

LA IMPRONTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL TRATAMIENTO ESPAÑOL DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA, EN ESPECIAL EN DESPIDOS COLECTIVOS

EVA GARRIDO PÉREZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: derechos de información y consulta, despidos colectivos, jurisprudencia comunitaria

El avance logrado en los últimos años de los derechos de información y consulta, especialmente en su tratamiento normativo, se ha producido en el ámbito del ejercicio de tales derechos por los representantes del personal, y más concretamente en el entorno de actuación de medidas empresariales de alteración de condiciones de trabajo o de reestructuración de empresa con afectación colectiva. Y tal avance se debe en gran medida a la influencia de Directivas como la 2002/14, estableciendo un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad, o la 98/59 sobre despidos colectivos. Pero una vez consolidado el reconocimiento normativo de los derechos, el protagonismo del afianzamiento pasa desde la sede normativa a la judicial, donde los tribunales van aportando ciertos criterios ante cuestiones conflictivas surgidas en la procedimentalización de determinadas medidas empresariales, allí donde se contempla un periodo de consultas como elemento esencial de corrección y regularidad, y un derecho de información y documentación como componente instrumental esencial para el desarrollo de tal consultas. En este punto, las resoluciones del TJCE dictadas especialmente en interpretación de la Directiva Marco y de la Directiva sobre despidos colectivos, aun siendo escasas, han tenido una notoria influencia en la recepción por los tribunales españoles de un claro criterio finalista que se sustenta en la conexión funcional de la información con los procesos consultivos y que conduce a garantizar que los representantes de los trabajadores tengan acceso a toda información y consulta que sea pertinente y necesaria para que el periodo de consultas cumpla la finalidad o el objetivo marcado por la norma. No obstante, este criterio se ha proyectado en un esquema interpretativo que tradicionalmente ha venido identificando la contemplación judicial española de los requerimientos de información y documentación y que no siempre ha contribuido a su reconocimiento material y funcional, de donde el análisis de la impronta de esta doctrina comunitaria se presenta como una idónea ocasión para evidenciar la lectura que se hace desde las resoluciones judiciales ante la esencialidad y funcionalidad que tales derechos cumplen en la actualidad de las relaciones laborales.

ABSTRACT

Key words: information and consultation rights, collective dismissals, community jurisprudence

The progress made in recent years for the rights to information and consultation, especially in its regulatory treatment, has occurred in the area of the exercise of these rights by representative bodies of workers, and more specifically in the performance setting business measures altering working conditions or company restructuring collective involvement. And such progress is largely due undoubtedly to the influence of some EU directives such as 2002/14 establishing a general framework for information and consultation of employees in the Community, or 98/59 on collective redundancies. But once established the legal recognition of that rights, the weight of strengthening and guarantee of those rights passes from the law site to the court one, where the courts are contributing with certain interpretative and operative criteria to contentious issues arising in the implementation of specific business measures, where the law contemplate a period of consultations as an essential element of correction and regularity, and a right to information and documentation as an essential instrument for development such consultations. At this point, the EJC's sentences issued especially in interpretation, although limited, have had a marked influence on the reception by Spanish courts of a clear finalist criterion which is based on the functional connection of information and consultative processes leading to ensure that workers' representatives have access to all information and consultation that is relevant and necessary for the consultation period fulfill the purpose or goal set by the law.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA AFECTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO COLECTIVO DE EJERCICIO DE DERECHOS INFORMATIVOS Y CONSULTIVOS
3. LA CENTRALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: ACTUACIÓN NORMATIVA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL
 - 3.1.La trayectoria normativa
 - 3.2.Documentación en periodo de consultas: la proyección práctica y la resolución judicial.
 - 3.3.La opción por un criterio antiformalista de valoración: la trascendencia finalista de la información y la documentación
 - 3.4.Otras circunstancias concurrentes en el periodo de consultas como elementos moduladores de la suficiencia informativa
 - 3.5.Los condicionantes de buena fe en el periodo de consultas
4. EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA INFORMACIÓN Y CONSULTA EN OTROS PROCESOS E INSTITUCIONES DE AFECTACIÓN COLECTIVA
5. A MODO DE CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

No sería en modo alguno desmedido afirmar que los derechos de información y consulta han ganado espacio en el ordenamiento jurídico español gracias, paradójicamente, a una de las normas más criticadas y de mayor impacto erosivo en importantes instituciones laborales como es la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, pues al albur de sus disposiciones reformadas sobre la procedimentalización de decisiones empresariales de afectación colectiva, se ha abierto paso entre las resoluciones judiciales españolas un doctrina de reafirmación de los derechos de información y consulta, y de contemplación de tales derechos bajo distintos criterios de análisis que sin duda es sumamente deudora de la lectura que se hace de esos mismos derechos en la normativa comunitaria y en su interpretación por el TJUE.

Cierto es que ya con anterioridad se había producido un desarrollo y un mayor alcance material de la información y la consulta desde la perspectiva de su contemplación normativa. En efecto, tras varios años de estancamiento e inalterabilidad en el reconocimiento de los derechos de información y consulta, limitados a lo previsto básicamente en el art.64 y en otros preceptos concordantes del ET, la primera señal que anunciaba futuros cambios se recibió con la Directiva 94/45/CE de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo y procedimientos de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, cuyo principal valor residía precisamente en la previsión y exigibilidad de tales dere-

chos de información y consulta en unos ámbitos, las agrupaciones o concentraciones empresariales, que escapaban de la contemplación de la ordenación jurídica laboral. De ahí también la importancia que sin duda había de concederse a la Ley 10/1997, de 24 de abril, transponiendo dicha Directiva y con ella el diseño de un nuevo esquema representativo y funcional respecto del que no había ninguna experiencia previa, y para lo que sin duda resultaba absolutamente esencial la recepción, por primera vez en una norma nacional, del concepto de grupo de empresa.

La Directiva 94/45 sobre comité de empresa europeo a su vez sirvió como campo de experimentación para trasladar la misma fórmula a otras iniciativas de ordenación en otros ámbitos empresariales diferenciados: las sociedades y cooperativas europeas. Las Directivas 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, y 2003/72/CE de 22 de julio de 2003, sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea y en la Sociedad Cooperativa Europea, respectivamente, marcaron un decisivo paso en el proceso de garantizar un más amplio reconocimiento de los derechos de información y consulta a nivel de establecimiento, empresa o grupo bajo tales estructuras societarias y a escala transnacional. Y las nuevas definiciones de la información y la consulta que se incorporaron en dichas Directivas dieron buena prueba del cambio de orientación que se proponía desde las instancias comunitarias, esto es, diseñando una conexión funcional entre ambos derechos, de modo que el primero se define como la transmisión de informaciones de un modo y un contenido que permitan a los representantes evaluar las cuestiones planteadas y en su caso preparar la consulta; mientras que el derecho de consulta se define como la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones que permita a los representantes, a partir de la información facilitada, expresar su opinión sobre las medidas propuestas y que pueda ser tenida en cuenta a la hora de adoptar una decisión. La Ley 31/2006, de 19 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas reproduce tales definiciones y en consecuencia igual orientación finalista de ambos derechos, lo que marcará sin duda un elemento de avance en el marco español de reconocimiento y tratamiento de la información y consulta aun dentro de este particular ámbito de gestión empresarial constituido por las sociedades y cooperativas europeas, pero que posteriormente se irradiaría a la más general y amplia esfera de intervención de los representantes de los trabajadores donde actúan los derechos de información y consulta, gracias en buena medida a los efectos de un nuevo y fundamental paso normativo que a la fecha ya se había dado en el seno de las instancias comunitarias.

En efecto, aprovechando el impulso y el consenso obtenido en materia de

implicación de los trabajadores en las sociedades europeas, se adoptó la que hasta el momento es la última aportación normativa comunitaria de especial relevancia en materia de información y consulta: la Directiva 2002/14/CE del Parlamento y el Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Una Directiva de notoria influencia no solo en las normativas nacionales de los Estados miembros, sino también en la jurisprudencia del TJUE a la hora de interpretar y resolver situaciones de reestructuración empresarial con afectación colectiva entre los trabajadores, y desarrolladas al amparo de las correspondientes Directivas de referencia, en particular la relativa a los despidos colectivos.

Al respecto, no puede olvidarse que la razón última de esta Directiva Marco no ha sido otra que la consideración hacia los graves problemas de indefensión de los trabajadores en los procesos de reestructuración y de despidos llevados a cabo en empresas situadas en el ámbito comunitario y en los que no se observaban, ni en tiempo ni en forma, los adecuados procedimientos de información y consulta, a pesar de estar así contemplados tanto por las legislaciones nacionales como por la misma ordenación comunitaria. En consecuencia, la Directiva pretendía (y pretende) promover y reforzar la información y consulta con la suficiente antelación en dichos procesos de reestructuración y adaptación, y de forma especial cuando por tales circunstancias el empleo pueda estar amenazado. De este modo, la norma comunitaria hace hincapié en los conceptos de anticipación y prevención a la hora de ejercer los derechos de información y consulta y en relación a unos contenidos materiales que no son en modo alguno novedosos, por cuanto reproducen lo ya previsto inicialmente en la Directiva 94/45 sobre comité de empresa europeo (y la actual reformada Directiva 2009/38) y en la misma Directiva 2001/86 sobre implicación de trabajadores en la sociedad europea. Asimismo, tampoco eran por lo general unos contenidos que resultaran extraños a la legislación española por cuanto las materias sobre las que la Directiva Marco imponía procedimientos de información y consulta ya estaban recogidas con mayor o menor precisión, a la fecha de su promulgación, en el art.64 ET: cuestiones económicas o estratégicas de la empresa, situación y evolución del empleo en la empresa y medidas preventivas, y decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo.

Sin embargo, la normativa española no contemplaba la necesidad, como así exigía la Directiva Marco, que los derechos de información y consulta sean ejercitados con la suficiente antelación, como condición previa para el éxito de los procesos de adaptación o reestructuración empresarial. Por ello, tras el pronun-

ciamiento de condena por incumplimiento de la obligación de transposición¹, se promulga la Ley 38/2007, de 16 de noviembre por el que se modifica el ET en materia de información y consulta de los trabajadores, procediendo a dotar de mayores dosis de sistematicidad en la ordenación de tales derechos, comenzando con unas definiciones de los mismos que son deudoras de las contempladas en la Directiva Marco, y que tienen la virtualidad de clarificar la funcionalidad última de la información y la consulta, a la vez que la delimitación de los condicionamientos temporales y materiales en que estos derechos han de ejercitarse, habrían de permitir cuanto menos ampliar y definir el alcance en la exigibilidad de los mismos y el cumplimiento por el empresario de sus correlativos deberes.

Pero como se observa, el avance logrado por los derechos de información y consulta, al menos en su tratamiento normativo, se ha producido en el ámbito del ejercicio de tales derechos por los representantes del personal, y más concretamente en el entorno de actuación de medidas empresariales de modificación de condiciones de trabajo o de reestructuración de empresa con afectación colectiva. En contraste, el reconocimiento de un derecho de información a ejercitar individualmente por los trabajadores se encuentra en una situación de estancamiento desde las aportaciones normativas e interpretativas que se produjeron con la Directiva del Consejo 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, y que sin duda ha tenido su reflejo en la escasa conflictividad suscitada en torno al cumplimiento de tal derecho individual y por ende en el reducido número de decisiones judiciales al respecto.

En consecuencia, resulta lógico y obligado que la mayor atención analítica en lo que a la influencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la nacional se refiere en sede de información y consulta, se centre en el entorno de su titularidad y ejercicio donde tal influencia se detecta y resulta por lo demás notoria, esto es, cuando se actúan por los representantes de los trabajadores ante decisiones empresariales de efectos colectivos, y especialmente en supuestos de reestructuraciones empresariales por cuanto sirven de modelo a otras situaciones de reordenación o modificación de condiciones laborales de los trabajadores contempladas por la norma y en donde se evidencia igualmente la relación funcional de la información con la consulta.

¹ La STJCE de 5 de julio de 2007, Asunto Comisión / España, C-317/06, expresó ese pronunciamiento de condena contra España por incumplimiento de la debida transposición de la Directiva Marco 2002/14.

