

LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA AFECTADOS POR LA LEY 35/2010 Y EL RD 801/2011

Juana María Serrano García, Profesora Titular Universidad de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Castilla La Mancha.

1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO. 3. CARACTERES DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESTATAL. 4. LA INFORMACIÓN: UN INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL 5. LA INFORMACIÓN: UN INSTRUMENTO FUNDAMENTAL PARA LAS CONSULTAS Y LA NEGOCIACIÓN. 5.1. El acuerdo: objetivo del derecho a la información “activa”. 5.2. Extensión del ámbito subjetivo del derecho a la información a las “comisiones ad hoc”. 5.3. Contenido del derecho de información. La documentación justificativa de las medidas empresariales flexibilizadoras. 5.3.1. La información ante los traslados, modificación de funciones, de condiciones sustanciales de trabajo o en los descuelgues salariales. 5.3.2. La información ante un despido colectivo. a) La documentación justificativa de las causas b) Otra documentación obligatoria c) La información relativa al plan social 6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la información tiene carácter instrumental, ya que estamos ante un derecho que no se agota en sí mismo, sino que opera al servicio de otros derechos y libertades fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata de un derecho imprescindible para que los representantes puedan ejercer sus facultades de control y vigilancia de la actividad empresarial, para garantizar el desarrollo del procedimiento consultivo y el efectivo cumplimiento del derecho a la negociación colectiva. Pero el derecho a la información de los trabajadores en el ámbito laboral lleva correlativo el “deber de informar” del empresario¹, es decir, la obligación empresarial de actuar activamente transmitiendo informaciones a los trabajadores o sus representantes y realizándoles las consultas oportunas².

El derecho de información de los trabajadores ha sido reconocido desde los años 70 en el ámbito comunitario para distintos asuntos. Las primeras Directivas comunitarias sólo exigían informar a los trabajadores en situaciones empresariales de dificultad, como eran los despidos colectivos o las transmisiones de empresas. Ha sido recientemente, con la Directiva 2002/14 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, con la que se ha establecido un marco general relativo al derecho de información

¹ Basta con repasar el art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales para justificar esta afirmación, en tanto en cuanto este precepto dice: “Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales”.

² E. ALES, “Información y consulta en la empresa: ¿derechos de los trabajadores u obligación del empresario?, *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, AA.VV., Dir. L. GAETA y R. GALLARDO MOYA, Bomarzo, Albacete, p.318.

y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea sin vincularlo a situaciones empresariales económicamente críticas.

A nivel nacional las mayores novedades legales en torno a este derecho las introdujo la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que modificó sustancialmente el art. 64 ET, aumentando sustancialmente el ámbito objetivo del derecho a la información para dar efectivo cumplimiento a la última Directiva citada. La reforma introducida por esta Ley generó una nueva y más ambiciosa política de derecho, en la que más allá de garantizar la actuación de los representantes en unas materias concretas (despidos colectivos, transmisión de empresa y seguridad y salud en el trabajo...) trata, desde un plano más general, afectar al conjunto de decisiones que pretendan adoptar los empresarios con incidencia tanto en la situación, estructura y evolución del empleo, como en la organización del trabajo o, más concretamente, en los contratos de trabajo³.

Las últimas modificaciones legales introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y por el RD 801/2011, de 10 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, no afectan directamente a este derecho, pero sí lo hace de forma indirecta. Así pues, lo que se trata de analizar en este trabajo es de qué forma han repercutido estas últimas reformas sobre los derechos de información y consulta.

1. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

En el derecho derivado, las primeras Directivas adoptadas por el Consejo sólo admitían el derecho a la información ante determinadas situaciones graves en el funcionamiento de las empresas que afectarían negativamente a los intereses de los trabajadores. En concreto eran la Directiva del Consejo 75/129, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, modificada por la Directiva 98/59 del Consejo, que exige al empresario que desee despedir colectivamente que informe e inicie un periodo de consultas con los trabajadores y la Directiva del Consejo 77/187, modificada por la Directiva 98/50 y por la Directiva 2001/23 del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, en la que se requiere al empresario que informe a los trabajadores sobre las razones y las consecuencias del traspaso.

Ya en los años 90 surge la Directiva 94/45 del Consejo, modificada por la Directiva 2009/38, sobre la constitución de comités de empresa europeos, que extiende estos

³ F. VALDÉS DAL RÉ, “Una silenciosa pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta” (y II), *Relaciones Laborales*, nº 12, 2008, p. 3.

derechos a las empresas de dimensión comunitaria. Su adopción ya supuso una innovación con respecto a las anteriores porque ya no se ciñe a situaciones específicas, sino que contiene normas generales para garantizar la información y consulta de los trabajadores de grandes empresas multinacionales y grupos de empresas.

Todas estas normas comunitarias tienen como objetivo garantizar la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales que puedan adoptarse afectando a los derechos de los trabajadores, en particular, a su empleo o a sus condiciones de trabajo.

Habría que esperar hasta la entrada en vigor de la Directiva 2002/14 para que se reconozca a nivel comunitario un derecho más general a la información en el marco de la empresa o centro de trabajo. Es cierto, que la Directiva no contiene un derecho genérico a la información, pero sólo hay que darle un repaso a los temas contenidos en su art. 4. 2 para observar que los términos generales en los que se ha redactado dejan fuera de la obligación de informar y consultar muy pocas decisiones empresariales. En concreto, la Directiva garantiza la participación de los trabajadores o sus representantes a través del derecho de información y consulta en los aspectos referentes a: la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica; a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como, sobre las eventuales medidas preventivas previstas para los casos de riesgo para el empleo; a las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo y aquellas que puedan incluir algunas de las previsiones específicas a las que se referían las primeras Directivas comunitarias.

En esta norma el legislador comunitario se hace eco de la nueva realidad socio-económica, reconociendo que la información es un instrumento adecuado para hacer frente a las nuevas vicisitudes que afectan al mundo laboral -procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía y los nuevos métodos de organización del trabajo- y para alcanzar un mayor equilibrio entre las citadas realidades o necesidades empresariales y los derechos de los trabajadores.

La Directiva crea un marco general para el derecho de información y el de consulta conjuntamente, atribuyéndoles a ambos el mismo contenido sustantivo (art.4.2), de forma que coinciden los temas que deben ser informados y consultados, porque estamos ante un “continuum” en el que la información siempre precede a la consulta. Ésta se concibe como un instrumento, que no tiene valor en sí mismo, sino que constituye una garantía de otro derecho sustantivo digno de protección⁴, la consulta.

En cuanto a los sujetos legitimados para el ejercicio de este derecho en el ámbito comunitario hay que referirse, en primer lugar, al art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales que se refirió a este derecho a la información, reconociéndoselo a los trabajadores o a sus representantes. En segundo lugar, a la Directiva 2002/14 que en su

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

art. 1 vuelve a referirse a los “trabajadores” como sujetos legitimados para su ejercicio, sin perjuicio de que su art. 4.3. señale literalmente: “la información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta”. Una interpretación del conjunto de las disposiciones comunitarias nos permitiría sostener que, si bien, el derecho de información y consulta es un derecho individual del que debería disfrutar cualquier trabajador sin condiciones, es preferible un ejercicio colectivo de este derecho en tanto en cuanto un trabajador no podría afrontar individualmente el reto de la información y la consulta sobre decisiones empresariales tan complejas como las citadas, sin ser asistido por un órgano de representación⁵.

En la Directiva se ve claramente la preferencia porque este derecho lo ejerciten los representantes de los trabajadores y no los trabajadores, sin que se les niegue a éstos últimos, en ella se aboga por un órgano de representación consultivo permanente con el que alcanzar algunos objetivos, como “promover y reforzar la información...” (Considerando nº 8), y éstos no se podrían conseguir con una representación temporal, meramente coyuntural⁶.

3. CARACTERES DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESTATAL

En el art. 64 ET se ordenan dos modalidades de información, por un lado, la que se recoge en sus apartados 2, 3 y 4, que se caracteriza por ser un “derecho de información pasivo” de los representantes, cuyo objetivo es conocer las decisiones empresariales ya adoptadas a fin de poder controlarlas; y por otro, el derecho a la información, previsto en el apartado 5 del art. 64 ET en el que se reconoce un “derecho de información activo”, en tanto en cuanto su objetivo es poder iniciar un debate, abrir un periodo de consultas e incluso una negociación con el empresario. Siendo esta última modalidad del derecho de información la que se ha visto afectada por las reformas introducidas por la Ley 35/2010 y el RD 801/2011.

