador, indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se ha producido (FJ 2). La selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios. No existiendo discriminación, fraude de ley o abuso de derecho, no cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto de despido sometido a su conocimiento (STSJ Burgos 13 y 19-02-2014, rec. 46 y 2/2014), si bien el empresario está obligado a establecer criterios selectivos concretos y a negociarlos durante el período de consultas de modo que, si no

se hace así, provocará la nulidad del despido (STSJ Madrid 17-03-2013, rec. 2149/2013). – También, cuando la medida afecta esencialmente a los afiliados a un sindicato, sin que se haya acreditado criterios razonables para ello (STS 22-12-2014, rec. 3059/2012).

7. No cabe, sin embargo, que el empresario despidiera a los trabajadores antes de culminar el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012).
8. La empresa no está obligada a aceptar todos los acogimientos voluntarios al despido colectivo, si no se pactó así. – No concurre discriminación, porque no se permitiera acogerse a las bajas voluntarias a los trabajadores, subrogados por otras mercantiles, porque sus contratos no se extinguieron (SAN 16-01-2014, proced. 391/2013).
9. Se ha entendido que la precisión de criterios de selección es mínima, cuando la causa es económica y se trata de una empresa privada; media cuando la causa es técnica, organizativa o de producción y máxima, cuando la medida afecta al sector público, al entrar en juego, también en la salida, los principios de igualdad, mérito y capacidad (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013).
10. En la misma línea, se ha entendido que la tramitación de un despido colectivo por causa económica en una administración pública, especialmente cuando en su ámbito potencial de afectación se encontraban trabajadores fijos que habían superado procedimientos de ingreso basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, incurre en un grave defecto procedimental si no fija una propuesta de criterios de selección de los afectados que haga determinables los mismos y se fundamente en los mencionados principios (STSJ Valladolid 30-12-2013, rec. 1878/2013).
11. Se declara justificada la medida y se descarta la nulidad por no expresar la empleadora suficientemente los criterios de selección de los trabajadores que han de verse afectados por la misma como presupuesto imprescindible para apreciar su adecuada justificación, por cuanto la empresa identificó varios criterios selectivos, que no fueron cuestionados por los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, cabiendo considerar cumplimentado el requisito por la empresa en función de cuantas condiciones y circunstancias concurren en el caso (STS 20-05-2014, rec. 17/2014).



## DIÁLOGO SOCIAL INTERPROFESIONAL PROPUESTAS SINDICALES PARA LA RENOVACIÓN DEL III AENC Y DEL V ASAC

**Mercedes González Calvo,**

Secretaria confederal de Acción Sindical de CCOO

## DIALOGO SOCIAL INTERPROFESIONAL. PROPUESTAS SINDICALES PARA LA RENOVACIÓN DEL III AENC Y DEL V ASAC

### PRINCIPALES OBJETIVOS SINDICALES PARA LA NEGOCIACIÓN DEL IV AENC

Tras la ruptura de las negociaciones para el acuerdo salarial de 2017, afrontamos la negociación de un nuevo AENC. Esta ruptura se produjo por un incumplimiento por parte de CEOE y CEPYME de los compromisos alcanzados en el III AENC; los firmantes se comprometieron en el acuerdo a tener en cuenta el PIB de 2016 y las revisiones de crecimiento del Gobierno para 2017. Los datos eran positivos pero las organizaciones empresariales no han querido trasladar ese incremento de la economía española a los salarios de trabajadores y trabajadoras. Con un PIB del 3,3% en 2016 y una previsión de crecimiento del 3% para 2017, así como un IPC creciente (en septiembre fue del 1,8%), no podíamos asumir un acuerdo que siguiera el camino de las subidas salariales moderadas.

Ante este “fracaso” en la negociación del III AENC para 2017 ... me planteaba si podía ser un problema de incapacidad o habilidad negociadora por nuestra parte no haber alcanzado el acuerdo salarial con la patronal. Pero si tengo que ser sincera, la nueva dirección sindical surgida del XI Congreso confederal, ni siquiera fue puesta a prueba. Lo que demuestra el deterioro que se ha producido en nuestro sistema democrático de relaciones laborales actual, en el que Patronal y Gobierno desprecian el diálogo social como la herramienta más eficiente para resolver el conflicto a través de la negociación y el reconocimiento de la libre autonomía de las partes a través del intercambio de propuestas provenientes de los diferentes agentes sociales.