2. LA AFECTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL MARCO COLECTIVO DE EJERCICIO DE DERECHOS INFORMATIVOS Y CONSULTIVOS

Sin duda, la actuación comunitaria en el reconocimiento y consolidación de los derechos de información y consulta en el ámbito de la empresa ha marcado una clara diferencia en el contexto normativo español, siendo posiblemente una de esas destacadas cuestiones donde la influencia comunitaria ha sido con toda seguridad decisiva en el diseño que presenta hoy por hoy el marco jurídico de contemplación de tales derechos y al que no son en modo alguno ajenas las resoluciones judiciales dictadas en torno a cuestiones conflictivas suscitadas por su ejercicio y garantía. Y donde mejor o con mayor detalle se observa este proceso evolutivo es en el plano colectivo, esto es, allí donde los derechos de información y consulta se ejercitan por titulares especialmente cualificados para una actuación funcionalmente asociada.

Más aun, allí donde la información se asocia a procesos consultivos, esto es, a los fines de la operatividad de medidas de flexibilidad interna, de adaptación y de reestructuración (de las contempladas en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET) se encuentra el mejor observatorio para detectar la evidencia de cambios sustanciales en el modo de contemplar el alcance y la finalidad de los derechos de información y consulta, prácticamente en paralelo al proceso que han seguido tales derechos en el ámbito comunitario. En este itinerario es posible diferenciar dos etapas o fases de actuación normativa e interpretativa: una primera donde la limitada ordenación sobre el alcance material y funcional de la información se ve superada, como se ha indicado con anterioridad, por un avance normativo en el reconocimiento de ámbitos en los que resultan exigibles amplios derechos informativos, siguiendo en este punto la propia estela de actuación marcada por las instituciones comunitarias; y una segunda más reciente en el que el peso o el protagonismo en el terreno del afianzamiento y garantía de tales derechos pasa desde la sede normativa a la judicial, donde los tribunales al solventar cuestiones conflictivas derivadas de la aplicación de las normas que contemplan deberes informativos y consultivos van aportando criterios que completan su marco jurídico de ordenación.

En esa inicial fase o etapa en el desarrollo de los derechos de información y consulta, y desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, se ha partido de una primera situación donde la norma por lo general no contemplaba su asociación funcional, y especialmente la instrumentalidad de la información en los procesos de negociación. El listado de materias sobre las que el empresario debía suministrar información, tal y como aparecía desde su primer redactado en

el art.64 ET, no se conectaba funcionalmente con procesos consultivos ante los representantes del personal allí donde dichos procesos estuvieran previstos, de modo que tal información resultaba exigible con independencia de que sirviera o no a fines representativos; y a la inversa pero de forma complementaria, la consulta contemplada en el mismo precepto estatutario se percibía como un derecho autónomo cuyo ejercicio no requería necesariamente la garantía y exigibilidad de determinada información. Esta desconexión funcional de la información con el ejercicio de la consulta, o incluso de otras actuaciones representativas previstas en la misma norma, se reflejaba en resoluciones judiciales de la época que daban forma a un particular criterio, el de la expresividad normativa, conforme al cual la empresa no estaría obligada a aportar aquella información o documentación que no estuviera expresamente recogida por la norma, aun cuando los representantes la solicitaran a los fines de actuar otras competencias o derechos de los que eran titulares². Tan solo la información asociada a la negociación colectiva en virtud del principio de buena fe negocial contemplado en el art.89.1 ET, se beneficiaba del recurso argumentativo a tal principio para exigir al empresario el suministro de aquella información que fuera necesaria a los fines de la negociación. En tales supuestos, solo el criterio de la funcionalidad de la información al servicio del mejor y más eficaz ejercicio del derecho a la negociación colectiva podía actuar como referente para determinar el alcance de la información o documentación que fuera preciso suministrar. Lógicamente este

² Esta doctrina tuvo su origen en el extinto Tribunal Central de Trabajo cuando declaraba que “el derecho de información del comité no debe interferir en lo que es la competencia exclusiva de quien da empleo” (Sentencia de 21 de julio de 1988) debiendo “evitar la intromisión en la facultad de dirección del empresario” (Sentencia de 13 de febrero de 1986), siendo así que “las comunicaciones obligadas y periódicas que la empresa haya de realizar a los órganos de representación o bien están previstas en la ley o han sido introducidas por otra vía normativa, pero con una concreta finalidad que justifique su establecimiento” (Sentencia de 30 de enero de 1986). Una doctrina que fue acogida posteriormente por el TS en sentencias como la de 2 de noviembre de 1999 (recurso núm. 1387/1999), que a su vez ha servido y sigue sirviendo aun de guía interpretativa para limitar el alcance de los derechos de información. Según expresa dicha sentencia, “los derechos de información de los representantes de los trabajadores, propios de los sistemas de democracia industrial, aun teniendo origen en el art.129.2 CE en conexión con el art.9.2 CE y siendo un instrumento imprescindible para que aquellos puedan desarrollar las funciones que le son propias, implican una evidente limitación del derecho de dirección del empresario que también consagra la propia constitución en su artículo 38 y recoge el Estatuto de los Trabajadores en su art.20. Por esa razón se trata de derechos que no son susceptibles de interpretación extensiva (...). El ejercicio del derecho de información no deberá interferir más de lo necesario en lo que es competencia del empresario, ni podrá superar, por ende, los límites fijados por la ley o por el convenio colectivo que puede ampliarlos”.

mismo planteamiento terminó proyectándose allí donde se contemplaban procesos consultivos, como cualificados mecanismos de negociación colectiva, en la procedimentalización de ciertas decisiones empresariales de afectación colectiva y en donde también aparecía la alusión al principio de buena fe negocial (arts. 40, 41, 47 y 51 ET). Estos ámbitos en los que se reconoce la necesidad de un sustrato informativo y documental a los fines de desarrollar esas consultas que pudieran conducir a un acuerdo, posibilitan así fraguar y dar solidez a la conexión entre ambos derechos, a la instrumentalidad de la información para la consulta, en suma, a su asociación funcional dentro del esquema interventor y competencial de los representantes de los trabajadores.

De esta conexión funcional de la información con los procesos consultivos y negociadores como exigencia derivada de la buena fe, se hicieron eco los órganos judiciales españoles abriendo una vía para reconocer derechos informativos con un alcance que fuera de la negociación y la consulta estaba limitado por la observancia de un estricto criterio de la expresividad. Es decir, mientras que los tribunales por lo general han mantenido una postura de estricto ajuste a la literalidad de la norma en cuanto al reconocimiento de derechos de información, no permitiendo que estos se extendieran a materias no expresamente reconocidas o previstas en la norma³, cuando se ha tratado sin embargo de dilucidar sobre requerimientos de determinada información o documentación cara al desarrollo de un proceso consultivo o negociador, el criterio determinante, como a continuación se demostrará, ha sido el de la funcionalidad de la información y su carácter imprescindible para el desarrollo regular de tales procesos conforme a los dictados de la buena fe. En definitiva, la ausencia de una norma que en concreto expresara qué información debiera entregarse a los efectos de una consulta o negociación, ha evitado recurrir a ese criterio de la expresividad normativa de indudable efectos limitativos, para acudir en su lugar al principio

³ Siguiendo esa estela interpretativa iniciada con la citada anteriormente STS de 2 de noviembre de 1999, hay un considerable número de resoluciones judiciales que siguen apoyando y resolviendo de modo invariable que el derecho de información está limitado por la norma que lo contempla expresamente y en consecuencia impidiendo llevar el alcance de las materias acogidas al derecho de información más allá de los términos empleados por los preceptos en los que se regula. Entre muchas otras baste citar en esta línea, las Sentencias del TS de 19 de febrero de 2009 (recurso núm. 6/2008), de 1 de junio de 2010 (recurso núm. 60/2008), de 29 de marzo de 2011 (recurso núm. 145/2010) y de 20 de junio de 2012 (recurso núm. 176/2011); así como las Sentencias de la AN de 28 de octubre de 2010 (proced. núm. 167/2010) y de 9 de abril de 2014 (proced. núm. 31/2014).

de la buena fe como referente a la hora de valorar el alcance material de las obligaciones informativas que se requirieran del empresario⁴.

Tal contexto ha sido precisamente propiciado por esas primeras acciones normativas de la Unión Europea reconociendo derechos de información y consulta con carácter previo a la adopción por el empresario de determinadas medidas, favoreciendo sin duda esta conexión funcional y su arraigo en la norma y la práctica judicial española. De hecho, tal y como se indicó anteriormente, tras el inicial y fundamental impacto de Directivas como la relativa a los despidos colectivos o a la constitución de un comité de empresa europeo, siguió la Directiva Marco de 2002 que jugó un decisivo papel en el reconocimiento de la necesidad de garantizar normativa y judicialmente el ejercicio de derechos de información y consulta en contextos de modificaciones de condiciones de trabajo y reestructuración empresarial de especial relevancia para los trabajadores. Una iniciativa comunitaria que no solo ha forzado a contemplar nuevas definiciones de los derechos de información y consulta en la ordenación jurídica española, sino que también y especialmente ha servido a los tribunales españoles de especial referente interpretativo para apoyar el criterio de la funcionalidad en la resolución de demandas por insuficiente aporte informativo y documental en procesos consultivos abiertos ante medidas de modificación de condiciones o de reestructuración, especialmente en los momentos anteriores a las reformas sufridas en los últimos años por los preceptos estatutarios donde se prevén un periodo de consultas. Tras dichas reformas, y con especial incidencia en la operada por la Ley 3/2012 y las nuevas redacciones en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, se presenta un nuevo escenario normativo donde la información y la consulta se sitúan en un distinto lugar y con un diverso papel en la procedimentalización de ciertas decisiones empresariales de relevancia colectiva, y a partir de este momento en el que queda delimitada la actuación normativa es cuando comienza una segunda fase de claro predominio judicial en la resolución de las cuestiones conflictivas planteadas a raíz de ese nuevo escenario.

⁴ “En el marco de la obligación de negociación de buena fe ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, más tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información”. Cfr. STS de 30 de junio de 2011 (recurso núm. 173/2010). Igualmente, la STS de 16 de noviembre de 2012 (recurso núm. 236/2011) señala que “en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria...”.

El discurrir en la contemplación del periodo de consultas en los despidos colectivos ejemplifica claramente este proceso a la vez que sirve de referente integrador en el resto de instituciones donde se prevén similares procesos consultivos, razón por la cual a continuación se atenderá al análisis particularizado de la información y consulta en sede de despidos colectivos, destacando la base normativa sobre la que se ha actuado judicialmente por los tribunales nacionales en seguimiento del TJUE, para a continuación indicar con la misma finalidad las particularidades que al respecto se presenten en esos otros ámbitos de procedimentalización de medidas empresariales donde se insertan asimismo derechos de información y consulta.

3. LA CENTRALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: ACTUACIÓN NORMATIVA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL

3.1. La trayectoria normativa

Ciertamente, el art. 51 del ET es uno de esos preceptos que por la institución que ordena, ha sufrido diversas e importantes variaciones en su redacción, afectando más a la conceptualización del despido, a la delimitación de sus elementos causales e incluso en los últimos años al procedimiento a seguir, pero escasamente inalterado en lo que a elementos instrumentales de dicho procedimiento se refiere. Al respecto, este precepto ha mantenido por lo general referencias genéricas a la necesidad de acompañar, al escrito de apertura del periodo de consultas, de la documentación necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen, remitiendo pues la labor básica de concreción a una norma reglamentaria que no siempre ha sido excesivamente detallista en la expresión de la información o documentación que la empresa habría de poner a disposición de los representantes de los trabajadores para el desarrollo del periodo de consultas. Tal sucedía por ejemplo con el inicial Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, sobre procedimiento aplicable a expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo⁵, que mantuvo su vigencia durante varios años hasta su derogación

⁵ En este RD únicamente se precisaba que el empresario que pretendiera extinguir contratos de trabajo por “causas económicas o por motivos tecnológicos, comunicará simultáneamente por escrito a los representantes legales de los trabajadores afectados y a la autoridad laboral la fecha

por el RD 43/1996 de 19 de enero, aprobando el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Este nuevo reglamento a la fecha ya incorporaba mayor precisión sobre la documentación a aportar pero dejando abierta la concreción cualitativa y cuantitativa de aquella dirigida a sustentar o justificar las causas alegadas por la empresa⁶.