Más allá del objetivo al que sirve cada una de estas modalidades de información, encontramos otras peculiaridades en cada una de ellas que nos permiten sostener que estamos ante derechos de información diferentes. En primer lugar, a la información que se contiene en el art. 64.1.2 y 3 ET sólo puede acceder la representación formal, es decir, la representación unitaria y sindical, mientras que a la que se refiere el art. 64.5 ET, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, pueden llegar otras formas de representación. Esta última Ley ha previsto que en las empresas en las que no exista representación formal, este derecho lo ejercerá una Comisión nombrada “ad hoc”, formada por trabajadores, o por una comisión sindicalizada, conformada por representantes de los sindicatos más representativos y representativos en el sector al que pertenezca la empresa.

⁵ E. ALES, “¿Derechos de los trabajadores u obligación del empresario?..., op. cit.,p. 326.

⁶ E. ALES, “¿Derechos de los trabajadores u obligación del empresario?..., op. cit.,p. 329.

En segundo lugar, el derecho “pasivo” a la información está temporalizado, de forma que ya sea trimestral/anualmente o con la periodicidad que pacten las partes, el empresario deberá presentar la información que corresponda, mientras que el derecho “activo” a la información sólo se ejercita cuando acontezcan determinadas situaciones en la empresa que afecten al empleo o a las condiciones laborales. Exigiéndose en este último caso cierta antelación en su ejercicio, en línea con la última Directiva comunitaria en la que la consulta tiene un carácter preventivo y debe realizarse anticipadamente a que se adopte la decisión empresarial.

En tercer lugar, mientras en el art. 64.2.3 y 4 ET la obligación empresarial acaba con el suministro de la información, en el art. 64.5 ET la información sólo es la antesala de un derecho más importante, como es la consulta y, en su caso, la negociación, de forma que no basta con entregar la documentación exigida sino que el empresario tiene además la obligación de escuchar el parecer de los representantes informados.

En cuarto lugar, no coincide el contenido ambos tipos de información, es decir, la documentación a suministrar, porque la imprecisión que se muestra en el art. 64.1.2 y 3 ET, choca con la concreción de los documentos a entregar en caso de despido colectivo, suspensión temporal de contratos, descuelgue salarial, etc., a la que nos referiremos a posteriori.

En quinto lugar, hay que llamar la atención sobre la diversidad de fines perseguidos por cada una de las modalidades de información, mientras en el art. 64.1.2. y 3 ET se trata de controlar la actividad empresarial, en el art. 64.5 ET además esto se persigue limitar el poder empresarial. El art. 64.6.2ª ET, adaptándose más a las previsiones comunitarias, precisa que “la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa (...) de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones”.

4. LA INFORMACIÓN: UN INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Como ya hemos señalado, el art. 64. 1 ET del Estatuto de los Trabajadores regula el derecho de información, definiéndolo como una “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” y delimitando las materias sobre las que deben ser informados, y no consultados, los representantes legales de los trabajadores en sus apartados 2º, 3º y 4º ET. Esta modalidad del derecho a la información, que hemos denominado “pasiva” no se contempla en la norma comunitaria, en la que la información siempre es un vehículo para la consulta.

Este “derecho pasivo” a la información se ejerce periódicamente, pero no anticipadamente sobre la decisión empresarial final, salvo para temas concretos como “previsiones de contratación, indicando el número, las modalidades y tipos que serán utilizados” (art. 64.2.c) ET). La norma requiere periodicidad, no antelación sobre la

decisión. La información será trimestral en torno a la evolución del sector económico al que pertenece la empresa, así como la de la propia empresa, incluyendo datos sobre la producción y ventas o las actividades previstas, sobre las previsiones que tiene de celebrar nuevos contratos, indicando sus modalidades, sobre el absentismo, sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en torno a los mecanismos de prevención de accidentes (art. 64.2 ET). De forma anual se informará sobre la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, la proporción de ambos sexos en los distintos niveles profesionales, las medidas adoptadas para el fomento de la igualdad entre ambos sexos o el plan de igualdad, si hubiera en la empresa (art.64.3 ET). Por último, con la periodicidad que señalen las partes también se precisa informar sobre el balance, la cuenta de resultados, la memoria y toda la documentación a la que tuvieran acceso los socios, también los modelos de contratos de trabajo y los modelos de documentos para declarar la finalización de la relación laboral, así como, sobre las sanciones impuestas por faltas muy graves (art. 64.4 ET).

Las materias que deben ser informadas no se agotan aquí, porque el art. 64.1 párrafo 1º ET habilita a los titulares del derecho a la información a requerir a la empresa información sobre todas las cuestiones que afecten a “los trabajadores así como a la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”, de forma que podemos concluir que no estamos ante una lista cerrada. La interpretación rígida o flexible que merece esta cláusula ha sido discutida por la jurisprudencia y por la doctrina⁷, que desde una tesis restrictiva del derecho de información, descarta que de este párrafo pueda “desprenderse un derecho o facultad concreta” para el órgano de representación, puesto que tal potestad se define con mayor detalle en los apartados subsiguientes del artículo, de ahí la precisión final de aquel pasaje legal: “en los términos previstos en este artículo”. Atendiendo a este sector doctrinal los representantes de los trabajadores no tienen derecho a ser informados y consultados sobre todo aquello que pueda eventualmente “afectar a los trabajadores”, de modo tan general, sino que su derecho se define más exactamente por las habilitaciones informativas o de consulta en torno a las materias citadas anteriormente. Ahora bien, esta interpretación restrictiva choca frontalmente con la normativa comunitaria que contempla un “amplio” derecho a la información de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la comunidad.

En torno a esta modalidad del derecho de información se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia 142/1993, de 22 de abril. En ella se debate en torno a la extensión del derecho y a su posible confrontación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18 CE. El Tribunal recuerda que la información facilita la labor de vigilancia atribuida a los representantes en torno al cumplimiento por el empresario de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de

⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2008.

empresa en vigor, y las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo⁸; de la misma forma que este derecho supone el desarrollo del «mandato constitucional de los poderes públicos a facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural» (art. 9.2 C.E.) y, especialmente, promover eficazmente «las diversas formas de participación en la Empresa» (art. 129.2 C.E.). Por todo ello, entiende este Tribunal que nada impediría que el legislador ordinario configurara el derecho de información y consulta con alcance general, como ha hecho en la Ley 38/2007, y esta ordenación debe reputarse constitucionalmente de irreprochable a condición de que las limitaciones impuestas a la libertad de empresa resultasen “necesarias”, esto es, fueran adecuadas, razonables y proporcionadas.

Sin embargo, no es pacífica la jurisprudencia en esta materia, y en torno al sentido restrictivo del derecho a la información se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo. En su sentencia de 2 de Noviembre de 1999⁹ afirma que los representantes no sólo gozan del derecho a recibir información del empresario acerca de las cuestiones que han quedado señaladas, sino también sobre todos los “temas y cuestiones señalados en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales”, sin que ello implique un derecho ilimitado a la información. La transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los representantes y los trabajadores, “es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”, todo ello admitiendo que limita considerablemente el poder de dirección. El Tribunal Supremo pone en conexión los derechos de información de los representantes de los trabajadores con el poder de dirección que tiene el empresario y ello le lleva a considerar que debe ser tratado como un derecho no susceptible de interpretación extensiva. No se admite un reconocimiento implícito de los derechos de información, derivado de la atribución a los representantes de otras competencias como sería la del deber de vigilancia.

Ahora bien, los últimos pronunciamientos en torno a este derecho dejan entrever ciertos cambios, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de Septiembre de 2010¹⁰. En él se sostiene que el art. 64 ET fue modificado por la Ley

⁸ Literalmente el TC dice: “La participación de los representantes legales de los trabajadores en las tareas de vigilancia del cumplimiento de las normas laborales es, sin duda, una medida adecuada para contribuir a la obtención de la finalidad de la norma. En la medida en que, aparte de las eventuales medidas de conflicto, aquéllos tienen atribuida una competencia general en este terreno [art. 64.1.8 a) ET] y una capacidad general «para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias» (art. 65.1 ET), la ampliación de sus derechos de información aparece como medida apta para garantizar el respeto de las normas laborales. El reforzamiento de las facultades de información de los representantes legales, llamados, como hemos visto, a colaborar con las autoridades competentes en esta materia, ha de redundar necesariamente en una mayor efectividad de la actuación de estas últimas, y también de la Inspección de Trabajo, y consiguientemente, en un más exacto cumplimiento de las normas laborales, lo que corresponde a un interés público relevante, de suficiente entidad como para autorizar intromisiones en esferas personales que en principio pudieran considerarse reservadas en aplicación del art. 18.1 CE”.

⁹ Rec. 1387/1999.

¹⁰ Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 215/2010.

38/2007, de 16 de noviembre, precisamente para potenciar los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. En sentido amplio se ha pronunciado también, recientemente, la Audiencia Nacional en sentencia de 19 de Octubre de 2010¹¹, para dar la razón a los representantes que solicitaban información en torno a unas gratificaciones percibidas por algunos trabajadores en la empresa, entendiendo que los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados y consultados sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, porque el porcentaje de mujeres y hombres que han percibido la gratificación se puede fundamentar en el art. 64.3 del ET que se refiere a la igualdad de trato. La extensión de la información a la que tendrán acceso podrá determinarse legal o convencionalmente.