El diálogo social interprofesional debería aspirar a desarrollarse y perfeccionarse en un proceso abierto y permanente que fuera generando un conjunto de prácticas de intercambio que se incorporasen al patrimonio cultural y social, tanto de las empresas como de los representantes de los trabajadores. El diálogo social, en la experiencia europea, desemboca en la negociación colectiva pero no la absorbe, sino que se prolonga en compromisos añadidos, en convergencias sobre políticas de inversión y de sostenibilidad ambiental o en acuerdos de responsabilidad social internos o externos a las empresas. Y, naturalmente el diálogo social tiene una importante versión tripartita cuando se involucra directamente en este proceso de intercambio al poder público, lo que posibilita la participación directa de los interlocutores sociales en la producción normativa del Estado.

Desgraciadamente la situación es bien distinta. Como consecuencia de la crisis y de las reformas legislativas del Gobierno. Ha pasado en este momento a ser una herramienta que solo sirve a los intereses de una de las partes, transformándose en un mecanismo de adhesión a las necesidades de la gestión económica y política del gobierno, perdiendo su autonomía, para acabar prescindiendo de los intereses de los trabajadores y produciendo una grave lesión al derecho de libertad sindical; con la grave desafección democrática que esta situación provoca.

Pero es posible sin embargo, que la organización representativa del empresariado español subestime la capacidad de reacción sindical, no sólo en cuanto a su potencialidad para iniciar una movilización entre trabajadores y trabajadoras, sino que los propios sindicatos no debemos, ni podemos acudir con el mismo animo negociador y conciliador cuando las legítimas pretensiones de los trabajadores y trabajadoras han sido no solo desoídas, sino incluso despreciadas.

La clave de este posible cambio en la correlación de fuerzas en la negociación colectiva se debe encontrar en la participación real de las trabajadoras y trabajadores, en la elaboración de las plataformas reivindicativas y en la discusión de las mejores formas de presión para obtenerlas, junto a una estrategia general que diseñe el sindicalismo en unidad de acción en cuanto a la articulación de las negociaciones.



Tras varios años de dura crisis, la economía española ha empezado a recuperarse y este nuevo acuerdo tiene y debe de permitir a la clase trabajadora salir de una situación de bajos salarios y precarización del empleo, así como de deterioradas condiciones de trabajo. Han sido años en que las desigualdades se han agudizado y por tanto, ya es hora de poner las bases para la recuperación.

Son muchos los temas a tratar en esta negociación pero desde CCOO consideramos que hay tres objetivos claves y que sin avances sobre estos puntos el acuerdo sería prácticamente imposible.

### Salarios

- Es imprescindible una subida salarial significativa, que permita recuperar poder adquisitivo. Tras años de contención salarial, las organizaciones empresariales deben salir de esa posición de comodidad de subidas contenidas e incluso de bajadas salariales. Es cierto que el tejido industrial y productivo de nuestro país ha sufrido un deterioro importante, pero la mayoría de las empresas que se han mantenido, en muchos casos gracias al sacrificio y al esfuerzo de trabajadores y trabajadoras, están alcanzando niveles económicos superiores incluso al inicio de la crisis. Los beneficios generados se deben invertir y repartir. Todo esto en paralelo a nuestra reivindicación de subida importante y progresiva del Salario Mínimo Interprofesional así como, de la recomendación para que ningún convenio colectivo tenga salarios por debajo de los 1000 euros.



## Empleo

- Igualmente no podemos seguir, con un mercado de trabajo en el que la mayoría de los contratos son precarios, a tiempo parcial, contratos por días o por horas, etc. Toda la clase trabajadora está sufriendo esta situación, pero el problema se agudiza en los jóvenes. Tiene que haber un acuerdo sobre contratación juvenil de calidad y que no se quede en papel mojado.
- Es necesario establecer un compromiso de creación de contratos estables y a tiempo completo.
- Deben de controlarse de igual modo, las cadenas de subcontratación y poner límites a las sucesivas subcontratas que acaban con trabajadores con menos derechos y menor protección.
- Es cierto que en AENCs anteriores se alcanzaron acuerdos sobre empleo, pero tenemos que redoblar esfuerzos para que lo acordado se ponga en práctica y que nuestros negociadores en las mesas de los Convenios Colectivos lo asuman como una prioridad, y que las organizaciones empresariales cumplan con su responsabilidad de dar instrucciones sobre su cumplimiento a sus negociadores.