Los avatares legislativos posteriores con efectos en el art. 51 ET y en su desarrollo reglamentario, podrían haber arrastrado una consecuencia limitativa que precisamente la influencia del TJUE ha podido eludir. Esto es, a mayor precisión normativa sobre el alcance material de la información y documentación que hubiera de suministrarse a los representantes de los trabajadores, aun con la loable intencionalidad legislativa de favorecer el ejercicio de los poderes de consulta y negociación atribuidos a estos últimos, no obstante mayor era el riesgo de que los conflictos suscitados en orden al cumplimiento de las obligaciones informativas por el empresario se resolvieran en sede judicial aplicando el conocido criterio de la expresividad normativa: tan solo existe y es exigible un deber de informar o de suministrar documentación de aquello que la norma expresamente contempla. Este riesgo se proyecta ya con 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

en que comienza el periodo de consultas, acompañando a cada comunicación la documentación justificativa de los hechos que determinan la necesidad de la extinción” (art.10). Y solo en el caso de desacuerdo en el periodo de consultas, iniciándose el expediente administrativo, al escrito dirigido a la autoridad laboral habría de adjuntarse una serie de documentación bien detallada y precisa (relación de trabajadores y afectados, con indicación de datos personales y laborales, memoria explicativa de las causas, documentación económica, informe del comité, informe del Censor jurado de cuentas, e informe de la entidad gestora).

⁶ Este RD 43/1996, indicaba que en la solicitud de inicio del procedimiento se debía contener una memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo, acompañando a estos efectos toda la documentación que a su derecho convenga y particularmente, si la causa aducida por la empresa es de índole económica, la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los últimos tres años, y si son de índole técnica, organizativa o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del despido, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa”. Asimismo tenía que informarse del número y categoría de trabajadores empleados y de los afectados, con criterios de designación, y adjuntar un plan de acompañamiento social en empresa de cinco o más trabajadores.

(que adaptaba el anterior RD 43/1996 de 19 de enero a las disposiciones de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁷) y que incluía toda una extensa previsión de la documentación justificativa que hubiera de suministrarse, diferenciada en atención a la naturaleza de la causa alegada, junto a la mención de esa otra información documentada que resultaba común a todo procedimiento, y la precisión exhaustiva del contenido del plan de acompañamiento social tratándose de empresas de cincuenta o más trabajadores.

La simplificación del régimen procedimental a la hora de adoptar medidas de reestructuración empresarial que el RDL 3/2012, de 10 de febrero provoca en los arts. 47 y 51 ET, genera también una nueva ordenación reglamentaria en la que conviven tanto ampliaciones como reducciones de obligaciones informativas y documentales. En concreto, el nuevo RD 1483/2012 de 29 de octubre, que sustituye y deroga el anterior RD 801/2011, reitera la técnica del listado detallado y exhaustivo de la documentación de diversa naturaleza y alcance que la empresa debe poner a disposición de los representantes del personal, recogiendo y en algunos casos ampliando los contenidos materiales que ya se preveían en la norma reglamentaria precedente⁸, pero también eliminando determinadas obligaciones⁹ en línea con la nueva ordenación causal contemplada en

⁷ La modificación operada en el art.51 ET por la Ley 35/2010 en este punto se circunscribió únicamente a incorporar la obligación en las empresas de 50 o más trabajadores, de acompañar a la documentación iniciadora del expediente de un plan de acompañamiento social que contemple medidas para atenuar las consecuencias del despido sobre los trabajadores afectados. A pesar de ello, las modificaciones efectuadas con carácter general en dicho precepto así como en los artículos 40 y 47, sirvieron como justificación para una nueva norma, con una regulación completa y total del procedimiento a seguir, más que una adaptación de la anterior, tal y como se aduce en la Exposición de Motivos del RD 801/2011.

⁸ Como la documentación mencionada en el art.4.4 del RD 1483/2012 cuando la situación económica negativa alegada por la empresa consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, en cuyo caso se deberá aportar además como documentación aquella fiscal o contable acreditativa de esa disminución durante al menos los tres meses consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación del procedimiento de despido colectivo, así como la misma documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en el mismo periodo de tiempo.

⁹ Así, se elude ya la obligación, impuesta en el RD 810/2011, de incorporar en la documentación a presentar por el empresario, aquella que justifique la razonabilidad de la decisión para contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar la situación de la empresa, o favorecer su posición competitiva en el mercado, así como también una justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa.

art.51 tras la reforma de 2012. Por lo demás, resulta especialmente significativo que desde entonces en su redacción haya desaparecido esa alusión genérica a la información y documentación que fuera necesaria, y se haya incorporado en su lugar una relación ya detallada de extremos sobre los que debe informarse a los negociadores (y también a la autoridad laboral) y que deben aparecer en el escrito de comunicación del periodo de consultas, acompañando a dicho escrito de una serie de documentación (memoria, informes técnicos, documentos contables y fiscales) con la tradicional referencia a la norma reglamentaria de aplicación.

Sin duda, el proceso evolutivo en cuanto a la información y documentación que deba aportarse a los fines de los procesos consultivos previstos ante decisiones de reestructuración, aunque tortuoso, sin embargo ha dado como resultado, al menos hasta ahora, la evidente configuración de un marco de reconocimiento del derecho de información de los representantes del personal en el que aquél ha ganado en garantía y exigibilidad. El listado de aquella documentación que debe ser aportada a efectos de desarrollar un periodo de consultas, elude sin duda interpretaciones variables sobre lo que debe o no aportarse, y que en el pasado solían resolverse bajo criterios de disponibilidad o razonabilidad de la documentación solicitada, pero que aun así no consigue evitar los riesgos de un criterio de la expresividad normativa seguido en extremo.

De hecho, el evidente cambio de opción legislativa, desde una genérica contemplación de la información y documentación que fuera necesaria a todo un detallado listado de cuestiones o aspectos sobre los que debe proporcionarse una información documentada, aun cuando pudiera proporcionar mayor seguridad jurídica en la delimitación de los deberes empresariales y en su exigibilidad, también podría arrastrar como efecto interpretativo que solo en esa relación normativa expresa se circunscribiera la necesaria información y documentación a los efectos de la consulta, lo que evidentemente corría el peligro de limitar el alcance de tales instrumentos. Una inicial conclusión que sin embargo, como después se comprobará, ha sido matizada por cierta orientación seguida entre los tribunales españoles.

3.2. Documentación en periodo de consultas: la proyección práctica y la resolución judicial

Desde la entrada en vigor de la reforma de 2012, los órganos judiciales españoles han conocido con mayor profusión que en el pasado, planteamientos de nulidad de despidos colectivos decididos y adoptados por el empresario recurriendo a tal fin a la causa descrita en el art.124.2.b) de la Ley 36/2011, de 10 de

octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS): “que no se ha realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art.51.2 ET o no se ha respetado el procedimiento establecido en el art.51.7 del mismo texto legal”. Una descripción causal que no solo cubre la ausencia o insuficiencia de información y documentación prevista en el art.51.2 ET o referenciada en este artículo por remisión a la disposición reglamentaria aplicable, sino también posibles incumplimientos del principio de buena fe negocial mencionado también en dicho precepto estatutario. La alusión expresa en la norma a conflictos relativos a la documentación a suministrar, le concede a dicha causa un estatus de reivindicación y defensa autónoma sin tener que recurrir, como en el pasado, al principio de buena fe como refugio argumentativo para instar su esencialidad en el desarrollo del proceso de consultas, aun cuando todavía es posible comprobar ciertos alegatos de mala fe negocial en base a ocultación de datos relevantes¹⁰.

En consecuencia, los requerimientos de información y documentación en el periodo de consultas no precisan ya del principio de buena fe negocial para instrumentalizar su defensa y exigibilidad, pero tal principio, aun dentro de la imprecisión sobre las obligaciones o deberes que comporta, sigue proyectando todo su amparo, y especialmente ahora con mayor frecuencia, como recurso para alegar circunstancias que impiden igualmente el pleno ejercicio y la consecución de la finalidad asociada al periodo de consultas, como comportamientos de no considerar las propuestas efectuadas, mantener posturas inalteradas, dilatar o reducir las reuniones de la comisión negociadora, etc., debiendo no obstante analizarse en cada caso las situaciones concurrentes y el modo en que han discurren las negociaciones.

Centrando pues el apunte a las cuestiones conflictivas relativas al incumplimiento del deber de informar o de suministrar la debida documentación, las situaciones prácticas suscitadas muestran diversas variantes sobre el tipo de documentos o de información que no se ha proporcionado, o sobre su autenticidad o actualidad, etc. De hecho, observando las situaciones fácticas que sustentan reclamaciones e impugnaciones judiciales contra lo actuado en periodos de consulta, resulta imposible reconducirlas a categorías únicas por frecuencia o similitud, esto es, no es posible individualizar dónde hay mayor coincidencia en los planteamientos, si en la ausencia o insuficiencia de tal o cual documento, o en el cumplimiento o no del completo listado documental previsto

¹⁰ Sirva como ejemplo en este sentido la STS 18 de febrero de 2014 (recurso núm.74/2013).

en el ET y/o en la norma reglamentaria, lo que sin duda, por lo demás, no tendría ningún valor analítico. Pero sí lo tiene la determinación o identificación de cuales han sido los criterios de resolución de los tribunales españoles ante demandas de nulidad por este motivo de transgresión de la debida entrega de información documental, por cuanto a pesar del casuismo de partida, el parecer judicial suele ser coincidente, especialmente cuando se incluyen referencias al TJUE como recursos argumentales.

Así pues, sean cuales sean los asuntos litigiosos conocidos por los tribunales españoles relativos a la debida información y documentación en periodo de consultas, es posible individualizar determinadas pautas interpretativas en la resolución de aquellos que son los que a continuación se van a expresar.

3.3. La opción por un criterio antiformalista de valoración: la trascendencia finalista de la información y la documentación

Como punto de partida, y a la vista del amplio listado documental recogido en los artículos 3 y 5 del RD 1483/2012, ante supuestos conflictivos relativos al grado de cumplimiento de los deberes de información, en buena lógica no es esperable asumir un criterio cuantitativo, esto es, derivar la nulidad del despido porque no se han entregado todos y cada uno de los documentos expresados en tales preceptos. Precisamente, en atención a la gravedad o entidad de la consecuencia, esto es, la nulidad del procedimiento y por ende de la medida extintiva que hubiera adoptado la empresa, la circunstancia motivadora que así lo justificara habría de ser de igual trascendencia. Es así como se ha indicado por la jurisprudencia que “no cualquier cumplimiento de los deberes ha de determinar la declaración de nulidad del despido colectivo, pues tal consecuencia solo se ha de producir cuando sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”¹¹, lo que por lo pronto impide establecer una relación automática entre los incumplimientos particulares de la obligación documental por parte de la empresa y la declaración de nulidad del despido¹².

¹¹ Cfr. STS de 27 de mayo de 2013 (recurso núm.78/2012) citando a STS 20 de marzo de 2013 (recurso núm.81/2012), y seguida entre otras por STS 18 de febrero de 2014 (recurso núm. 74/2013), 26 de marzo de 2014 (recurso núm. 114/2014) y 21 de mayo de 2014 (recurso núm. 249/2013).

¹² Como así se advierte en STSJ País Vasco de 16 de septiembre de 2014 (recurso núm. 1507/2014).

Este criterio de la trascendencia del incumplimiento en los derechos informativos o documentales para provocar la nulidad del despido colectivo, a su vez arrastra como consecuencia otros dos razonamientos interpretativos de notorio alcance. Por un lado, un declarado antiformalismo en los requerimientos de información y documentación previstos por la norma, y por otro lado, la atención a la finalidad pretendida por tales requerimientos como referente para valorar la trascendencia de la información.

Por lo que se refiere al primero, se rechaza de plano que todos y cada uno de los documentos listados en la norma reglamentaria gocen de una presunción de esencialidad o trascendencia para el desarrollo del periodo de consultas, o dicho de otro modo, que tales documentos “no tienen valor *ad solemnitatem*”¹³. Los tribunales niegan pues que los términos normativos, sumamente claros por lo demás a la hora de expresar la obligación y su consecuencia¹⁴, deban interpretarse en un sentido imperativo y absoluto, en tanto que habrían de quedar en su caso condicionados al criterio de la necesidad o trascendencia de la información a los fines negociadores. De este modo, donde la norma no distingue, los tribunales adoptan un criterio que rebaja el grado y alcance de la obligación empresarial de suministrar información y con ello, consiguientemente, la consecuencia anudada de nulidad ante el cumplimiento de tal obligación: de la drástica consecuencia de la nulidad han de excluirse aquellas situaciones de consultas donde los documentos no aportados se revelen intrascendentes a los efectos que la norma persigue¹⁵.

Así pues, si la obligación de proporcionar la información y documentación se nutre únicamente de aquella que fuera trascendente, el segundo paso argumentativo sería determinar qué documentos se revelan o pueden calificarse como trascendentes. Es en este consiguiente razonamiento donde se conecta el medio y el fin, de modo que la valoración sobre la trascendencia de una infor-

¹³ STS 27 de mayo de 2013 (recurso núm. 78/2012).