5. LA INFORMACIÓN: UN INSTRUMENTO FUNDAMENTAL PARA LAS CONSULTAS Y LA NEGOCIACIÓN

Como ya se ha indicado, la Directiva 2002/14 sólo reconoce un “derecho activo” a la información, ésta se ha articulado como un instrumento para las consultas. La información la suministra el empresario a fin de poder conseguir un “intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo” con los representantes de los trabajadores, además la consulta deberá realizarse “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados; al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado; con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f) del artículo 2, y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular; de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen; y con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2”.

La norma comunitaria exige que esta información se ofrezca con anterioridad a la adopción de la decisión empresarial, porque su objetivo es contribuir al posicionamiento del empleador¹². En sus consideraciones iniciales ya se señala que la información y la consulta deben ser efectuadas con suficiente antelación, dado que constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular, a los nuevos métodos de organización del trabajo. Se trata de evitar que las empresas adopten decisiones que afecten gravemente a los intereses de los trabajadores sin que se hubiera ofrecido información y realizado la oportuna consulta a los representantes.

Así pues, la citada Directiva, más allá de garantizar la actuación de los representantes en unas materias concretas (despidos colectivos, transmisión de empresa y seguridad y salud en el trabajo...), la extiende al conjunto de decisiones empresariales que puedan

¹¹ Rec. 162/2009.

¹² C. ORTIZ LALLANA, *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario*, AAVV., Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 235.

tener incidencia tanto en la situación, estructura y evolución del empleo, como en la organización del trabajo o, más ampliamente, en las relaciones laborales. Como ya se ha señalado, esta norma comunitaria da comienzo a una nueva fase en la ordenación de los derechos laborales de carácter colectivo, como son la información y consulta, que se erigen en cauces de intervención en todas las decisiones sustanciales de las empresas que afectan a los trabajadores¹³.

En el art. 64.5 ET encontramos las materias sobre las que se reconoce ese “derecho activo” a la información y se delimitan las situaciones concretas que requerirán también ser consultadas y, en su caso, informadas por los representantes, como son: las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales; las reducciones de jornada; los traslados totales o parciales de las instalaciones; los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa; los planes de formación profesional; la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, el establecimiento de primas e incentivos y la valoración de puestos de trabajo.

Las citadas situaciones han sufrido importantes modificaciones en la Ley 35/2010 y en el RD 801/2011, porque han sido flexibilizadas. Estas últimas normas no han alterado el apartado 5 del art. 64 ET, pero sus capítulos I y II han modificado sustancialmente los procedimientos legales contenidos en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, es decir, algunas de las materias contenidas en el art. 64.5 ET, como son: los traslados colectivos, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, las fórmulas de inaplicación salarial, las suspensiones contractuales, las reducciones de jornada y los despidos colectivos. En dichos procesos de flexibilización interna, el derecho a la información es un instrumento imprescindible para el ejercicio de otro derecho, como es el de consulta, cuyo desarrollo exige iniciar negociaciones de “buena fe”¹⁴.

5.1.El acuerdo: objetivo del derecho a la información “activa”

Como ya hemos señalado, una de las diferencias fundamentales entre las dos modalidades del derecho a la información, ordenado en el art. 64 ET, se encuentra en la disparidad de objetivos, mientras en un caso la información tiene como fin dar a conocer decisiones adoptadas por el empresario o datos de la empresa para su control, en el otro, a partir de la información ofrecida se busca el consenso con los representantes sobre la decisión empresarial consultada.

El ejercicio del derecho a la información “activa” implica la celebración de un periodo de consultas que exige, por un lado, la transmisión del empresario a los representantes de los trabajadores de toda la información necesaria para que tengan un conocimiento detallado de la cuestión consultada, por otro, la celebración de un encuentro en el que ambas partes deben posicionarse y justificar sus posturas, sin que, por ello, su opinión tenga carácter vinculante, y por último y sólo ante determinadas decisiones

¹³ F. VALDÉS DAL RÉ, “Una silenciosa pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos d información y consulta (I)”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2008, p. 11.

¹⁴ I. ALBIOL MONTESINOS, en su monografía *Comités de empresa y delegados de personal*, publicada en Deusto, Bilbao 1992, ya diferenciaba derechos de información pasiva y derechos de información activa.

empresariales, la emisión de un informe por parte de los representantes con su posicionamiento al respecto -art. 64.5. apartado 3º ET-.

El interés por el acuerdo también lo ha manifestado el legislador comunitario (art. 4.4.e) de la Directiva 2002/14) pero las consecuencias de su logro son más importantes en el ordenamiento nacional, donde éste puede evitar el control público de la decisión empresarial.

En nuestro país, es habitual que en los procedimientos de flexibilidad interna a los que nos hemos referido anteriormente se busque siempre el acuerdo, pero el interés empresarial no es similar en todos los supuestos a los que nos estamos refiriendo, ya que el legislador le ha atribuido diferentes consecuencias jurídicas. En los casos de despidos colectivos, suspensiones contractuales o reducciones de jornada, el logro del acuerdo evita el control por parte de la Autoridad Laboral de la decisión empresarial, que podrá llevarse a cabo sin pasar por ese filtro. No olvidemos que a dicha Autoridad se le otorga capacidad autorizatoria en caso de desacuerdo, porque si concurre acuerdo, ésta se limitará a “autorizar” automáticamente la decisión empresarial, sin adentrarse en el estudio de las causas alegadas o de los fines perseguidos por el empresario.

El acuerdo alcanzado puede evitar que la decisión empresarial deba someterse a control público y ello alienta al empresario a conseguirlo. Por ello, estas consultas tienen más probabilidades de acabar con acuerdo, que aquellas en la que, sea cual sea el resultado de esta fase, el empresario no tiene que recurrir a la Autoridad Laboral para llevar a cabo su decisión. Así sucede en los traslados colectivos o en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, si la condición que se desea modificar se haya reconocida al trabajador en virtud de acuerdo o pacto o fueran disfrutados tras una decisión unilateral del empresario.

En definitiva, pese a que los caracteres de la consulta son similares en todas las decisiones empresariales en las que se incluye, la necesidad de autorización administrativa o no, provoca que ésta tenga unos u otros efectos sobre el poder de dirección empresarial. En determinados supuestos, la consulta finalizada con acuerdo puede evitar que el poder de dirección empresarial se vea afectado por una decisión de la Administración pública, mientras en otros, el resultado de la consulta –con o sin acuerdo- no lo perturba.

El acuerdo es el objetivo de las consultas, tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, sin embargo las últimas reformas introducidas en nuestro ordenamiento han dificultado su logro. La Ley 35/2010 ha reducido el tiempo de desarrollo del periodo de consultas con el objetivo de flexibilizar y agilizar la adopción de determinadas decisiones empresariales, dotando al procedimiento de mayor agilidad y eficacia. Y efectivamente, el acortamiento del periodo garantiza mayor celeridad en alcanzar el fin, pero puede impedir el logro de un acuerdo. Flexibilizar los procedimientos legales para la adopción de determinadas decisiones empresariales, que impliquen cambios en las condiciones de trabajo, no debía implicar apresurar el fin, sin importar cual sea cual sea el resultado de éste. En este caso la flexibilización está obstaculizando el logro de una solución negociada o acordada, que sería la mejor solución posible y la menos conflictiva. La opción legal por acelerar el logro de un resultado es contraproducente y

sólo puede generar más conflictos que alarguen la puesta en marcha de las decisiones empresariales.

Frente a estas incongruencias legales a veces interviene la norma colectiva que opta, en ocasiones, por ampliar el escaso plazo al que la Ley 35/2010 ha reducido el periodo de consultas¹⁵.

5.2. Extensión del ámbito subjetivo del derecho a la información a las “comisiones ad hoc”.

Por lo que respecta al ámbito en el que debe desarrollarse este derecho de información y consulta, la Directiva 2002/14 señala a las “empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores”, o bien, “a centros que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores”. Con el establecimiento de estos umbrales el legislador ha expresado su intención de evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (Considerando nº 19 de la Directiva). Pero, si éste fuera su propósito, no tendría sentido que quedaran fuera de su ámbito de aplicación las organizaciones empresariales grandes, que están divididas en pequeños centros de trabajo de menos de 20 trabajadores¹⁶.