## Jornada de trabajo

- Se debe controlar la jornada de trabajo, no podemos seguir con jornadas interminables, sin control y sin ser remuneradas. Se tienen que cumplir las jornadas máximas que marquen los convenios colectivos, hay que racionalizar los horarios y acabar con la práctica del presentismo. Es esencial, acabar con la práctica de falsos contratos a tiempo parcial.
- Es importante igualmente regular el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. Cada vez es más frecuente, desgraciadamente la disponibilidad total del tiempo de los trabajadores por parte del empresario. La jornada debe de estar bien regulada y el uso de nuevas tecnologías en el trabajo no puede, ni debe suponer jornadas laborales sin control.

La brecha de género debe ser transversal en todos los ámbitos de negociación. Las mujeres por regla general, tienen salarios más bajos, peores condiciones de empleo y trabajo y jornadas más desreguladas. Son necesarios planes y medidas de igualdad efectivos, en los que participemos y en los que se haga un seguimiento que permita poner freno a estas situaciones.

Estos objetivos, son prioritarios, pero no podemos olvidar otros como la Seguridad y la Salud en el trabajo, los derechos sindicales o los derechos a la formación y la cualificación profesional. Hoy es obligatorio incidir en la precariedad y la desigualdad que está fomentando la aparición de cada vez mayor número de trabajadores y trabajadoras pobres.

Este proceso negociador debemos de afrontarlo con la mayor transparencia y la máxima participación de todas nuestras organizaciones. Necesitamos su implicación para conseguir un acuerdo que nos permita dar respuesta a las necesidades actuales de la clase trabajadora y frenar la constante precarización del mercado de trabajo.



## PROPUESTAS SINDICALES PARA LA RENOVACIÓN DEL V ASAC

Pese a la ausencia de un sistema de solución de conflictos a nivel estatal durante la década de los 80 y mitad de la del los 90, en varias Comunidades Autónomas como Cataluña, País Vasco, Galicia y Valencia, previo acuerdos de los agentes sociales y apoyo de la correspondiente Administración Autonómica, se crearon distintos procedimientos de solución de conflictos como alternativa a los sistemas administrativos de conciliación, mediación y arbitraje.

El 19 de octubre de 1994, el Pleno del Consejo Económico y Social aprobó un Informe sobre solución extrajudicial de los conflictos laborales, que devino en el detonante para la aprobación un año y tres meses después, tras agotar el correspondiente proceso negociador, del I Acuerdo bipartito de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, y a su vez, del Acuerdo Tripartito a fin de facilitar los objetivos a los que respondía el Acuerdo Bipartito.

En el informe del CES, tras un análisis detallado de la situación previa, la escasa eficacia de los sistemas de solución administrativos, de los problemas jurídicos, del funcionamiento de los sistemas autónomos de la Comunidades Autónomas, reconocía la necesidad de implantar un sistema de ámbito estatal por acuerdo de los agentes sociales, examinando las diversas posibilidades en cuanto a los conflictos a resolver, la eficacia jurídica del acuerdo, los sistemas de solución, su financiación, entre otras materias.

El primer Acuerdo, como los tres siguientes, no tenía eficacia directa, exigiendo para su aplicación, con el fin de respetar la autonomía colectiva de los negociadores en los ámbitos sectoriales y empresariales, la adhesión al ASEC mediante acuerdos o convenios colectivos. Los conflictos sometidos al nuevo sistema son de carácter estrictamente colectivo: conflictos colectivos de interpretación y aplicación de convenios y normas laborales; conflictos ocasionados durante la negociación de convenios; acuerdos o pactos colectivos; los que den lugar a la convocatoria de huelga, y los derivados de discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por los arts. 40, 41, 47 y 51 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para potenciar el papel mediador que deben.

El Acuerdo crea el Servicio Interfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), regido por un Patronato de composición bipartita entre los firmantes y con sostenimiento económico de la Administración del Estado a través de la firma del correspondiente Acuerdo tripartito.

Es en el SIMA donde se ubican los procedimientos de solución de conflictos: la mediación obligatoria a petición de una de las partes y el arbitraje voluntario, a través de mediadores y árbitros propuestos por los firmantes del Acuerdo. Igualmente para potenciar la autonomía de los negociadores en el ámbito sectorial y empresarial y hacerles partícipes en el autogobierno de los conflictos laborales, se incluye en el Acuerdo la posibilidad de integrar en el SIMA órganos específicos de mediación o arbitraje creados por los convenios colectivos o acuerdos sectoriales del mismo ámbito que el ASEC, así como la intervención previa de las Comisiones Paritarias de los convenios en los conflictos de interpretación y aplicación de los mismos.