¹⁴ En concreto, el art. 4.2. RD 1483/2012 al señalar que “... el empresario deberá aportar...”, y el art. 124 LRJS precisando que se “declarará nula la decisión extintiva... cuando el empresario no haya... entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET”.

¹⁵ STS citada 27 de mayo de 2013 (recurso núm. 78/2012), seguida entre otras por resoluciones del mismo Tribunal de 18 de febrero de 2014 (recurso núm. 74/2013) y 26 de marzo de 2014 (recurso núm. 86/2012), y por Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (proced. núm. 145/2014) y de 2 de enero de 2015 (proced. núm. 263/2014).

mación se hace depender de su esencialidad para cumplir la función o la finalidad asociada al periodo de consultas, dando así forma a un claro criterio finalista como referente valorativo para identificar cual sea la información o documentación que fuera pertinente para que el periodo de consultas cumpliera sus fines, habiéndose afirmado claramente en este sentido que “la funcionalidad de la documentación y la información para la finalidad de que el periodo de consultas cumpla su objeto de servir como cauce de negociación colectiva, es el principio rector básico para determinar qué documentación es obligatoria”¹⁶.

Esta conexión y en suma la adopción de este criterio finalista no surge de forma espontánea entre la doctrina jurisprudencial española sino que se debe esencialmente al recurso a la jurisprudencia del TJUE recaída de modo particular en conflictos sobre la aplicación de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a despidos colectivos¹⁷.

De hecho, este recurso ha constituido sin duda la causa última del importante cambio acaecido en la doctrina judicial española a la hora de valorar los derechos de información y consulta cuando se vinculan funcionalmente en instituciones como las ordenadas en los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET. En este sentido, desde la doctrina judicial española se acude a la Directiva 98/59 y a la interpretación de la misma ofrecida por el TJUE para dar sentido finalista a los requerimientos de información y documentación contemplados en el art.51 y en la correspondiente norma reglamentaria, y así sustentar argumentativamente que la finalidad de tales requerimientos no es otra que la de posibilitar que los representantes de los trabajadores tengan una información suficiente para poder afrontar el periodo de consultas¹⁸, de donde la información trascendente o perti-

¹⁶ SAN de 12 de junio de 2014 (proced. núm. 79/2014), y seguida en SAN de 2 de enero de 2015 (proced. núm. 263/2014).

¹⁷ En todo caso, el TJCE ya había venido manteniendo igual criterio finalista en el reconocimiento de derechos de información previstos en concreto en la Directiva 94/45 sobre comité de empresa europeo, como se deduce, entre otras, de las sentencias de 29 de marzo de 2001, Asunto Bofrost, C-62/99; y de 15 de julio de 2004, Asunto ADS Anker, C-349/01.

¹⁸ “La principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el art.2.3 de la Directiva 98/59/CE para que ese periodo de consultas a que se refiere el art.2.1 se proyecte sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...”. Cfr.

nente, de obligada transmisión, será aquella que permita que los representantes puedan tener conocimiento de la situación de la empresa y en consecuencia formular propuestas constructivas en tiempo hábil¹⁹. Esta relación funcional de la información a los fines de la consulta no se construye pues sobre condiciones de suficiencia, esto es, simplemente para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, sino en términos de esencialidad o trascendencia, acogiendo pues a aquella información o documentación que en concreto posibilita una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo²⁰.

Desde la perspectiva de preservar el cumplimiento de los fines de la Directiva 98/59 y con ello de los requerimientos de información y consulta que contempla, el TJUE ha afirmado con total claridad que, aun cuando compete a los Estados miembros regular los procedimientos que permita garantizar el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en dicha Directiva, “tal regulación no puede privar de eficacia a sus disposiciones”, y por ende, “al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado que persigue”²¹.

Es pues esta orientación finalista la que ha facilitado que los tribunales españoles por lo general asumieran el mismo proceder y la misma lectura en positivo en relación al derecho de información de los representantes de los trabajadores, y que les ha conducido a eludir limitaciones de la documentación que impidiera el cumplimiento del fin propio de la negociación. Los requerimientos informativos y de documentación se analizan y consideran pues desde la perspectiva del procedimiento negocial al que se funcionalizan, y no desde el planteamiento del

STS de 20 de marzo de 2013 (recurso núm. 81/2012) y seguida a su vez por otras de la misma Sala de 18 febrero 2014 (recurso núm. 74/3013) y de 3 de diciembre de 2014 (recurso núm. 201/2013).

¹⁹ SAN de 29 de julio de 2014 (proced. núm. 145/2014), apoyándose en la STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto Fujitsu, C-44/08. En esta misma sentencia se apoya la STSJ de País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proceso núm. 19/2012), para afirmar que “a la luz de la disposición comunitaria que inspira la interna, el juicio de suficiencia de la información facilitada a los representantes de los trabajadores al iniciarse el expediente, debe realizarse ateniendo a la finalidad esencial que justifica la obligación empresarial”.

²⁰ Tal como se pronuncia la STS de 18 de febrero de 2014 (recurso núm. 74/2013).

²¹ Cfr. STJCE de 16 de julio de 2009, Asunto Mono Car Styling, C-12/08. Citada y seguida en este punto por STSJ Madrid de 11 de julio de 2012 (proced. núm. 32/2012).

deber de informar del sujeto obligado, el empresario, limitado y circunscrito en determinados márgenes formales, aquellos que expresa la norma, y que, como ya se puso de manifiesto anteriormente, ha sido un recurso presentado y utilizado en el pasado para reducir precisamente el alcance de la documentación a proporcionar.

A su vez, la conexión de ambos criterios, el antiformalista y el finalista, necesariamente debe dar lugar a otra lectura en el terreno del reconocimiento de los derechos de información hasta entonces tradicionalmente limitada o inexistente.

Si con anterioridad los tribunales españoles se escudaban en la expresividad normativa para negar solicitudes de información o documentación, por parte de los representantes del personal, que no estuvieran contempladas formalmente en la letra de la norma, la influencia de la doctrina jurisprudencial comunitaria en materia de información y consulta debiera forzar ahora a admitir que los representantes han de poder exigir la aportación de aquella documentación que resulte pertinente o trascendente para la negociación y el desarrollo del periodo de consultas²², aun cuando no estuviera mencionada en la norma legal o reglamentaria.

Este es precisamente el diseño interpretativo trazado por el TJUE a partir de la Directiva 98/59 y en particular de lo previsto en su art. 2.3, donde no solo se detalla cierta información que concreto debe aportarse a los fines de que los representantes puedan formular propuestas constructivas (motivos del despido, número y categoría de trabajadores tanto de los empleados habitualmente como de los que fueran a ser despedidos, período para efectuar los despidos, y criterios de designación de los trabajadores a despedir), sino también requiere que a los mismos fines se les proporcione “toda la información pertinente”, esto es, en un sentido acumulativo y a través de una amplia y genérica referencia.

En consecuencia, aun cuando el art.51 ET y la correspondiente norma reglamentaria recogen con carácter mínimo la misma información que se encuentra

²² Así se admite en SAN de 28 de marzo de 2014 (proced. núm. 44/2014), citando a su vez otras sentencias de la misma AN de 1 de abril de 2013 (proced. núm. 17/2013) y de 4 de abril de 2013 (proced. núm. 63/2013).

detallada en la Directiva 98/59, no puede desatenderse jurídicamente los condicionamientos derivados del debido suministro de la información que fuera pertinente y que también impone la norma comunitaria (art.2). Ciertamente entre las resoluciones judiciales dictadas sobre esta materia se analiza la pertinencia de la información desde el prisma de su funcionalidad al proceso consultivo, pero por lo general dicho análisis se efectúa cuando se discute su debida aportación o los efectos de su ausencia estando tal información o documentación prevista expresamente en la norma²³. Por el contrario, y salvo contadas excepciones²⁴, los tribunales españoles no se enfrentan a la cuestión de si someter al mismo tamiz de la pertinencia aquella información o documentación que no aparece mencionada normativamente. Se observa pues cierta resistencia abandonar o simplemente cuestionar el criterio de la expresividad normativa tan anclado en la tradición jurídica española tratándose de derecho de información.

No obstante, la ausencia de formalidad no solo ha de jugar en favor del empresario obligado a suministrar la información, limitando su deber a la entrega de aquella que fuera pertinente o relevante a los fines negociadores, sino también ha de contemplarse desde la posición de los representantes del personal que pueden ver reconocido su derecho a solicitar la documentación que resulte trascendente en el proceso consultivo aun cuando no estuviera contemplada o detallada expresamente en la norma. Desde la posición de ambos sujetos, el enjuiciamiento o análisis sobre la corrección del suministro informativo vendrá condicionado por la prueba de su suficiencia y/o pertinencia: los representantes deberán acreditar la relevancia de la información o documentación que soliciten en base a que su ausencia ha impedido desarrollar el proceso negociador; y la empresa tendrá que justificar que aquella información o documentación que no hubiera aportado, aun siendo exigida legal o reglamentariamente, no habría impedido que el periodo de consultas alcanzara sus fines.

Así pues, huyendo de un criterio formalista en los requerimientos de información y documentación, y afirmándose su carácter instrumental a los fines del

²³ Sirvan de ejemplo la STS de 27 de mayo de 2013 (recurso núm. 78/2012), matizando las consecuencias de no aportar la documentación “reglamentaria”, para concluir que no comporta la nulidad de la medida si no impidió que el periodo de consultas alcanzara sus fines; o la STSJ Madrid de 11 de julio de 2012 (proced. núm. 32/2012) señalando que la información pertinente, a efectos del procedimiento de consultas, es “sin lugar a dudas la que antes hemos recogido con carácter obligatorio, exigida por el RD 801/2011”.

²⁴ En este sentido, STS de 20 de noviembre de 2014 (recurso núm.114/2014).

desarrollo del periodo de consultas, ante la necesidad de valorar cual sea la información documentada que resulte necesaria y trascendente a tal efecto, la consecuencia obligada para los tribunales españoles no es otra que efectuar un análisis caso por caso: “la nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET”²⁵.

Corresponde posteriormente al análisis particularizado de cada caso concreto y respecto de cada particular negociación desarrollada, valorar si la información y documentación suministrada fue la suficiente para cumplir ese objetivo. Esta contemplación y valoración caso por caso de lo sucedido en cada proceso negociador en torno a la entrega de información y documentación, ha dejado ineludiblemente una diversidad de resoluciones judiciales valorando si la no entrega de tal o cual documento o las ausencias de determinados datos, detalles o informaciones en la documentación entregada, han de considerarse como defectos formales o sustanciales de tal entidad que fueran constitutivos de la nulidad del proceso.

Así por ejemplo, se ha considerado que la finalidad propia del periodo de consultas se incumple por no dar a conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justificaban los despidos, demostrándose una “conducta omisiva en la aportación de esa documentación mínima y la desinformación que produjo de manera inevitable en los representantes de los trabajadores, que afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas”, lo que conducía a la nulidad de la decisión empresarial “teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible”²⁶. Por el contrario, el hecho de que no conste la firma o la identidad de quien ha confeccionado la memoria o el informe técnico no arrastra tal efecto de nulidad porque las causas de la decisión empresarial quedaban detalladamente expuestas en la memoria, permitiendo a la parte social realizar sus observaciones, de oposición o negación, y/o proponer actuaciones paliativas²⁷.

²⁵ STS de 25 junio de 2014 (recurso núm. 273/2013).

²⁶ STS de 20 de marzo de 2013 (recurso núm. 81/2012).

²⁷ STSJ Cataluña de 15 de octubre de 2014 (proceso nº 33/2014), añadiendo que tampoco considera como vicio determinante de nulidad el hecho de que no constara en la información suministrada la indicación sobre las categorías de los trabajadores afectados, por cuanto “podían ser conocidas por la parte social” al referirse a 15 trabajadores afectados de 32 personas.