No obstante, estas grandes empresas no han quedado fuera en nuestro art. 64 ET, que no delimita el número de plantilla que debe tener la empresa o centro de trabajo para que tenga reconocido este derecho, aunque al referirse al derecho a la información se lo atribuye al comité de empresa, propio de las empresas de más de 50 trabajadores. La norma no menciona a los delegados de personal (existentes en las empresas de más de 10 trabajadores) pero este silencio no es un problema porque, como es sabido, ambas formas de representación están legitimadas para conocer la información junto a los representantes sindicales. Así pues, el derecho de información lo tienen reconocido los representantes legales y sindicales de los trabajadores de aquellas empresas, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que tengan al menos 11 trabajadores, o 6 en su caso, (art.62 ET), independientemente de cuál sea el número de trabajadores del centro.

Ante estas representaciones plurales se cuestiona a quien debe ofrecer el empresario la información, es decir, si está obligado a informar de forma individualizada a los diferentes miembros de dichas representaciones, o bastará con que se le suministre la información precisa a uno solo de sus miembros. La respuesta está condicionada por la propia forma de representar de dichas representaciones: los delegados de personal lo harán de forma mancomunada, mientras que el Comité de Empresa de forma colegiada. En ambos casos será suficiente con que la empresa comunique a todos verbalmente o por escrito, que va a traspasar cierta información, ya sea al presidente del Comité, o en

¹⁵El VII Convenio colectivo nacional de Cataluña de laboratorios fotográficos para los años 2009-2010-2011 (DO. Generalitat de Catalunya 4 junio 2010) amplía el periodo de consultas a 30 días para los supuestos de descuelgue salarial.

¹⁶ De acuerdo con la crítica que hace a esta Directiva A. ALVAREZ DEL CUVILLO, “La influencia de la Directiva 2002/14/CE sobre el ordenamiento interno español”, AAVV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 297.

caso de los delegados de personal o representación sindical a uno de sus miembros. A través de esta comunicación al conjunto de los representantes, se trata de evitar que el empresario intente sortear la participación de algún representante incómodo para él, impidiendo que algún miembro pueda quedar fuera porque no sólo no le haya llegado esa comunicación empresarial sobre la existencia de documentación, sino que además sus compañeros de representación quieran evitarlo.

No se ha considerado en nuestro ordenamiento el acceso a la información de los trabajadores individuales sin representación. Ellos no estarían legitimados para ejercer el derecho de información, sin embargo, el art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales extiende el derecho de información a los “trabajadores o a sus representantes”, de la misma forma que lo hace la Directiva 2002/14 en su art. 1, al reconocer que es un derecho de los trabajadores, ello sin perjuicio de que en numerosas ocasiones, muestre su interés porque se ejercite a través de los representantes de los trabajadores, siempre que éstos hayan optado por tener una representación formal. La voluntariedad que preside la elección de esta representación no debería impedir el ejercicio de este derecho, si optaran por no tenerla.

Para evitar la indefensión que puedan sufrir estos trabajadores sin representación legal, que se ven afectados por importantes decisiones empresariales que afectan a su empleo o a sus condiciones laborales, la Ley 35/2010 ha optado por reconocer expresamente el derecho de consultas e implícitamente el derecho de información, por razones que más adelante expondremos, a las “comisiones ad hoc” o a las “comisiones sindicalizadas”, eso sí, sigue sin otorgar derechos de información a los trabajadores que no opten por estas nuevas vías de representación.

La citada Ley ha alterado las reglas de legitimación para el ejercicio del derecho a las consultas, ampliando los sujetos legitimados cuando estas decisiones afecten a empresas en las que no exista representación legal, ya sea, porque la empresa no supere el umbral de plantilla mínimo necesario para nombrar representantes -seis trabajadores-, porque no lo hayan querido los propios trabajadores pese a superar ese límite, o porque la empresa se caracterice por su atomización de centros de trabajo, lo que dificulta la puesta en marcha de un proceso electoral¹⁷.

A estas comisiones sólo se les han atribuido expresamente facultades de consulta-negociación, el legislador ha olvidado referirse a ellas para extenderles el derecho de información. Ahora bien, dado que los derechos de información son el instrumento para las consultas, hay que entender que todos los que tienen reconocido el derecho de consulta tienen a su vez el derecho a ser informados¹⁸. Sobre la necesaria correlación de

¹⁷ Tampoco el Tribunal Supremo se lo pone fácil a los trabajadores impidiendo que se puedan reagrupar centros de trabajo con menos de seis trabajadores, al considerar que el art. 62 ET no autoriza ni la agrupación de centros de trabajo con plantilla reducida para elegir un delegado de personal conjunto, ni por supuesto, admite al celebración de elecciones de ámbito superior al de centro de trabajo para tal fin (STS 31 Enero de 2001, Rec. 1959/2000).

¹⁸ Ya se pronunció al respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de Noviembre de 1999 (Rec. 1387/1999) al señalar que “aunque el precepto no lo imponga expresamente es evidente que, como alega el recurrente, el ejercicio del derecho a emitir informes que el precepto le reconoce, sería imposible de

derechos consulta-información se pronuncia el legislador comunitario, que en el art. 4.4. c) Directiva 2002/14 en el que señala que se efectuará “con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f) del artículo 2, y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular”. De esta forma, queda resuelto el silencio que guarda el legislador en los arts. 40, 41, 47, 51 u 82.3 ET al referirse al derecho de consulta de estas comisiones sin extenderles el derecho a la información.

El ámbito subjetivo del derecho activo a la información se ha ampliado en las últimas reformas, pero no se ha detenido en la fórmula de elección, sólo está claro que los miembros de la “comisión ad hoc” deben ser democráticamente elegidos, no necesariamente debe utilizarse la vía del art. 87 y ss. ET. Una fórmula puede ser una asamblea de trabajadores, que deberá convocar el 33% de la plantilla o el propio empresario. No se prevé que tipo de votación deberá efectuarse, pero en la medida que están eligiendo representantes, sin aplicar las reglas de las elecciones sindicales, porque no siempre el volumen de plantilla hará posible la separación por colegios electorales, entendemos que deberá requerirse la misma mayoría que se precisa para la revocación de un representante para la que se precisa la mayoría absoluta de los votos de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo (art. 80ET)¹⁹.

Esta comisión tiene un derecho limitado a la información –la relativa a los supuestos de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET- y acotado en el tiempo, ya que desaparecerá cuando finalice el procedimiento para el que ha sido nombrada. La información recibida será la que le permita adoptar un acuerdo al respecto, pero la Ley 35/2010 no ha precisado cómo alcanzarlo. Ante este silencio del legislador, sólo nos quedan dos opciones: primera, que exijamos la misma regla de mayorías requeridas que cuando interviene la representación unitaria o sindical, o bien, que se admita la posibilidad de que estas comisiones pudieran crear sus propias reglas de funcionamiento.

La participación de estas comisiones, fundamentalmente las compuestas por trabajadores y creadas “ad hoc” para participar en la toma de decisiones, nos plantean algunos problemas en torno a su capacidad de decisión, teniendo en cuenta la dificultad de comprensión de la información recibida, así como, del desconocimiento de los problemas empresariales, ya que nunca han recibido información sobre la empresa o centro de trabajo. Los miembros de esta comisión, receptores de la documentación, necesitarán la asistencia de expertos que les asesoren, pero se ha previsto legalmente para estas nuevas formas de representación, ya que el art. 65 ET se refiere a ellos para asesorar a los miembros del comité de empresa.

ejercer si no existiera un correlativo deber por parte de la empresa de facilitar previamente al comité datos suficientes sobre la decisión adoptada, pues nadie puede informar de aquello que desconoce”.

¹⁹ En la STC 128/2010 de 29 de Noviembre, se crea una Comisión “ad hoc” para el control de un plan de pensiones y de empleo que se acaba considerando “inconstitucional” porque no todos los afectados por ese plan de pensiones y empleo han podido participar en la elección de los componentes de esa Comisión, que ha sido elegida democráticamente pero no han participado los trabajadores en suspenso. Además el propio TC señala que el hecho de que no se imponga un determinado procedimiento no libera de representar a todos los afectados.

Este hándicap en el derecho a la información lo sufren, no sólo estas comisiones “ad hoc”, sino en general, los miembros de comités de empresa o delegados de personal, sin embargo, las últimas reformas han incrementado sustancialmente la capacidad negociadora de estos representantes a nivel empresarial. El legislador debería haberse preocupado de regular muchos de los aspectos que la asistencia de expertos implica, como la forma de designación y elección, honorarios a cargo de la empresa, facultades y competencias ante terceros, bancos, proveedores y clientes, límites de acceso a determinado tipo de documentación, regulación de su entrada y presencia en los locales de la empresa, tipos de informes que podrán emitir, etc²⁰.

A alguno de estos aspectos se ha referido la Directiva comunitaria 2009/38, de 6 de mayo, sobre Constitución de un Comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que deroga la Directiva 94/45 CE, de 22 septiembre de 1994, del Consejo, reconociendo que «todos los gastos ocasionados por los expertos que podrán asistir a las reuniones con carácter consultivo» (art. 5.4 párrafo tercero)», correrán a cargo de la dirección central, de manera que la comisión negociadora puede cumplir su misión adecuadamente».