Al primer Acuerdo, le siguieron tres más con la misma denominación y suscritos todos ellos igualmente por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, el II suscrito el 31 de octubre de 2001 (BOE 26/02/2001); el III el 29 de diciembre de 2004 (BOE 29/01/2005) y el IV el 10 de febrero de 2009 (BOE 14/03/2009), en ellos se reitera la conveniencia de suscribirlos por su aportación a la autonomía colectiva.

El IV ASEC terminaba su vigencia el 31 de diciembre de 2012, no obstante, antes de su finalización se suscribe un nuevo Acuerdo que lo sustituye y ello en razón al compromiso asumido por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT en el "Acuerdo bipartito entre las Organizaciones Sindicales y empresariales sobre criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva", Por otra parte, las reformas introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que reforzaban y daban mayor protagonismo a las comisiones paritarias de los convenios colectivos y a los sistemas de solución autónoma de conflictos, hacían necesario modificar el IV Acuerdo Estatal de Solución Extrajudicial de Conflictos para su adaptación, principalmente, a las modificaciones en materia de flexibilidad interna de las empresas (en especial, el Art. 41 del ET referente a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y 82 del ET respecto a la inaplicación de los convenios colectivos) y vigencia de los Convenios Colectivos (Art. 86 del ET).

Por todo ello, el 7 de febrero de 2012 las Confederaciones sindicales de CCOO y UGT y las Confederaciones empresariales de CEOE y CEPYME, firmaron un Acuerdo que conllevó una importante renovación del sistema de solución de conflictos colectivos en el ámbito estatal y con el que se pretendía dar un salto cualitativo y cuantitativo al funcionamiento del sistema.

## ASPECTOS MÁS DESTACABLES DEL V ASAC

### 1. Su eficacia general y directa

La naturaleza jurídica presenta una importante novedad respecto a la situación prevista en los anteriores Acuerdos, en los que se exigía para su aplicación a empresas y sectores, su adhesión a través de distintos instrumentos de la negociación colectiva.

### 2. Ampliación de los tipos de conflictos

Los cambios y nuevas incorporaciones afectan especialmente a todos aquellos conflictos motivados por la falta de acuerdo en los procesos de consulta en el ámbito de la empresa para la modificación substancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, sucesión de empresas, inaplicación de un convenio colectivo o inaplicación de otras materias distintas de las previstas en el Art. 82.3 del ET si así lo establece el convenio.

### 3. Procedimiento de arbitraje

Tras las muchas controversias en torno al arbitraje obligatorio surgidas al calor de las reformas legales de 2010 y 2011 en materia de solución de conflictos laborales, las Confederaciones sindicales y empresariales firmantes del V Acuerdo optaron por mantener como procedimiento arbitral de carácter general el arbitraje voluntario y contemplar la posibilidad de arbitraje obligatorio sólo para aquellos casos en que las partes lo hayan pactado así en convenio colectivo, para las materias expresamente señaladas en dicho convenio y con el alcance que se establezca en el mismo.

### 4. Listas unificadas de mediadores y de árbitros

Desde sus inicios, en el SIMA, existen listas centrales y listas sectoriales de mediadores, nombrados por las organizaciones sindicales y empresariales firmantes de los Acuerdos. En el caso de los árbitros, sólo ha existido una lista única, centralizada y consensuada por las cuatro organizaciones firmantes de los ASEC.

### 5. El papel de las Comisiones Paritarias

En el nuevo Acuerdo se pretende dar un mayor protagonismo a las Comisiones Paritarias, no sólo respecto a la solución de los conflictos por la aplicación e interpretación de los mismos, sino también en los conflictos por desacuerdo durante el período de consultas previstos legalmente en el ET, y se incluye la necesidad de que actúen con rapidez y efectividad.

## LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS FUNDACIÓN DEL SERVICIO INTERCONFEDERAL DE MEDIACION Y ARBITRAJE (SIMA)

1. No obstante los fines de la FSIMA, lo cierto es que sus recursos tienen naturaleza pública, financiados a través de los acuerdos asumidos con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social mediante la suscripción de los correspondientes Acuerdos tripartidos entre las organizaciones firmantes del ASAC y el MESS.
2. Por mandato legal, ya desde la modificación del Capítulo XI (fundaciones del sector público estatal) de la Ley 50/2002, de Fundaciones, por la Ley Presupuestaria del año 2003, se estableció que correspondía la designación de la mayoría de los miembros del patronato de las fundaciones del sector público estatal a los sujetos del sector público estatal, obligación que ha sido reiterada por la Ley 40 /2015, de 2 de octubre de régimen jurídico del sector público, en concreto por su art. 135.
3. No obstante dicha previsión legal ya antigua en el tiempo, la exigencia de modificar los Estatutos de la FSIMA para que la mayoría del Patronato sea designado por la Administración, ha sido la última que se ha producido en relación con las otras fundaciones del sector público en las que las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, eran y son patronos: Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales y Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo.

Sin duda la razón de ser de la tardanza en la exigencia del cumplimiento de la previsión legal por el Protectorado y la propia Administración (MESS), viene dado por el objeto y finalidad de la FSIMA (gestionar el Sistema Autónomo de Solución de Conflictos Laborales por los propios sujetos del conflicto), lo que ha motivado que se mantenga ese carácter bipartito del Patronato, mientras que en las otras Fundaciones ya tenía el Patronato carácter tripartito aunque sin mayoría de la Administración hasta la modificación de sus respectivos estatutos a primeros del año 2016.

4. Ciertamente también en relación con la FSIMA, ya en el año 2015 también hubo unos primeros requerimientos para la modificación de sus estatutos por el Protectorado, no obstante éste se ha mantenido hasta la fecha sin forzar el cambio de estatutos, en tanto que las organizaciones sindicales y empresaria-

les y el propio Ministerio, se han dirigido al mismo para informarle que la modificación debía ser negociada entre dichas organizaciones y la Administración para que se respetara la previsión legal pero también el ASAC.

5. Las negociaciones para modificar los estatutos han durado más de dos años, en tanto que CEOE, CEPYME, CCOO y UGT nos hemos negado a aceptar una reforma de los estatutos que con la excusa de cumplir la exigencia del actual art. 135 de la Ley 40/2015, que obliga a que la Administración entre en el Patronato de la FSIMA y tenga la mayoría del mismo, suponga que el gobierno del Sistema de Solución de Conflictos pase a manos de la Administración.

Así, tras un largo proceso de negociación se ha conseguido que pese a la incorporación de la Administración al Patronato de la Fundación y que ésta tenga la mayoría del mismo, el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos vigente en cada momento, así como el Tripartito a efectos de financiación, sea el que rija la actuación de la Fundación en lo que afecte al Sistema de Solución Autónoma de Conflictos Laborales, correspondiendo al Acuerdo bipartito:

- Determinar los procedimientos de mediación y arbitraje, así como otras actuaciones orientadas a la mejora de la eficacia de los procedimientos y, en general, a difundir la cultura de la solución negociada de los conflictos.
- Definir los conflictos que deben ser tramitados por la FSIMA no siendo posible acoger otro tipo de demandas de mediación y arbitraje.
- Fijar los beneficiarios de la Fundación.
- Determinar quienes tienen la condición de Patronos a más de los designados por la Administración, que serán las organizaciones firmantes del Acuerdo bipartito.

Asimismo, la Comisión de Seguimiento del ASAC en relación con el Patronato tendrá las siguientes funciones:

- Establecer los criterios para que el Patronato de cumplimiento a los fines de la Fundación, y vigile y controle la consecución de éstos.
- Establecer los criterios para aprobar el Plan Anual de Actuación.
- Ser informada por la gerencia de todas las actuaciones de la Fundación.
- Elaborar la lista de mediadores y árbitros de la FSIMA.
- Ser consultada para el nombramiento de la persona que abstente la gerencia y la secretaria del Patronato.

Se exigirá quórum cualificado en el Patronato, por lo que la Administración no podrá imponer su mayoría en:

- La modificación de Estatutos.
- El nombramiento y la remoción del Director Gerente.
- La disolución de la Fundación.

Asimismo, la presidencia del Patronato y de la Comisión delegada será rotatoria entre la Administración, la representación empresarial y la sindical.

Por último señalar que tras la firma del acuerdo de modificación de los Estatutos de la FSIMA, será necesario el inicio de la negociación del nuevo ASAC que sustituya al V actualmente vigente y en situación de prórroga indefinida, para asegurar una perfecta coordinación entre el nuevo ASAC y los nuevos estatutos de la Fundación.





FUNDACION  
**SIMA**