3.4. Otras circunstancias concurrentes en el periodo de consultas como elementos moduladores de la suficiencia informativa

Aunque en menor presencia entre las resoluciones judiciales, también se ha recurrido a las circunstancias concretas de cada caso para determinar la trascendencia o imprescindibilidad de la información a los efectos de la consulta, y tales recursos contienen elementos valorativos de difícil encaje en el planteamiento normativo. Tal es la crítica que pudiera aducirse cuando se ha alegado la dimensión de la empresa para justificar la ausencia o insuficiencia de una información como es la de los criterios de designación de los trabajadores afectados, en el entendimiento de que no resultaría necesario en situaciones de reducido número de trabajadores²⁸. Se podría coincidir que posiblemente no todos los documentos gozan de esencialidad para el desarrollo de las consultas, pero sin duda no cabe excluir tal esencialidad en virtud del elemento variable del número de trabajadores en plantilla y/o afectados, pues el criterio de la dimensión no es un dato utilizado por la norma para diferenciar el volumen de la información o documentación a entregar, excepto en el supuesto de un despido que afecte a más de 50 trabajadores (obligando en tal caso a incluir en la documentación un plan de recolocación externa, conforme al art.9 del RD 1483/2012), mientras que la indicación de los criterios de designación es un requerimiento informativo destinado a proporcionar garantías de objetividad en la selección de los afectados por el despido y por ende esencial y exigible en todo procedimiento bajo los dictados del art.51 ET.

Asimismo, las circunstancias concurrentes son las que permiten valorar el momento en que la información y documentación se entrega o completa, a la vista de lo dispuesto en el art. 7.1 RD 1483/2012 según el cual “los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5” (art.7.1). Una mención que no contradice aquella otra que se incluye en la Directiva 98/59 y a su interpretación judicial. En este sentido, recuerda el TJUE cómo

²⁸ Como es el caso conocido y resuelto por la STS de 18 de febrero de 2014 (recurso núm. 74/2013), señalando que la concreción de los criterios de designación de trabajadores afectados es una exigencia que “se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues obvio no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que solo tenía 58 empleados, y los despidos afectarían en principio a 24 de ellos –finalmente a 17”.

el art.2.3 de dicha Directiva obliga al empresario a proporcionar la información “durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil”, y de esta disposición se desprende, tal como resuelve el TJUE, que la información puede comunicarse durante las consultas y no necesariamente al inicio de éstas, de lo que también infiere que el inicio de las consultas no puede depender de que el empresario pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información mencionada en la propia Directiva²⁹.

En suma, y conforme a la normativa española podrá exigirse que al inicio de consultas los representantes de los trabajadores cuenten con determinada información preceptiva, pero tal requerimiento debe acogerse bajo las pautas flexibles indicadas por la interpretación judicial para admitir que la información se facilite a lo largo del periodo temporal en que transcurra el proceso consultivo, e incluso que se complete o se aporte cualquier información pertinente en las fases finales del periodo de consultas, siempre que ello no perjudique o impida la negociación misma³⁰.

Centrando pues la garantía en el debido suministro de la información durante el periodo de consultas, sobre el empresario pesa la carga de demostrar la imposibilidad de aportar o completar no solo la contemplada por la norma³¹, sino también toda aquella que fuera preceptiva o pertinente. En este punto no puede olvidarse que la obligación de iniciar el periodo de consultas y de darle el contenido que requiera su finalidad, facilitando la información y documentación necesaria e imprescindible, se impone de forma indubitada al empresario y corres-

²⁹ STJCE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Akavan v. Fijitsu Siemens, C-44/08. Por lo demás, esta sentencia hacía suyas las conclusiones del abogado general que reclamaba como “indispensable cierta flexibilidad dado que por una parte dicha información puede llegar a estar disponible en diferentes momentos del proceso de consulta, lo que implica que el empresario tenga la posibilidad y la obligación de completarla durante dicho proceso. Por otra parte, debe proporcionar hasta el último momento de la consulta cualquier nueva información pertinente”.

³⁰ Este es el sentido asumido a título de ejemplo por la STS de 18 de julio de 2014 (recurso núm. 303/2013) al afirmar que “la mera circunstancia de que la documentación no se aporte completa al inicio del periodo de consultas no vicia de por sí el procedimiento de despidos colectivos a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla su finalidad”.

³¹ En tal sentido, Sentencias de la AN de 28 de marzo de 2014 (proced. núm. 42/2014) y de 13 de junio de 2014 (proced. 77/2014).

ponde pues a éste la carga de la prueba de que se han adoptado las medidas y actuaciones necesarias para darle cumplimiento formal, material y finalísticamente, esto es, de que se han mantenido las negociaciones en forma hábil, durante el tiempo necesario, con la documentación requerida para entender cumplimentados los requerimientos normativos, pues en caso contrario se deduce la declaración de nulidad de la decisión adoptada³².

En consecuencia, y en su caso, la empresa tendrá que demostrar la causa objetiva o razonable que le impidiera entregar determinada información relevante en ese momento o incluso en uno posterior³³, debiendo pues valorarse según las circunstancias concretas si el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación informativa ha imposibilitado el desarrollo del periodo de consultas y la consecución de su finalidad última.

Pero la contemplación particular de cada proceso negociador, dentro de un planteamiento general de buena fe negocial, termina por esconder la esencialidad o la trascendencia de la información en los comportamientos de sus sujetos destinatarios en el curso de la negociación, hasta el punto de que la conducta del empresario que inicialmente podría calificarse de incumplidora encuentra cierta “subsanción” por efecto de una presunta aceptación y conformidad por parte de los representantes de los trabajadores respecto de la información o documentación entregada.

En efecto, algunas resoluciones judiciales, en una interpretación no exenta de riesgos y de graves implicaciones, proceden nuevamente a rebajar los requerimientos informativos cuya carencia o insuficiencia aparece como causa de nulidad bajo los términos del art.124 LRJS, aduciendo una exigencia no deri-

³² En este sentido sobre la carga de la prueba del empresario de que ha dado por cumplimentados los requisitos exigidos por la norma, vid. Sentencias del TS de 30 de junio de 2011 (recurso núm. 173/2010), y de 16 de noviembre de 2012 (recurso núm. 236/2011), seguidas entre otras por STSJ Cataluña 2 de julio de 2013 (recurso núm. 590/2013), STSJ La Rioja de 3 de octubre de 2013 (recurso núm. 170/2013), STSJ Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2015 (recurso núm. 215/2015) y STSJ Cantabria de 29 de mayo de 2015 (recurso núm. 202/2015).

³³ Como en el supuesto resuelto por la citada SAN de 28 de marzo de 2014 (proced. núm. 44/2014), en el que la empresa no entregó las cuentas provisionales “limitándose a manifestar, cuando fueron requeridas por los demandantes, que no podría entregarlas hasta que concluyera el ejercicio, por lo que debemos concluir que ni ha probado ni ha intentado probar la concurrencia de causas razonables que le impidieran cumplir con su obligación informativa”.

vada de la expresividad de tal precepto. En concreto, se aduce que para poder invocar la falta de información o documentación como causa de nulidad es necesario que tales carencias se hayan planteado por la representación de los trabajadores en el periodo consultivo a fin de que los defectos se subsanen adecuadamente, llegando a recurrir como base justificativa de tal argumento a la conexión de los apartados 2.b) y 13.a) del art.124 LRJS³⁴. En este punto, no se llega a entender la relación de la previsión relativa a que los representantes deban ser demandados si han dado su conformidad a una medida extintiva que se impugna por preferencias atribuidas a determinados trabajadores (apartado 13.a) art.124), con aquella otra que refiere a la no entrega de documentación como motivo de impugnación (apartado 2.b del mismo precepto), pues a la condición de demandados en modo alguno puede equiparse una presunta actitud de complacencia o admisión hacia las conductas o decisiones adoptadas durante el desarrollo del proceso consultivo. No es pues una argumentación jurídica que haya tenido especial predicamento entre las resoluciones judiciales, aunque sí por el contrario ha encontrado un cierto eco esa construcción teórica que termina condicionando el resultado de nulidad por no entrega de la documentación a lo sucedido en el periodo de consultas. Considerando, como no puede ser de otro modo, que el periodo de consultas es el momento adecuado para disponer de la información relevante, también lo es para reclamarla, y si así no se hizo, no cabría posteriormente solicitar la nulidad de la medida por falta de documentación³⁵. En suma, aquello que inicialmente podría calificarse como un incumplimiento del deber de negociar, termina convalidándose por la actuación omisiva de los representantes (al no ser alegada en el momento de las consultas a efectos de su subsanación)³⁶ deduciendo de tal actuación la falta de relevancia de la

³⁴ “Si la representación de los trabajadores no pone reparo alguno a la información proporcionada, luego no pueden los posibles defectos habidos invocarse como causa de nulidad en sede judicial. Y ello sin perjuicio de la carga que en el proceso tiene el empresario en orden a acreditar la existencia de la causa objetiva invocada para despedir, acreditación que si está ayuna de la información debida sí dará lugar, no a la nulidad, sino a la injustificación de la decisión adoptada”. Cfr. SAN de 29 de julio de 2014 (procedimiento núm. 145/2014), citando a su vez a SAN de 31 de enero de 2014 (proced. núm. 357/2013) y SAN de 11 de noviembre de 2013 (proced. núm. 288/2013).

³⁵ Sentencias de AN de 20 enero de 2014 (proced. núm. 340/2014) y de 30 de julio de 2014 (proced. núm. 161/2014).

³⁶ STSJ Madrid de 7 de octubre de 2014 (proceso núm. 515/2014), resolviendo que un defecto así convalidado (la no entrega de las cuentas provisionales), en consecuencia “no supuso un incumplimiento del deber de información ni impidió el desarrollo de la negociación”.

documentación o la información para el proceso negociador. Si conforme al criterio antiformalista solo era exigible aportar aquella información, aun mencionada en la norma, imprescindible para desarrollar el periodo de consultas, de ello se hace derivar que la información no aportada resultaba innecesaria a tales efectos cuando, aun siendo conocida, no es reclamada por los representantes de los trabajadores³⁷.

Conforme a este criterio interpretativo y resolutivo presente en buen número de resoluciones judiciales, se ha considerado pues suficiente la documentación aportada por la empresa cuando no consta en el acta de reuniones “manifestación alguna por parte de los trabajadores sobre insuficiencia o extemporaneidad” de la información suministrada por la empresa sobre criterios de asignación³⁸.

Asimismo, y aun admitiendo que la información suministrada en el curso de la negociación podría considerarse insuficiente, sin embargo se concluye en que la misma fue asumida sin dificultad por el banco social y finalmente permitió que se desarrollara el proceso negociador y que se alcanzará el acuerdo³⁹. Misma solución incluso en el caso de que quedara acreditada que no se aportó ninguna documentación pero se llegó a un acuerdo⁴⁰.

En definitiva es la actitud omisiva o complaciente de los representantes del personal en el curso de la negociación, no solicitando de forma clara y expresa

³⁷ Al respecto, Sentencias del TS de 27 de mayo de 2013 (recurso núm. 81/2012) y de 19 de noviembre de 2013 (recurso núm. 78/2013), seguidas a título de ejemplo por la SAN de 2 de enero de 2015 (proced. núm. 263/2014): “al no haberse reclamado por la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas documentación alguna de la que ahora se dice que no fue entregada, siendo documentación cuya existencia conocían los trabajadores durante el periodo de consultas y que pudo ser reclamada, no se afectó al derecho a la negociación colectiva y por consiguiente no concurre causa de nulidad”.

³⁸ STS de 18 de febrero de 2014 (recurso casación núm. 74/2013).

³⁹ Cfr. STS de 25 de junio de 2014 (recurso de casación núm. 273/2013), criticando que el recurrente se “limitara a defender un criterio de formalismo puro y de automaticidad de la calificación de nulidad, sin ahondar en la verdadera realidad del contenido de la etapa de negociación”.

⁴⁰ Supuesto conocido por SAN de 30 de julio de 2014 (proced. núm. 161/2014) reconociendo que las consultas se redujeron a una sola reunión en la que no se aportó documentación y los negociadores reconocieron la concurrencia de la causa y la adecuación de la medida, con la excepción del sindicato demandante que no exigió documento alguno ni negó las causas o su adecuación, limitándose a oponerse a firmar el acuerdo.

la entrega de la documentación o no interpelando contra la insuficiencia de la suministrada, la que conforme a criterio jurisprudencial valida los comportamientos incumplidores de la empresa respecto de sus obligaciones derivadas expresamente de la norma o implícitamente del principio de buena fe negocial, impidiendo en suma que de las mismas se derive una declaración de nulidad para la medida o decisión así adoptada.