5.3. Contenido del derecho de información. La documentación justificativa de las medidas empresariales flexibilizadoras

La última reforma introducida por la Ley 35/2010, desarrollada por el RD 801/2011, ha facilitado al empresario la adopción de decisiones en la empresa que le permitan adaptar las condiciones de trabajo, el número de trabajadores o los costes salariales a las necesidades empresariales, del mercado o del sector. En ella se han flexibilizado los procedimientos regulados en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET.

La información que debe proporcionar el empresario dependerá de dos factores: por un lado, de la causa empresarial alegada: económica, técnica, organizativa o de producción y, por otro, de la forma en la que afecte al empleo, dado que puede hacerlo modificando sustancialmente las condiciones de trabajo de la plantilla (art. 41), trasladando de centro de trabajo (art. 40 ET), reduciendo su salario (art. 82.3 ET), o afectando directamente al empleo al reducirlo, ya sea temporal (art. 47 ET) o definitivamente (art. 51 ET).

La documentación que le da contenido al derecho de información no está explícitamente prevista en los citados preceptos estatutarios, ha sido en fase reglamentaria en la que se

²⁰Al respecto: F. VAZQUEZ MATEO, “La información a los representantes de los trabajadores: fines y claroscuros en su aplicación”, *Relaciones Laborales*, nº 18, 2010. Este autor revisa el derecho comunitario y afirma que “El vacío español en este orden de cosas, ha sido eliminado o reducido en otros países de la Unión Europea, donde se ha producido una «floración» de expertos hace ya bastantes años, sin duda por haberse dado cuenta de las funciones importantes que aquellos pueden cumplir, tanto al ilustrar a los representantes de los trabajadores sobre la exactitud, contenido y veracidad de la información que reciben, como al contribuir con su intervención a ir poco a poco haciendo desaparecer aquella desconfianza a la que antes aludíamos, facilitando de esta manera las negociaciones y posteriores acuerdos. Pero hasta tal punto la regulación extranjera se ha adelantado a la nuestra, que no solo se cuenta con «expertos contables», que parece ser una aspiración sentida desde hace mucho tiempo, sino que a ellos se han unido «expertos tecnológicos» y «expertos en gestión».

ha detenido el legislador a concretarla para los casos de “despido colectivo, suspensión temporal del contrato de trabajo, reducción temporal de jornada y traslado colectivo”. Sobre dicha documentación se pronuncia el nuevo RD 801/2011 en sus arts. 6, 7, 8 y 9, que viene a modificar sustancialmente lo previsto en su antecesor, el RD 43/96, de 19 de enero, que despachaba este tema en un único precepto (art. 6).

5.3.1. La información ante los traslados, la modificación de funciones, de condiciones sustanciales de trabajo o en los descuelgues salariales.

El RD 801/2011 ha sido la norma que ha desarrollado de forma considerable el contenido del derecho de información en materia de despidos colectivos y más sucintamente en el resto de situaciones que generan derecho a la información, como son, traslados, modificación de funciones, de condiciones sustanciales de trabajo o en los descuelgues salariales.

Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada se regulan conjuntamente en los arts. 21 a 24 del RD 801/2011, pero el detalle de la información exigible al empresario en estos supuestos no ha alcanzado el del despido colectivo. Las causas por las que se podrá decidir la suspensión de los contratos o las reducciones de jornada son similares a las de los despidos: económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero, en ningún caso, el legislador hace referencia a la documentación con la que se deberán acreditar por parte del empresario. Es cierto que el art. 47 ET hace referencia expresa a lo establecido en el art. 51 ET y a sus normas de desarrollo, lo que nos permitirá extender la documentación propia de los despidos colectivos a estos supuestos, pero del art.47.1.b) ET no se deduce tal asimilación, porque señala que “la duración del periodo de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen”, lo que nos impide equiparar la documentación exigible en uno y otro caso.

El art. 22 c) del RD 801/2011 prevé para las suspensiones de contrato y las reducciones de jornada que “la documentación justificativa será la estrictamente necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa. A estos efectos, en el caso de que la causa aducida por la empresa sea de índole económica, la documentación exigible según el artículo 6.2 se limitará a la del último ejercicio económico completo, así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la solicitud del procedimiento”. De este precepto se desprende que si la causa aducida es económica el empresario deberá presentar del último ejercicio económico: el balance de la situación, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio y el informe de gestión

Más allá de esa previsión para la situación económica que genere suspensiones o reducciones de jornada, seguimos sin conocer cuál es la documentación que comprende el derecho de información en los casos en que las causas sean técnicas, organizativas o de producción, para las que entendemos habrá que extender la documentación prevista para los despidos colectivos, pero en su versión reducida teniendo en cuenta la exigencia de que sólo se debe aportar la “estrictamente necesaria”.

También deberá presentarse plan de acompañamiento social, si la empresa tiene más de cincuenta trabajadores, pero el art. 9 RD 801/2011 no delimita su contenido, como ha hecho el legislador para los despidos colectivos, sólo parece claro que no pueden tener contenidos similares en el despido y en la suspensión o reducción de jornada. El legislador se limita a señalar que durante estas situaciones –suspensiones y reducciones de jornada- se trata de promover el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores con el fin de aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

El plan social en las suspensiones y reducciones de jornada tiene la peculiaridad, con respecto al previsto para los despidos colectivos, de que está bonificado por el Estado. En este sentido la Ley 35/2010 modifica la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, añadiendo un nuevo apartado 2 bis al art. 1 en el que se reconoce al empresario que presente un acuerdo que incluya un plan social con medidas formativas, que aumenten la polivalencia del trabajador e incrementen su empleabilidad, medidas de flexibilidad interna que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional o cualquier otra medida “alternativa o complementaria”, dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa”, tendrá derecho a una bonificación del 80% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. La reducción en las cuotas exige un compromiso del empresario por mantener el empleo de los trabajadores afectados por la suspensión o la reducción de jornada durante al menos 6 meses con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción autorizada²¹, sin perjuicio de que se pueda producir un despido disciplinario procedente, la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

La introducción de estas reducciones en las cuotas de la Seguridad Social ha incrementado sustancialmente el número de expedientes suspensivos y de reducción de jornada que se presentan con planes sociales, pero ¿quién controla el efectivo cumplimiento de las medidas formativas propuestas?. Atendiendo al coste público de la medida, debería haber un control por parte de la Administración de su cumplimiento, pero ante la ausencia de previsión legal al efecto, deberán ser los representantes legales o sindicales los encargados de su control; ahora bien, ¿y si la negociación se ha llevado a cabo por una comisión “ad hoc” o por una “comisión sindicalizada” que desaparecen tras el proceso negociador?. Para estos casos, entendemos que sería importante que el propio plan social nombrara una comisión de seguimiento y control del plan que estuviera conformada por algunos de los trabajadores no afectados por el expediente.

²¹ En caso de incumplimiento de esta obligación, deberá reintegrar las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Además las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos a los que se haya aplicado la bonificación establecida en este artículo quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones establecidas en el Programa de Fomento del Empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

A esta cuestión se añade otra, ¿cualquier medida formativa incluida en un plan social acordado es susceptible de producir estos beneficios al empresario?. Atendiendo a la literalidad de la Ley hay que decir que sí, sin embargo, no debería ser así, debería haber un control por parte de la Autoridad pública del contenido del plan acordado a fin de evitar situaciones fraudulentas, teniendo en cuenta el coste público que suponen. En definitiva, la intervención de la Administración laboral en estos expedientes no debería ser de mera “homologación” del acuerdo presentado, debería ir más allá para evitar falsos planes sociales.

Cuando la decisión empresarial es de traslado de los trabajadores, las causas alegables son las citadas hasta ahora, pero las circunstancias en las que se entiende que éstas concurren no coinciden, dado que éstas se relajan para este caso, bastará con que el empresario demuestre que los traslados contribuyen a mejorar la situación de la empresa, a favorecer su posición competitiva en el mercado o que ello le permite dar una mejor respuesta a la demanda (art. 40.1 ET). Las causas que justifican el traslado no han sido modificadas por la Ley 35/2010, como ha ocurrido en el resto de procedimientos flexibilizadores.

En los arts 29 a 33 del RD 801/2011 se regula este procedimiento de traslado sin incluir ni referirse al derecho de información de los representantes a los que sólo les legitima para hacer alegaciones. El art. 40.2 ET exige la celebración de un periodo de consultas previo que versará sobre las causas, sobre la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, pero en ningún momento se detiene en la determinación del contenido del derecho a la información. Sólo el art. 31 RD 801/2011 se manifiesta en torno a los caracteres de la solicitud empresarial de traslado declarando que en ella se deberán expresar con claridad y precisión los motivos en los que se fundamenta la petición, exponiendo los efectos económicos o sociales que se derivarían de la ejecución de la decisión de traslado.

La última situación empresarial que podría venir dada por causas económicas –no por causas técnicas, organizativas ni de producción- es el descuelgue salarial. El art. 82.3 ET requiere al empresario para que pruebe, que si mantiene el salario previsto, la situación y perspectivas económicas de la empresa puedan verse dañadas y afectar a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma. A este último procedimiento no se refiere el RD 801/2011, sino única y exclusivamente la Ley 35/2010, que no se adentra en los derechos de información, pese a que si exige un periodo de consultas e incluso un acuerdo en el que se contenga la nueva retribución a percibir o una programación que demuestre la recuperación de las condiciones salariales en un plazo máximo de tres años.

La pregunta que queda sin responder por el legislador es qué documentación puede demostrar que las perspectivas económicas de la empresa pueden verse dañadas e incluso el empleo de la misma si se mantienen las actuales condiciones salariales.

La cobertura de todos estos vacíos referentes al derecho de información podría dársela la norma colectiva, identificando el tipo de documentación que se debe suministrar en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de traslados colectivos, de

suspensiones temporales de contratos, de reducciones de jornada o de descuelgue salarial²².

5.3.2. La información ante un despido colectivo

En general, los derechos de información han sido mejorados en el RD 801/2011, no en vano, como ya hemos señalado, se han incrementado sustancialmente el número de preceptos reglamentarios reguladores de este derecho. En concreto, el derecho a la información en materia de despido colectivo ha salido reforzado tanto cuantitativa como cualitativamente.

Es verdad, que la información a la que se refieren los arts. 6 a 9 RD 801/2011 tiene como destinataria a la Autoridad Laboral competente, no a los representantes de los trabajadores, ahora bien, el periodo de consultas, previo al despido colectivo, tiene como objetivo “discutir en torno a las causas y a la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias”, que no podrían alcanzarse si no les suministramos a dichos representantes toda la información a la que se refieren los arts. 6, 7, 8 y 9. A esta argumentación hay que añadirle que la citada documentación no es un secreto para ellos, que como sujetos interesados o legitimados en el proceso también podrían conocerla.

Adentrándonos en el contenido del derecho de información hay que decir que el legislador ha aumentado la documentación para justificar las causas –arts. 6 y 7 RD 801/2011- y se ha detenido especialmente en la delimitación del contenido del plan social, quizás porque con respecto a esta figura siempre han existido dudas en torno a cual es su contenido, aunque veremos que las cuestiones siguen sin solventarse.

²²Se detalla la documentación en el CC marco para oficinas de farmacia (BOE 24 de Enero 2011) exigiendo que se presente para el descuelgue: ingresos de los dos ejercicios anteriores; modelo 190 de los dos años anteriores; modelo 347 de los dos años anteriores; TC1 y TC2 correspondientes a los dos años anteriores; organigrama del personal, con especificación del número de trabajadores/as en plantilla por cada categoría; balance de los dos años anteriores; cuenta de explotación de los dos años anteriores; subvenciones (en su caso) recibidas de las Administraciones Públicas en los dos años anteriores.; donaciones (en su caso) recibidas en los dos años anteriores; plan de viabilidad de la Oficina de Farmacia en el que se contemple el supuesto de descuelgue y la fórmula de garantía de la conservación de los puestos de trabajo. Se exponen también los documentos en el VII Convenio colectivo nacional de Cataluña de laboratorios fotográficos para los años 2009-2010-2011 (DO. Generalitat de Catalunya 4 junio 2010), requiriendo: Los balances y cuentas de resultados del último año, con las correspondientes auditorías o censura de cuentas, y las declaraciones del Impuesto de Sociedades, que pongan de manifiesto «cash flow» negativo, así como la previsión del año en curso igualmente negativa. En el supuesto de una empresa integrada en un Grupo industrial de la misma actividad que la empresa en cuestión, se requerirá que tales datos se refieran a los resultados integrados consolidados del grupo. Plan de viabilidad, con las medidas de mejora de la gestión productiva, comercial, financiera, de inversiones, etc., orientadas a superar la coyuntura negativa y a garantizar el futuro industrial y el empleo de la empresa. Estudio de la incidencia de los salarios en la estructura general de la empresa. Hemos encontrado numerosos ejemplos de convenios con detalle de documentación en esta materia: I Convenio colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios de la Comunidad Autónoma de Galicia (Resolución de 24 de agosto 2010) o en el Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE 13 octubre 2011) o IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, (BOE 14 octubre 2011).

a) La documentación justificativa de las causas

La flexibilidad que se introduce en el procedimiento lleva aparejada también la de las causas, pero no la de los derechos de información, que como ya hemos señalado se incrementan cuantitativa y cualitativamente. El derogado RD 43/96, de 19 de Enero, delimitaba de forma bastante imprecisa la documentación a aportar para el ejercicio del derecho a la información, pero ello se trata de evitar con el nuevo RD 801/2011, que no sólo precisa la documentación a entregar sino que también la incrementa.

Ante una situación económica adversa, el empresario deberá informar a los representantes de los resultados de la empresa, en los que deberá comprobarse la existencia de pérdidas, la posibilidad de su producción en el futuro, o bien, la persistente disminución de su nivel de ingresos. Con respecto a esta última circunstancia, la actual regulación no ha marcado expresamente el periodo de referencia en el que debe producirse la reducción de ingresos para que esté justificada la medida extintiva, sólo señala el legislador que la documentación justificadora de la situación económica grave deberá corresponder a los dos últimos ejercicios económicos, lo que nos permite deducir que el descenso de los ingresos se debe dar en los últimos dos años; queda sin determinar, generando una importante inseguridad jurídica, cómo se pueden probar las pérdidas de futuro, por lo que entendemos que un dato relevante a efectos de esta prueba es que se pueda demostrar una importante disminución de ingresos en los últimos dos años, periodo sobre el que habrá que presentar cuentas.

La documentación exacta que deberá aportar el empresario de los dos últimos ejercicios económicos, cuando la causa económica alegada se fundamente en pérdidas actuales o en una disminución de ingresos, es: el balance de situación; las cuentas de pérdidas y ganancias; el estado de cambios en el patrimonio neto; el estado de flujos de efectivos; la memoria del ejercicio e informe de gestión. En el caso de empresas obligadas a hacer auditorías se presentará la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas; las cuentas provisionales, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante.

Si la causa económica alegada se basa en una previsión de futuro la documentación varía, debiendo el empresario informar de los criterios utilizados para estimar las pérdidas; el informe técnico sobre el carácter y evolución de esa previsión de pérdidas, basándose 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; el volumen y carácter permanente o transitorio de las pérdidas a efectos de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva en los términos indicados en el apartado 1.

También mejoran los derechos de información en determinados grupos de empresa, en concreto, en aquellos que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y siempre que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo, porque en estos casos deberá acompañarse a las cuentas anuales el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas o no, si no tuvieran obligación de hacerlo.

Cuando las causas alegadas son técnicas, organizativas o de producción se reduce el derecho de información. Si la causa es técnica deberá presentarse el informe técnico que acredite cambios en los medios e instrumentos de producción; si es de carácter organizativo se adjuntará el informe técnico que acredite cambios en los sistemas y métodos de trabajo del personal; ante una causa productiva, el informe técnico que acredite cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, y en cualquiera de las causas, un documento en el que el empresario acredite que las medidas extintivas servirán para prevenir una evolución negativa de la empresa, o bien, a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Los citados informes son la única información requerida para la justificación de estas causas, y como sucedía antes de la última reforma, sigue quedando al arbitrio del empresario el tipo de documento técnico que se presenta, el sujeto que lo elabora, el contenido del documento, el periodo de tiempo al que se debe referir, etc. Con la dificultad añadida de que el derogado RD 43/96 era más exigente que el actual en cuanto a la prueba, dado que el empresario debía demostrar que los despidos eran necesarios en la medida que corría peligro la propia viabilidad de la empresa.

En las causas técnicas, organizativas y de producción, además de los expertos que puedan valorar su concurrencia puede jugar un papel fundamental alguna documentación a la que haya podido tener acceso la representación legal de acuerdo con lo que prevé el art. 64 ET, pero a la que nunca habrán accedido las “comisiones ad hoc”. Estas comisiones tienen limitado su ámbito de actuación a los procedimientos colectivos previstos en los “instrumentos de flexibilidad interna”, no conocen otras informaciones a las que se refiere el art. 64 ET que, también contribuirán al desarrollo de las consultas. La información suministrada a los representantes legales (unitarios o sindicales) en el ejercicio de su tarea representativa, más allá de la prevista en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, facilita el debate y el logro de un acuerdo, ello frente a la débil posición (por su falta de conocimientos y por su escasa experiencia negocial) en la que se encuentra la “comisión ad hoc”.

b) Otra documentación obligatoria

Como ya hemos señalado, en general, los derechos de información han mejorado cualitativa y cuantitativamente. El nuevo reglamento añade otras informaciones de mucho valor en este proceso.