Cierto es que debe reclamarse una actuación mínimamente coherente entre las conductas desarrolladas durante el periodo de consultas y las posteriores a ésta, no resultando admisible reclamar posteriormente aquello que no se pidió en el momento y lugar debido a tal fin, pero no es una regla que deba sin más generalizarse para terminar aceptando toda insuficiencia o carencia en la aportación documental pues tal resultado conduce en última instancia a reducir las obligaciones del empresario, lo que no se acomoda a las exigencias derivadas de la normativa comunitaria en sede de despidos colectivos⁴¹. Recuérdese que la Directiva tiene como finalidad garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros en los casos de despidos colectivos y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad, y sobre esa protección mínima los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables, pero no reductoras o limitativas, obstaculizando tal protección garantizada⁴². Debe pues valorarse el conjunto de las conductas desarrolladas durante el periodo de consulta a la luz del procedimiento y de su propia finalidad, para evitar erigir un determinado comportamiento o la omisión del mismo en factor condicionante de la regularidad de un proceso en el que ha habido un incumplimiento de los deberes informativos por el empresario, si el recurso a tal criterio no va acompañado de una demostración o garantía reforzada del respeto debido a la buena fe negocial y de que ambas partes se han conducido en todo momento conforme a los requerimientos exigidos por tal principio.

⁴¹ “El art. 2 de la Directiva se opone a una normativa nacional que reduce las obligaciones del empresario que tiene la intención de proceder a despidos colectivos con respecto a las obligaciones establecidas en dicho art.2”. Cfr. TJCE de 16 de julio de 2009, Asunto Mono Car Styling, C-12/08.

⁴² Entre otras, Sentencias TJCE de 8 de junio de 1994, Asunto Comisión v. Reino Unido, C-383/92; y de 18 de enero de 2007, Asunto Confédération générale du travail, C-385/05.

3.5. Los condicionantes de buena fe en el periodo de consultas

Finalmente, debe también apuntarse cómo el criterio antiformalista sobre los requerimientos normativos de información y documentación, llega asimismo al propio desarrollo del proceso consultivo o de negociación, para revalorizarse desde las resoluciones judiciales el contenido real de la negociación más que su pura formalidad. Todo lo que acontece particularmente durante dicho proceso (reuniones, propuestas, información aportada, etc.) se analiza desde la perspectiva de su instrumentalidad para desarrollar una verdadera negociación entre empresa y representación de personal, y no a los fines de cumplir un mero trámite. De ahí que no sean tan solo defectos formales sino también aquellos otros de naturaleza sustancial los que deben tenerse en cuenta en la valoración del periodo de consultas con vistas a concluir si efectivamente se ha desarrollado tal periodo a los fines perseguidos, partiendo para ello de la consideración básica y absolutamente esencial, tal y como ha afirmado la jurisprudencia del TJUE, de que con el periodo de consultas ordenado en la Directiva 98/59 se está imponiendo una auténtica obligación de negociación⁴³. En otros términos, constituyendo el periodo de consultas un verdadero proceso de negociación en el que ambas partes deben negociar de buena fe, no es posible contemplar el periodo de consultas como un mero requisito de forma, sino como una obligación procedimental que debe nutrirse de conductas activas conducentes a procurar el cumplimiento de sus objetivos⁴⁴.

Se erige pues la buena fe negocial en el periodo de consultas como marco de referencia conforme al cual reclamar determinado comportamiento ético de corrección y lealtad que facilite el normal y adecuado desarrollo de las negociaciones, a los efectos pretendidos y deseados de llegar a un acuerdo lo menos gravoso posible para ambas partes⁴⁵.

⁴³ Cfr. STJCE de 27 de enero de 2005, Caso Junk Khunel, C-188/03, citada a su vez por varias resoluciones judiciales españoles, como STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proceso núm. 19/2012) o la STSJ Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013 (proceso núm. 5/2013) para apoyar que el periodo de consultas es un verdadero proceso de negociación guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe”.

⁴⁴ En este sentido se pronuncian resoluciones como la STS de 16 de noviembre de 2011 (recurso núm. 236/2011), la anteriormente citada del TSJ Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013, o la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012 (recurso núm. 11/2012).

⁴⁵ Entre otras, STSJ Madrid 9 de diciembre de 2014 (recurso núm. 793/2014).

El problema valorativo y en suma resolutivo en este particular tema del alcance de las conductas requeridas en el proceso consultivo, se encuentra precisamente en la delimitación del contorno de lo jurídicamente exigible, considerando que esa obligación de negociar no se traduce en un deber de aceptar las reivindicaciones o propuestas de la contraparte y alcanzar un acuerdo, pero sí de mantener una actitud abierta y un comportamiento propicio a la negociación. Se hace pues obligado analizar en cada caso concreto el alcance de las respectivas posiciones de las partes y el modo en el que ha discurrido el periodo consultivo en su conjunto para constatar en su caso la concurrencia de la buena fe negociadora⁴⁶. Y de ahí pues el valor de las circunstancias concurrentes, pero sometidas al prisma analítico de la consecución del fin del periodo consultivo, que se irradia en las resoluciones judiciales sobre cumplimiento u omisión de un verdadero periodo de consultas.

Como primer requerimiento, y así es confirmado por la doctrina judicial comunitaria, se exige que el periodo de consultas tenga lugar en tiempo hábil, una vez proyectada y formalizada desde la empresa la intención de realizar despidos colectivos, y no cuando, por un lado, la decisión está en estudio o las extinciones son solo una probabilidad, pues en tales casos no se conocen los factores y elementos esenciales para la consulta y en consecuencia no puede conseguirse su objetivo; o bien cuando, por otro lado, ya se ha adoptado una decisión que cierre toda posibilidad a examinar posibles alternativas para intentar evitar los despidos, eludiendo asimismo la consecución de la finalidad de la consulta⁴⁷.

Adicionalmente, y por lo que se refiere a la estricta formalidad de tal periodo, cierto es que la norma no impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de la mismas, por lo que habrá que analizar cada particular proceso de negociación y derivar los comportamientos efectuados u omitidos en el mismo, para confirmar en su caso “la efectiva posibilidad de

⁴⁶ En tal sentido, la STS de 19 de mayo de 2015 (recurso casación udd. núm. 286/2014).

⁴⁷ Consiguientemente, “el procedimiento de consulta debe iniciarse por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos”. Cfr. STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto Akavan v. Fujitsu Siemens, C-44/08. Asimismo, STJCE de 27 de enero de 2005, asunto Junk v. Kühnel, C-188/03, afirmando que el objetivo de la Directiva (evitar extinciones o reducir su número) quedaría amenazado si la consulta a los representantes de los trabajadores fuera posterior a la decisión del empresario.

que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuesta o mostrando su rechazo”⁴⁸.

De este modo, la circunstancia de que se programen o celebren varias reuniones, o se aporte una mínima o exigua información, no da validez a un periodo de consultas cuando en el curso de las mismas no se ha negociado realmente con la intencionalidad de adoptar, en su caso, un acuerdo. Es decir, no se ha dado un mínimo de cumplimiento a la finalidad procedimental del periodo de consultas⁴⁹.

Las actitudes contrarias o no propiciatorias a la negociación, manteniendo posiciones cerradas e inflexibles, o la ocultación de circunstancias empresariales de decisiva influencia en las posibilidades de acuerdo, aparecen como los principales motivos acogidos entre las resoluciones judiciales para derivar una ausencia real de negociación que vicia el periodo de consultas al impedir el cumplimiento de sus fines⁵⁰, y con ello la declaración de nulidad del procedimiento mismo y de las medidas acordadas por el empresario a resultados del mismo.

⁴⁸ Cfr. STS de 30 de junio de 2011 (recurso núm. 173/2010), seguida entre otras por STS de 16 de noviembre de 2012 (recurso núm. 236/2011), STSJ Madrid de 9 de diciembre de 2014 (recurso núm. 793/2014), la STSJ Cataluña de 7 de abril de 2014 (recurso núm. 649/2014) o la de STSJ Andalucía (Sevilla) de 16 de abril de 2015 (recurso núm. 622/2014) que declaró nulo el despido por cuanto la empresa “se limitó a cumplir formalmente con las formalidades del despido colectivo, sin ninguna voluntad de negociar y sin la más mínima intención de reducir los efectos del despido colectivo planteado”.

⁴⁹ “No basta la apertura del periodo de consultas y la celebración de reuniones desprovistas de contenido real para entender que concurre buena fe”, cfr. STSJ Cataluña de 13 de junio de 2012, citando a su vez la STC 107/2000 de 5 de mayo, la STSJ Cataluña de 31 de enero de 2003 (recurso núm. 7209/2002), y STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (recurso núm. 17/2012). A contrario sensu, se considera que existe verdadera voluntad negociadora cuando se aportan propuestas concretas por parte de la empresa y constan celebradas varias reuniones. Cfr. STS de 25 de septiembre de 2013 (recurso núm. 3/2013).

⁵⁰ La jurisprudencia del TS desde antiguo venía ya señalando como una manifestación y obligación derivada de la buena fe la expresión durante el periodo de consultas de un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones. Entre otras, sentencias de 3 de febrero de 1998 (recurso núm. 121/79) y 1 de marzo de 2001 (recurso núm. 2019/2000).

Tal ha sido la resolución final en el supuesto, por ejemplo, en que no se ha justificado detalladamente por la empresa sus negativas reiteradas a propuestas concretas de la representación del personal, unido a que la posición de la empresa se mantuvo inalterada en el curso del periodo, desde su inicio hasta su término⁵¹. En la misma línea, cuando la empresa se limita a exponer su posición, inamovible, resultando el acuerdo solo factible si los trabajadores admitían tal posición, aceptando los términos ofrecidos por la empresa⁵². O en el caso de celebrarse una sola reunión en la que se aporta la documentación en un CD, y sin solución de continuidad la empresa da por finalizado el periodo de consultas y procede a extinguir los contratos en esa misma fecha⁵³. La misma conclusión de inexistencia de un periodo real de negociación se deriva por el hecho de que solo se dio una documentación (cuentas auditadas) casi finalizado el periodo de consultas, deduciendo así la posición invariable de la empresa, contraria a su obligación de negociar⁵⁴.

Asimismo, los tribunales españoles no han dudado en juzgar como una actuación contraria a la buena fe negocial, el comportamiento del empresario notificando a los trabajadores afectados la extinción de su contrato laboral con anterioridad a la terminación del proceso negociador⁵⁵. En línea con el criterio

⁵¹ STSJ Cataluña de 15 de octubre de 2014 (proceso núm. 33/2014), citando en apoyo otra sentencia de la misma Sala de 13 de junio de 2012 que precisa cómo el deber de negociar de buena fe en el periodo de consultas implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, y por tanto no se cumple cuando se mantiene únicamente una oferta definitiva e irrevocable. En el mismo sentido de reclamar un esfuerzo sincero de aproximación de posturas, STSJ Cantabria de 23 de julio de 2014 (recurso núm. 47/2014) y las resoluciones judiciales en ella referenciadas.

⁵² STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (proceso núm. 17/2012), precisando que “obviamente tal postura no constituye una negociación, proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del periodo de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas”.

⁵³ STSJ Murcia de 25 de mayo de 2015 (recurso núm. 1/2015).

⁵⁴ STSJ Madrid de 9 de diciembre de 2014 (recurso núm. 793/2014).

⁵⁵ Distinto es el caso en que tal notificación se produce cuando no han transcurrido treinta días desde el inicio de periodo de consulta pero sí se ha alcanzado acuerdo. Al respecto, vid. por ejemplo la SAN de 14 de septiembre de 2014 (proced. núm. 136/2012), confirmando que no agotar

interpretativo seguido por el TJUE en esta concreta temática⁵⁶, se ha afirmado pues con suma contundencia que tal comportamiento desnaturaliza el proceso de consultas, al afectar a la propia finalidad del trámite, y viciando en consecuencia de nulidad la decisión extintiva⁵⁷. Iguales consideraciones se expresan en supuestos de negociaciones paralelas con los trabajadores afectados por parte de la empresa, por cuanto tal medida vacía de contenido el proceso negociador del periodo de consulta, impidiendo por consiguiente que dicho periodo alcance sus objetivos⁵⁸.

el plazo citado no puede comportar de ningún modo la nulidad del despido porque el art.124.9 LRJS solo contempla la nulidad cuando se infringe el procedimiento regulador en el art.51.2 ET, pero no cuando ya ha finalizado el proceso de consulta al alcanzarse un acuerdo.

⁵⁶ “El efecto útil de la obligación de negociación quedaría amenazado si el empresario tuviese el derecho de extinguir los contratos durante el procedimiento, o incluso desde su inicio”, de tal modo que “la extinción del contrato de trabajo solo puede efectuarse con posterioridad a la clausura del procedimiento de consulta, a saber, después de que el empresario haya respetado las obligaciones establecidas en el art.2 de la Directiva”. Cfr. STJCE de 27 de enero de 2005, Asunto Jun v. Kühnel, C-188/03.