Además de la información que debía suministrar el empresario en torno al número y clasificación profesional de los trabajadores que van a ser afectados por el expediente de regulación de empleo, así como de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, desglosada por centros de trabajo y comunidades autónomas, con el nuevo Real Decreto el empresario deberá presentar la relación nominativa de los afectados, o en su defecto, informar de los criterios tenidos en cuenta para designarlos y justificar la razonabilidad del número de extinciones solicitadas. La lista nominativa de afectados evita el arbitrio empresarial en la selección de los trabajadores incluidos en el expediente de regulación de empleo autorizado cuando éste ha acabado sin acuerdo.

En cuanto a quienes pueden ser afectados por un despido colectivo hay que decir que la actual regulación sólo contiene un criterio de preferencia en favor de los representantes de los trabajadores (art. 51.9 LET)²³ de cuya posible extensión a los miembros de la comisión “ad hoc” no se ha dicho nada en la última reforma. Los criterios de selección de los trabajadores serán objeto de control por parte de la Administración laboral y, por tanto, también pueden ser una causa de desestimación de la solicitud empresarial, ya sea por la utilización por el empresario de criterios de designación que resulten discriminatorios, lesivos de derechos fundamentales o abusivos, por la inobservancia de la garantía de prioridad de permanencia conferida a los representantes de los trabajadores o por la irrazonabilidad de los criterios adoptados.

Un nuevo documento que se le requiere al empresario en el RD 801/2011 es el que justifique la razonabilidad del número de extinciones en relación con la causa alegada. La exigencia de “razonabilidad” en el anterior RD 43/1996 la tenía que encontrar la Autoridad Laboral, no se le pedía al empresario justificarla. Se trata de un informe empresarial muy peculiar, porque no tiene el carácter objetivo de todos los que hemos citado hasta ahora en los que el empresario probaba hechos, este documento contendrá datos de carácter subjetivo de difícil comprobación por los representantes o por el Inspector actuante en el expediente de regulación de empleo.

La objetividad de los criterios de selección adoptados por el empresario será de difícil control, por ello un instrumento muy adecuado para realizar la selección es el convenio colectivo aplicable a la empresa. Dicha fuente de regulación es idónea para la individualización de los trabajadores afectados²⁴ en caso de reducción de plantilla o para fijar un sistema de preferencias entre los trabajadores, ya que los sujetos negociadores tienen una comprensión más cercana del problema empresarial concreto y de las necesidades de personal para la viabilidad futura del proyecto empresarial²⁵. La tarea de este instrumento sería de concreción y especificación de los datos a tener en cuenta en la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, gozando de libertad para elegir dichos criterios.

c) La información relativa al plan social

El requerimiento del plan social no es ninguna novedad, pero sí su detallada regulación. Si la empresa afectada por los despidos tiene más de cincuenta trabajadores deberá

²³ En la aplicación de este criterio de prioridad surgen problemas cuando existen representantes unitarios y sindicales. Para profundizar sobre este tema, véase G. TUDELA CAMBRONERO, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988 y por J. APARICIO TOVAR, “Despidos de representante legal o sindical y de afiliado”, AA.VV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, p. 269 y ss.

²⁴ En este sentido F. VALDÉS DAL RE, -“Licenziamenti collettivi nell’ordinamento spagnolo”, *Lavoro e Diritto*, nº 3, 1999, p. 458, advirtiendo de la excepcionalidad de estas cláusulas convencionales, a pesar del interés que éstas podrían tener. También podemos citar algunos convenios que han marcado los criterios de selección: II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos –Handling (BOE 13 octubre 2011).

²⁵ J. L. MONEREO PÉREZ y J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS consideran que también sería apropiado un marco normativo heterónimo supletorio para otorgar seguridad jurídica a los trabajadores: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1997, p. 239.

presentar un plan social, que contendrá las medidas adoptadas por la empresa en orden a evitar o reducir sus efectos, así como, a atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados. Sobre este elemento del despido no se ha incrementado el derecho de información, sino que han aumentado las explicaciones por parte del legislador en torno a cual debe ser su contenido –art. 9 RD 801/2011-. La anterior normativa exigía al empresario que informara a los representantes legales de los trabajadores en el procedimiento de regulación de empleo del plan social que acompañaba a los despidos –el derogado art. 6.1.c) RD 43/96-, sin adentrarse en el tipo de medidas concretas en qué podía consistir el plan, más allá de algún ejemplo –readaptación de los trabajadores o redistribución de la jornada de trabajo-, sí marcaba sus objetivos: evitar o reducir los despidos, cuando no fuera posible evitarlos todos, o incluir medidas para los trabajadores que finalmente resulten despedidos.

El actual Real Decreto incrementa la información en torno al contenido del plan social que debe suministrar el empresario, detallando sus objetivos, ampliándolos y delimitando las concretas medidas que se pueden arbitrar para alcanzar cada uno de ellos. Esta normativa continúa requiriendo que la empresa tenga más de cincuenta trabajadores para que el empresario esté obligado a presentar un plan social, sin embargo, ello no quiere decir que en las empresas con plantillas inferiores no estén obligadas a incluir medidas sociales, ya que atendiendo al art. 51.4 ET y al art. 18.1 RD 801/2011, en el que ambas figuras se asimilan “plan de acompañamiento social o, en su caso, las medidas consideradas en el art. 51.4 del Estatuto de los Trabajadores”, queda sumamente claro que las medidas sociales siempre deberán estar presentes en los despidos colectivos, la única diferencia entre las empresas de más y menos de cincuenta trabajadores está en si el empresario está obligado a adelantar un plan ordenado cuyo contenido será objeto de debate en el periodo de consultas –más de 50 trabajadores- o basta con que se debatan en la mesa de negociación medidas sociales, que al hilo del debate, vayan discutiendo los agentes sociales.

Pese al detalle con el que se ha regulado esta figura se ha introducido confusión en sus fines. El plan social, como su propio nombre indica, debe perseguir objetivos “puramente sociales”, sin embargo, el legislador ha incluido otros de naturaleza “empresarial” en los que se persigue la viabilidad de la empresa, en concreto, “posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”. La inserción de este objetivo, no vinculado a los trabajadores sino a la empresa, sólo mantiene las dudas que siempre han existido en torno a cuál debe ser el contenido de un plan social y el de un plan de viabilidad. Ambas figuras son completamente distintas y no se deben confundir, la última reforma introducida en el art. 9 del RD 801/2011 ha debido evitarlo dejando claro que el “plan de acompañamiento social” y sus beneficiarios deben ser “única y exclusivamente” los trabajadores de la plantilla y no la empresa. El plan de viabilidad tiene como destinatario directo a la empresa, puesto que contendrá medidas para favorecer su posición competitiva en el mercado o permitirle dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero estas medidas no siempre tienen como beneficiarios a los trabajadores, en muchas ocasiones, éstos son los primeros perjudicados.

La introducción de este objetivo de carácter empresarial, ajeno al plan de acompañamiento social, no sólo mantiene la confusión que ya existía entre ambas figuras –plan social y plan de viabilidad- sino que además permite justificar irregulares cumplimientos de esta norma por parte del empresario, al permitir que se presenten

como planes sociales meros planes de viabilidad, que no tienen como destinatarios directos a los trabajadores. No olvidemos que en el art. 9 RD 801/2011 el legislador no requiere que se alcancen los tres objetivos propuestos, sino sólo aquellos que sean posibles, de forma que el empresario puede decir que es imposible evitar los despidos o reducir sus efectos, incluso adoptar medidas que acompañen a los trabajadores despedidos, de forma que las únicas medidas susceptibles de adoptar son de carácter económico, financiero o industrial, técnicas, organizativas o de producción, que quizás pueden dañar el empleo de la empresa de forma inmediata, pero a medio o largo plazo favorecerán la posición competitiva de la empresa en el mercado, prevendrán una evolución negativa de la empresa o le permitirá dar una mejor respuesta a la demanda. Pese a que la última reforma permita que el plan de viabilidad pueda ser contenido del plan social, éstas no son medidas sociales, no son medidas pensadas para los trabajadores, sino única y exclusivamente consideradas para favorecer la posición de la empresa en el mercado, sin detenerse en el daño que le pueda causar a los trabajadores empleados. En definitiva, el tercer objetivo que contiene el art. 9 RD 801/2011 no es “social” sino “empresarial” en su consecución lo que se trata es de justificar las causas que provocan los despidos, estas medidas son realmente las que adopta el empresario directamente para favorecer a su empresa e indirectamente el empleo. Así pues, un plan social que sólo contenga medidas “para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”, no será suficiente, no estará cumpliendo las exigencias del art. 51.4 ET.

d) El informe de la Inspección de Trabajo

La exigencia de autorización administrativa previa a un despido colectivo, otorga derechos de información no sólo a los representantes de los trabajadores y a la Administración laboral competente para resolver, sino también al Inspector de Trabajo. Según el art. 12 RD 801/2011 la Administración laboral habrá de recabar, con carácter preceptivo, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el momento en que ésta pueda disponer de los elementos suficientes para emitirlo. La Inspección deberá emitir el informe en el plazo de diez días y deberá obrar en poder de la Autoridad Laboral antes de la finalización del periodo de consultas.