⁵⁷ STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (proceso núm. 19/2012), considerando que la comunicación desde el primer momento (ya antes de la primera reunión) de su decisión de despido a los trabajadores afectados, no solo hurtó a la negociación colectiva la materia referida al número de contratos a extinguir, cuando tal cuestión forma parte del contenido mínimo del periodo de consultas, impidiendo a la representación debatir y formular propuestas, sino que también tal comportamiento violentaba las reglas de la buena fe “pues su finalidad fue la de llevar al ánimo de los afectados y de sus representantes que la extinción anunciada tenía carácter firme, sin posibilidad de discusión alguna en cuanto al número y a la identidad de los trabajadores afectados”. En el mismo sentido, STSJ Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2015 (recurso núm. 215/2015), afirmando que un comportamiento de tal naturaleza por parte del empresario, “haya constituido un mero error o una auténtica decisión estratégica, lo cierto es que la misma ha generado un impacto susceptible de manera objetiva y por sí solo de afectar al proceso negociador, perturbando las posición de equilibrio entre las partes, y la paz social y la buena fe que deben presidir el proceso”.

⁵⁸ En este sentido SAN de 24 de octubre de 2012 (proced. núm. 174/2012) afirmando que en tales casos, “ni es posible evitar ni reducir los despidos colectivos, ni es posible tampoco atenuar sus consecuencias, ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva”. Por el contrario, cuando la empresa ha llegado a acuerdos individuales con trabajadores, pero una vez finalizado el periodo de consultas, no cabe declarar la nulidad por cuanto “no se han impedido ni aun entorpecido los objetivos de la negociación”. Cfr. STSJ Cataluña de 25 de octubre de 2012 (proceso núm. 33/2012).

En un plano inverso, la atención a las circunstancias concurrentes sirve igualmente para admitir una negociación de buena fe aun cuando no se han atendido las reivindicaciones del banco social⁵⁹ o no se haya efectuado ninguna concesión⁶⁰.

En definitiva, observando en concreto la posición de las partes en la negociación, del mismo modo que no poner en evidencia los defectos formales relativos a la información y documentación podría calificarse de contrario a la buena fe comercial si posteriormente se pretenden aducir como causa de nulidad, también determinados comportamientos de la parte empresarial habrían de calificarse como meramente formales y por tal razón sin que puedan avalar el respeto por la norma. La apariencia de cumplimiento del condicionamiento procedimental no esconde en última instancia la ausencia de una real negociación que no ha cumplido su finalidad, esto es, considerar las posibilidades de evitar o reducir las medidas propuestas de afectación colectiva y de atenuar sus consecuencias.

4. EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA INFORMACIÓN Y CONSULTA EN OTROS PROCESOS E INSTITUCIONES DE AFECTACIÓN COLECTIVA

Las anteriores señas de identidad que muestra la elaboración jurisprudencial sobre la esencialidad de los requerimientos procedimentales e instrumentales en los procesos extintivos, y nacida precisamente ante la proliferación de situa-

⁵⁹ STSJ Galicia de 21 de noviembre de 2012 (proceso núm. 22/2012), afirmando en tal supuesto que la circunstancia de que no se tomaran en consideración las únicas reivindicaciones de los representantes relativas a prejubilaciones y suspensiones de contratos no implicaba que el empresario hubiera hecho del periodo de consultas un mero formalismo, al efectuarse un cruce de propuestas y contrapropuestas, y consiguientes tomas de posición de unas y otras, con independencia de que las negociaciones finalizaran en acuerdo.

⁶⁰ “El solo hecho de no efectuar una concesión no es, por sí solo y de forma aislada, ejemplo de mala fe. En negociación nadie está obligado a hacer concesiones... Efectuar una concesión o lograr un acuerdo es algo que corresponde en exclusiva decidir a cada una de las partes, porque eso es precisamente la autodeterminación que caracteriza en esencia la negociación”. Cfr. STSJ Madrid de 7 de octubre de 2014 (proceso núm. 515/2014), citando otra sentencia de la misma Sala de 17 de junio de 2014 (recurso núm. 11/14).

ciones conflictivas al albur de la reforma de 2012, se extienden cual reguero de pólvora entre las resoluciones que analizan iguales situaciones pero en otros ámbitos la regularidad y corrección de ciertas decisiones empresariales de afectación colectiva que se someten igualmente a la negociación con los representantes del personal, trasladando así a procesos consultivos abiertos en el seno de medidas de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensiones contractuales o inaplicaciones de convenio las mismas consideraciones sobre la relevancia instrumental de determinada información y documentación en atención a los fines del correspondiente periodo de consultas.

Pero dicha derivación se produce por obra directamente de los tribunales españoles, sin contar a tal efecto con resoluciones judiciales comunitarias que sirvieran de referente o de recurso argumentativo para tal actuación, ante la lógica ausencia de Directivas que, al modo ordenado para los despidos colectivos, dispusieran similares obligaciones de información y consulta ante medidas de cambio o reordenación en las condiciones de trabajo como las contempladas en los arts. 40, 41, 47 y 82.3 ET.

Y en dicho proceso de extensión de los criterios interpretativos sobre información y consulta en sede de despidos colectivos a estos otros ámbitos donde también se desarrollan mecanismos de negociación, la cuestión que ha requerido más atención analítica ha sido precisamente la documentación o información que deba suministrarse a tal fin, lo que sin duda se debe al particular peso que aún mantiene el criterio de la expresividad normativa entre los tribunales españoles en esta particular temática.

De hecho, el principal escollo que han debido resolver para afirmar la esencialidad de la información y su obligada aportación en otros procesos consultivos distintos de los de extinción del contrato, ha sido el de la contemplación normativa de tal información, pues a diferencia de lo previsto en el art.51 ET, los preceptos reguladores de esas otras instituciones no precisan qué documentación debe ser aportada⁶¹. Esta circunstancia se hace patente de forma especial tratán-

⁶¹ “Los arts. 40, 41, 47 y 82.3 ET no contemplan, a diferencia del art.51.2 ET, la entrega de documentación, lo que no deja de ser llamativo por cuanto la negociación del periodo de consultas es una negociación informada, entendiéndose como tal aquella en la que la representación legal de los trabajadores dispone de la información necesaria para hacerse una composición del lugar sobre la situación que le permita contra ofertar eficientemente en tiempo hábil, de conformidad con lo dispuesto en el art.64.1 ET”. Cfr. SAN de 30 de marzo de 2015 (proced. núm. 364/2014).

dose de modificaciones sustanciales colectivas dado que concentran un importante número de supuestos conflictivos que son conocidos por los órganos judiciales españoles, frente a la práctica ausencia de resoluciones que solventan cuestiones relativas a la información y consulta en sede de movilidad geográfica e inaplicación de convenio⁶², y excluyendo a los procesos de suspensiones contractuales que se someten a la misma norma reglamentaria (RD 1483/2012), y por ende a igual procedimiento e idénticos requerimientos instrumentales que el despido colectivo⁶³, por lo que la traslación de la doctrina judicial española sobre la información y consulta en procesos del art.51 ET, sustentada a su vez en la de origen comunitario, resulta una consecuencia lógica e ineludible⁶⁴.

Efectivamente, el art.138.7.4 LRJS prevé la declaración de nulidad de la medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo que se haya realizado eludiendo las normas relativas al periodo de consultas del artículo 41 ET, pero este precepto no recoge previsión alguna sobre la información o documentación que deba suministrarse a efectos del periodo de consultas y cuya insuficiente o ausente aportación pudiera conducir a tal declaración de nulidad. Una omisión legal o reglamentaria que inicialmente y desde determinadas posiciones judiciales se contempla como una seria dificultad para el análisis de ajuste a derecho que tradicionalmente se ha sustentado, en materia de información y consulta, en ese criterio de la expresividad normativa⁶⁵. En otros términos, ante los supuestos previstos en el art.41.2 ET los tribunales no podrían sencillamente

⁶² Véase por ejemplo SAN de 19 de junio de 2013 (proced. núm. 211/2013) donde se reproduce y aplica en extenso la misma doctrina judicial en una situación de inaplicación de convenio del art.82.3 ET.

⁶³ El art. 17 del RD 1483/2012 lista aquellos documentos que deben acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas conforme al art. 47 ET y que vienen a coincidir con los extremos que han de justificarse también para los despidos colectivos, exceptuando la mención y correlativa justificación documental del periodo en que se aplicarían las medidas de suspensión o reducción de jornada. Asimismo, se efectúa una remisión a la documentación justificativa que la empresa debe aportar en despidos colectivos, de donde se reconoce prácticamente un principio de igualdad informativa y documental entre el art. 51 y el 47 ET.

⁶⁴ Abordando el análisis de la debida información y documentación en procesos de suspensión por causas económicas, Sentencias de AN de 1 de abril de 2013 (proced. núm. 17/2013) y de 6 de septiembre de 2013 (proced. núm. 204/2012); STSJ Asturias de 27 de diciembre de 2013 (recurso núm. 2075/2013).

⁶⁵ En este sentido resulta absolutamente ejemplificativa, pero también excepcional entre las resoluciones judiciales recaídas en esta concreta materia, la SAN de 19 de marzo de 2013 (proced. núm. 21/2013) considerando que “no puede imponerse mecánicamente, como requisito constitu-

resolver demandas de ausencia o insuficiencia de información recurriendo al alegato de que no es exigible aquella información que no estuviera definida normativamente, como así se ha resuelto en otras ocasiones bajo el imperio de tal criterio en sus expresiones más extremas. Antes bien, los requerimientos causales que la empresa ha de alegar y demostrar como justificación de las medidas proyectadas, y consiguientemente la centralidad que goza el periodo de consultas en la institución ordenada en el art.41.2 ET, han obligado a los tribunales a eludir los dictados de un estricto criterio de expresividad normativa, a asumir que la omisión legal no comporta en absoluto que las empresas estén eximidas de aportar documentación, y por tanto se inclinan a acoger un criterio antiformalista que en definitiva les ha conducido a revalorizar la funcionalidad de la información para el cumplimiento eficaz de las consultas. Sin embargo, no siempre los tribunales españoles al resolver este tipo de cuestiones conflictivas suscitadas al amparo del art.41.2 han seguido el mismo camino argumentativo.

En concreto, en lugar de considerar el paralelismo funcional con el despido colectivo como primer y más directo recurso interpretativo e integrador, algunas resoluciones judiciales han dado cierto rodeo argumental, acudiendo primigeniamente a aplicar las reglas generales sobre información y consulta contempladas en el art.64 ET para llegar así en última instancia a acoger un claro criterio finalista. El iter seguido es pues recordar la conceptualización de la información y especialmente de la consulta que se expresan en el art.64.1, párrafo 2º, del ET, para subrayar cómo el periodo de consultas tiene por finalidad contrastar la concurrencia de las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tal como se menciona en el art.41.4 ET, para de esta manera llegar a la conclusión evidente “de que los representantes de los trabajadores deberán contar con toda la información necesaria para que puedan cumplir dichas tareas”⁶⁶.

tivo para la validez del periodo de consultas, la aportación de la misma documentación del despido porque la regulación diferenciada para los procedimientos del art.47 y la ausencia total de regulación para los demás procedimientos de flexibilidad interna, acredita claramente que la intención del legislador no fue nunca generalizar los deberes informativos exigidos para el despido colectivo para las medidas de flexibilidad interna”.

⁶⁶ Cfr. SAN de 19 de diciembre de 2012 (proced. 251/2012), seguida por otras de la misma Sala de 10 de diciembre de 2013 (proced. núm. 368/2013), de 20 de enero de 2014 (recurso núm. 340/2013), de 24 de febrero de 2014 (proced. núm. 493/2013) y de 30 de julio de 2014 (proced. núm. 161/2014).

Frente a este tipo de opciones resolutorias, otras resoluciones judiciales han tomado un camino más directo: considerando irrelevante si se han dado documentos o informaciones conforme al art.64 ET, y centrando el análisis en aquella información y documentación que debe brindarse en el concreto proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se resuelve en términos de que “la empresa habrá de aportar la documentación necesaria para acreditar los extremos o causas que alega para la adopción de la medida cuestionada”⁶⁷. Acudiendo o no como recurso argumentativo al deber de negociar de buena fe, la conclusión no es otra que la de reclamar la entrega de aquella información pertinente, entendida como la que permite que el periodo de consultas alcance sus fines⁶⁸.