Para el desempeño de la función inspectora de vigilancia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias (art. 3.1 de Ley 42/97, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LIT)) se deberán analizar las causas motivadoras del expediente de regulación de empleo, las medidas tomadas en la empresa para atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados la relación existente entre las medidas extintivas y la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, en su caso, sobre el plan social.

El Inspector no se limitará únicamente a analizar el contenido de los documentos que le aporta el empresario, en tanto que éste debe desarrollar una labor investigadora, examinando la contabilidad de la empresa, el grado de obsolescencia de la maquinaria, las tendencias productivas y organizativas del mercado, la situación de la empresa

respecto al grupo en el que se integre, etc.²⁶. La función inspectora es crucial en estos supuestos, porque este órgano es el que más información posee sobre la organización productiva afectada. Este órgano dejará constancia de las circunstancias empresariales con su correspondiente valoración técnica y con una valoración jurídica de la que se deduzca su propuesta de resolución, pues se trata, en definitiva, de un “informe integrativo” que debe ser tenido en cuenta en “la resolución”²⁷. En esta línea se muestra el Convenio nº 158 OIT de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo y la Recomendación nº 166 de 1982 que lo acompaña, señalando que el Inspector de Trabajo, sin ser el órgano que decide sobre la autorización de la extinción, tiene como por misión ayudar a la Administración competente a velar por el respeto del procedimiento, los criterios de designación de los trabajadores despedidos y, sobre todo, valorar adecuadamente la situación, además de ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas.

Así pues, el informe no debe limitarse a una mera verificación de la situación empresarial, dado que su naturaleza técnica exige que éste aporte los elementos de juicio necesarios para adoptar la resolución apropiada, aunque no tenga carácter vinculante para la Administración laboral (art. 83.1 LPC)²⁸. La referida Administración no estará obligada a ratificar el criterio de la Inspección de Trabajo, aunque sí deberá ponderar el informe junto con el resto de los elementos de prueba obrantes en el expediente. No obstante, en la medida que los informes contienen un juicio técnico y pericial si poseen un importante valor probatorio en el procedimiento administrativo.

El reducido plazo para emitir el informe conlleva en la práctica más perjuicios que beneficios a los trabajadores, porque, primero, impide al Inspector contrastar o acudir a otras fuentes independientes para valorar el impacto en horas de trabajo de las innovaciones técnicas, organizativas, productivas o económicas que el empresario pretende adoptar; segundo, obliga a elaborar el informe antes de que finalicen las consultas y ello significa que el Inspector actuante no pueda conocer otros datos sobre el proyecto empresarial que pudieran despejarse durante las negociaciones o saber si el empresario ha aceptado modificar su inicial pretensión extintiva y en qué términos.

Dichas consecuencias jurídicas derivadas de la brevedad de la actuación inspectora dificultan el desarrollo de la función mediadora, que en nuestro ordenamiento no es desempeñada por la Administración laboral, como establece el art. 4 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, sino por la Inspección de Trabajo, como señala el art. 19.2 de la

²⁶ I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "El informe de la Inspección de trabajo en los expedientes de regulación de empleo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 71, 1995, p. 388. Más recientemente, se han expresado en torno a la labor del inspector: L. M. GÓMEZ GARRIDO, "La fijación de los hechos en las actas de Inspección de Trabajo", *Aranzadi Social*, nº 7, 2011, señalando que el inspector realiza una actividad institucionalizada de tipo exclusivamente administrativo, y por lo que ahora interesa recopilar o recoger datos intentando reconstruir un hecho, o extraer una conclusión relevante que pudiera determinar una calificación jurídica. Pero el acta no puede alterar por sí mismo y solo la realidad jurídica, ni tiene por ello efectos constitutivos.

²⁷ J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 131.

²⁸ Art. 83.1 LPC "Salvo disposición expresa en contrario, los informe serán facultativos y no vinculantes".

Recomendación nº 166 de 1982 OIT y el art. 3.3.1 LIT, siempre que las partes lo acepten²⁹.

La reducción del plazo no impide que el Inspector actuante pueda visitar la empresa y mantener un diálogo con los sujetos afectados, antes de emitir su informe, aunque sí dificulta, sin impedir, la posibilidad de poner en contacto a las partes para conocer sus posiciones respectivas y proponer alternativas a las medidas extintivas. La función mediadora o conciliadora no está ordenada legalmente por lo que los órganos inspectores gozan de total libertad para llevar a cabo esta labor, lo cual les permite adaptarse mejor a las diversas controversias que el conflicto presente, de forma que el Inspector es libre para decidir si se reúne con las dos partes a la vez o por separado.

Por tanto, las ventajas de la reducción del plazo como son: la posibilidad de que las partes en conflicto puedan revisar el contenido del informe antes de que finalice el trámite de audiencia, en virtud del derecho que le reconoce el art. 35 a) LPC, que permite acceder a todos los documentos contenidos en el expediente, el hecho de que la Administración laboral conozca el informe antes de que finalicen las consultas, favoreciendo un riguroso control de los posibles vicios del acuerdo o la celeridad del procedimiento, no compensan frente a las desventajas de la brevedad³⁰, puesto que la emisión del informe en el plazo de diez días, siempre antes de que finalice el periodo de consultas, puede dar lugar a un prematuro e incompleto documento para la Administración laboral³¹.

6. CONCLUSIÓN

Los derechos de información regulados en el art. 64 ET no han sido objeto de modificación directa por parte de la Ley 35/2010 o del RD 801/2011, pero el que hemos denominado “derecho activo a la información” –art. 64.5 ET-, es decir, la información que es un instrumento para el debate y las consultas, sí se ha visto afectado indirectamente por ambas normas. La flexibilización que han introducido estas últimas reformas ha afectado directamente a los procedimientos legales previstos para la adopción de decisiones empresariales en el ámbito de las relaciones laborales – modificación sustancial de condiciones de trabajo, modificación de las funciones, traslado de lugar de trabajo, reducción de jornada, suspensión de la relación contractual, extinción colectiva de las relaciones laborales o descuelgue salarial- porque en ellos los derechos de información juegan un papel fundamental para el desarrollo del periodo de consultas previo a la adopción definitiva de cualquier decisión por parte del empresario.

La flexibilización introducida en estos procedimientos legales ha repercutido negativamente sobre el periodo de consultas, pero no sobre los derechos de información

²⁹ El art. 19.2 de la Recomendación nº 166 de 1982 dice expresamente: “Cuando proceda, la Administración competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que plantean las terminaciones previstas”. I. GARCÍA PERROTE ESCARTIN se manifiesta respecto a la importancia de esta actividad mediadora y a las dificultades que provoca la reducción del plazo: “Procedimientos de regulación de empleo...”, op. cit., p. 284-285.

³⁰ En sentido contrario F. NAVARRO NIETO, *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 216-217.

³¹ I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “El informe de la Inspección de trabajo...”, op. cit., p. 386.

que en algunos casos, como el despido colectivo, se han visto mejorados tanto cuantitativa como cualitativamente.

No obstante, hay que decir que debería haberse aprovechado esta reforma para cubrir algunas lagunas que encontramos en torno al contenido del derecho de información en algunos casos en los que está garantizado formalmente, como son: reducción de jornada, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensiones contractuales o descuelgues salariales, entre otros. Los derechos de información y consulta se reconocen en el 64.5 ET, pero no se desarrollan adecuadamente en los arts. 40, 41, 47 u 82.3 ET de la Ley 35/2010 ni en el RD 801/2011 lo que reduce considerablemente su efectividad.

En general, hay que decir, que tras las últimas reformas, por lo que respecta a los derechos de información y consulta, éstos han visto ampliados su ámbito objetivo y subjetivo pero si el legislador no se detiene a extenderles garantías de indemnidad a estos nuevos representantes, si no delimita claramente su contenido, es decir, la documentación que debe aportar el empresario para cumplir con su obligación, si no se detiene a resolver los problemas con los que se encontrarán los receptores de la información, como su falta de comprensión, si no advierte que pueden quedar fuera de la cobertura de este derecho los trabajadores sin representación, muy habitual en nuestras PYMES, si no percibe que no basta con que una “comisión ad hoc” negocie si no hay un órgano para el control del efectivo cumplimiento de lo pactado, la ampliación objetiva y subjetiva de estos derechos será meramente teórica, pero no práctica.