De nuevo es el criterio finalista el que indiscutiblemente y de forma directa aparece como el filtro analítico con el cual examinar las específicas conductas efectuadas en el periodo de consultas en cuestión, para llegar en su caso a la consideración de si ha habido una imposibilidad de que los representantes conocieran documentalmente la realidad económica, organizativa o productiva que la empresa ha sostenido como causa de la modificación proyectada, y en consecuencia impidiendo desarrollar su capacidad de negociación y de defensa eficaz y cabal de los intereses de los trabajadores⁶⁹.

Sin dejar pues de reconocerse la esencialidad instrumental de la información, como un “requisito inexcusable para que el periodo de consultas merezca tal

⁶⁷ STSJ País Vasco de 14 de mayo de 2013 (recurso núm. 8/2013).

⁶⁸ Entre otras, Sentencias de la AN de 24 de febrero de 2014 (proced. núm. 37/2014) y de 30 de julio de 2014 (proced. núm. 161/2014); STSJ Comunidad Valenciana de 18 de noviembre de 2014 (recurso núm. 20/2014).

⁶⁹ En el caso analizado por la citada STSJ País Vasco de 14 de mayo de 2013 se resolvió pues declarando la nulidad de la medida de reducción salarial por falta de aporte documental sobre la causa económica alegada por la empresa, lo que fue confirmado por la STS de 16 de diciembre de 2014 (recurso núm. 263/2013) que en este punto afirmó con rotundidad que “la falta de aportación de la documentación económica en que se basa la propuesta empresarial de reducción salarial, a pesar de la oposición de los trabajadores, impidió que el periodo de consultas pudiera cumplir con su finalidad, puesto que la empresa se limitó a aportar una memoria redactada por la propia empleadora y sin ningún soporte documental, por lo que la representación de los trabajadores no pudo contradecir o combatir los datos en ella contenidos por carecer de otra documentación”.

nombre,”⁷⁰, la ausencia de un desarrollo reglamentario para el art.41 ET que particularmente precisara qué información o documentación deba aportarse, puede sin duda solventarse mediante la aplicación analógica de lo ya contemplado para los procedimientos de los arts. 47 y 51. De hecho, ya se ha calificado como una buena práctica que en modificaciones por causa económica las empresas aporten la documentación prevista en dicha norma reglamentaria para así despejar cualquier duda sobre la que hubiera de aportarse, aun cuando haya de estarse a las circunstancias concretas de cada caso para individualizar la documentación que permita alcanzar los fines propuestos en el periodo de consulta⁷¹.

Así pues, en definitiva, las opciones judiciales en análisis de los periodos de consulta desarrollados al amparo del art.41.2 por lo general terminan decantándose por el recurso a criterios finalistas y no formalistas, atendiendo de modo particular a las circunstancias concretas de cada proceso consultivo, para así resolver determinando caso por caso qué documentos son exigibles a los fines de la consulta, lo que conlleva con frecuencia el recurso y aplicación analógica de los arts. 4 y 5 del RD 1483/2012⁷². Un marco interpretativo que en suma puede ser trasladado a esos otros ámbitos procedimentales en los que, por obra de sus preceptos ordenadores (art.40 y 82.3 ET), se conectan funcionalmente la información y la consulta, esto es, en los que aquélla sirve de imprescindible elemento instrumental para el cumplimiento de los fines del periodo de consulta, y en consecuencia donde resulta igualmente exigible la aportación de la información y documentación que fuera relevante y necesaria para garantizar la finalidad del proceso consultivo, con tan solo el matiz diferenciador de cual sea la que en concreto defina tal proceso en cada institución.

⁷⁰ “... porque facilitará que las partes negocien de buena fe, debatiéndose propuestas y contra-propuestas, que acrediten el cumplimiento del procedimiento”. Cfr. SAN de 19 diciembre 2012 (proced. núm. 251/2012).

⁷¹ En este sentido, Sentencias de la AN de 7 de diciembre de 2012 (proced. núm. 243/2012) y de 19 de diciembre de 2012 (proced. núm. 251/2012) añadiendo ésta que “parece recomendable, del mismo modo, cuando la causa sea técnica, organizativa o de producción, que se aporte la documentación prevista en el art. 7 RD 801/2011, de 10 de junio, porque esa documentación asegura que los representantes de los trabajadores dispongan de la información necesaria para que el periodo de consultas alcance buen fin”.

⁷² En este sentido Sentencias de la AN de 10 de diciembre de 2013 (proced. núm. 368/2013), de 24 de febrero de 2014 (proced. núm. 493/2013) y de 30 de marzo de 2015 (proced. núm. 364/2014).

Finalmente y por lo demás, se reiteran también en el ámbito de las consultas en movilidad, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo e inaplicación de convenio, las mismas consideraciones sobre las conductas requeridas bajo el parámetro interpretativo de la buena fe negociadora que se construyen en sede de despidos colectivos. Tratándose del mismo diseño legal del periodo de consultas, aquel que se desarrolla en los procesos previstos en los arts. 40, 41 y 82.3 ET, constituye igualmente una manifestación propia de la negociación colectiva que obliga a ambas partes a negociar de buena fe⁷³, lo que permite valorar a efectos de una declaración de nulidad tanto conductas pasivas de los representantes en la solicitud o reclamación de información o documentación, como aquellas otras de la empresa que expresan una elusión intencionada de la posibilidad de una negociación que evite o mitigue los efectos gravosos que puedan suponer para los trabajadores las medidas proyectadas⁷⁴.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

Ciertamente no son numerosas las resoluciones del TJCE/TJUE que han abordado directa o indirectamente la relación funcional de la información y la consulta, y las existentes se han dictado por lo general en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, lo que no ha impedido sin embargo que hayan tenido una notable influencia entre la doctrina judicial española en el enjuiciamiento de supuestos de reestructuración empresarial que giran igualmente sobre extinciones colectivas.

La influencia se expresa en la clara recepción entre los tribunales españoles de la evidencia de que el periodo de consultas no es una mera formalidad sino un elemento esencial en la corrección y regularidad de decisiones empresariales

⁷³ Cfr. SAN de 24 de febrero de 2014 (proced. núm. 493/2013).

⁷⁴ Sirva en este sentido de ejemplo la STSJ Cataluña de 7 de abril de 2014 (proced. núm. 649/2014), conociendo de la propuesta de la empresa de suprimir los autobuses que trasladaban a los trabajadores al centro de trabajo (un área de servicio de la autopista) y que carecía de sistema de transporte público que permitiera acceder al mismo. El tribunal, considerando una modificación especialmente gravosa y perjudicial para los trabajadores, criticó enérgicamente que la empresa no hubiera mostrado una mayor voluntad negociadora, poniendo sobre la mesa opciones reales, entrando a negociar diferentes propuestas formuladas, en lugar de limitarse simplemente a rechazarlas invocando la imposibilidad de atenderlas, pues “no puede calificarse como negociación lo que únicamente han sido explicaciones ofrecidas por la empresa para rechazar las diferentes propuestas de los trabajadores”.

de efectos colectivos sobre las condiciones de trabajo, y que a su vez para poder negociar, que es en suma lo que define las consultas, se exige como elemento instrumental indispensable la oportuna información y documentación relativa a las cuestiones o aspectos causales de tales decisiones. En la base de tal reconocimiento, se encuentra la idea guía de garantizar que los representantes de los trabajadores no se vean privados de la información relevante y necesaria para que pueda desarrollarse las consultas a los fines de posibilitar la negociación en clave de buena fe hacia el resultado pretendido de llegar a un acuerdo.

Con estas premisas básicas, los tribunales no han dudado pues en resolver con la declaración de nulidad cuando tales condicionamientos no se cumplen, constatándose la inexistencia real de un periodo de consultas tanto en forma como en contenido, y ya sea porque no se ha aportado la información que fuera relevante e imprescindible para afrontar con conocimiento la negociación, o ya sea porque se han adoptado determinadas conductas o comportamientos que de hecho impiden u obstaculizan el normal desarrollo, y de buena fe, del proceso negociador. Se daba así forma argumentativa a un criterio finalista de clara ascendencia comunitaria que los tribunales españoles confirmaron como recurso analítico para dilucidar conflictos sobre la debida operatividad de los procedimientos de información y consulta previstos en determinados ámbitos de ejercicio de poderes empresariales.

Sin duda podrá coincidirse en el avance interpretativo que implica la adopción de un criterio finalista asociado a otro antiformalista en cuanto al alcance material de la información o documentación que deba aportarse en el periodo de consultas. De hecho, tal avance solo puede partir de la base de admitir las propias limitaciones de la norma para circunscribir las obligaciones de información por cuanto no puede llegar a individualizar toda aquella información que según circunstancias y realidades concretas deba ser conocida por los representantes para abordar eficazmente la negociación, es decir, aquella necesaria para analizar la situación fáctica, presentar propuestas, contrapuestas, proponer medidas alternativas, etc. todo ello con el fin de evitar o mitigar los efectos colectivos de las actuaciones empresariales proyectadas. Sin embargo, tal punto de partida que pudiera dar acceso a dos vías interpretativas complementarias, finalmente solo conduce y se desarrolla por una de ellas, quedando la otra prácticamente cerrada. En concreto, si la norma no condiciona total y absolutamente en todos los casos el alcance de la información que deba ser exigible, pues la documentación que lista goza tan solo de una presunción de necesidad para el proceso negociador que por tanto puede quedar desvirtuada, el correlato deductivo es doble: por un lado, aun cuando se trate de una información o documentación expresamente precisada en la norma, no habría obligación de aportarla o

su no aportación no se consideraría un incumplimiento, si se constatará que no era imprescindible o necesaria para el proceso negociador; y por otro lado, puesto que lo decisivo es la relevancia o necesidad de la información a tales efectos, podría resultar exigible aquella que así se calificara aun cuando no estuviera mencionada en la norma.

No obstante, mientras que la primera de esas deducciones interpretativas ha tenido una notoria acogida entre las resoluciones judiciales españolas, la segunda apenas ha sido considerada como una opción derivada del propio criterio antiformalista delineado por la jurisprudencia del TS. Y este distinto tratamiento se sustenta en última instancia en un mismo criterio que sin embargo en un caso no se sigue y en otro se cumple sin discusión. Si se observa, en la primera vía deductiva, esto es, la no exigibilidad de aquella información aun mencionada en la norma que no fuera relevante, la argumentación utilizada por las resoluciones judiciales elude de forma notoria el tradicional criterio de la expresividad normativa que hubiera obligado al empresario a aportar en todo caso la información solo porque así está contemplada por la norma.

Por el contrario, la segunda de las vías interpretativas, la exigibilidad de toda información que fuera pertinente aun cuando no estuviera precisada por la norma, ha quedado obstaculizada acudiendo precisamente a ese criterio de la expresividad normativa, de modo que si la documentación no está mencionada, el empresario no está obligado a suministrarla. Y sin embargo, es esta línea la que debe abrirse tanto desde la práctica negocial como desde la interpretación judicial puesto que en definitiva resulta acorde y ajustada a la propia normativa comunitaria que claramente desliga la información detallada en la misma de aquella otra que fuera pertinente, hasta el punto de que es precisamente la pertinencia, la imprescindibilidad de la información para el cumplimiento de los fines de la consulta lo que sustenta el criterio finalista articulado en el TJUE y que ha calado de forma notoria entre las resoluciones judiciales españoles.

Si cabe la crítica es pues por la parcialidad o el carácter sesgado con el que finalmente se proyecta este criterio finalista en tales resoluciones. En primer lugar, es cierto que se admite y reconoce la funcionalidad y la instrumentalidad de la información para el mejor y más eficaz cumplimiento del derecho de consulta, pero aquella que se considera de forma básica y esencial es la prevista en la norma, no otra ajena o distinta que pudiera exigirse como necesaria a los mismos efectos, con la consecuencia en todo caso de limitar o no ampliar el ámbito de la obligación informativa del empresario por cuanto si la información no está mencionada en la norma, no hay obligación del empresario de suministrarla, y aun cuando lo éste, si no se aporta y al final se declara su no relevancia

al proceso consultivo, no se considerará que el empresario ha incumplido su deber de información. En última instancia, la lectura de los derechos de información y consulta que inicialmente se efectúa en positivo, reafirmando su funcionalidad y esencialidad en el proceso de consultas, puede llegar a tener una traducción que al final no favorece de hecho su puesta en práctica.

Y en segundo lugar, aun cuando se proclama, conforme al criterio finalista, que debe aportarse aquella información que sea relevante para la negociación, esa relevancia y pertinencia de la información finalmente se hace depender de la conducta de los representantes de los trabajadores en el curso del periodo de consultas, lo que puede llevar a situaciones de inseguridad jurídica dado que si hasta ahora se ha venido negando dicha relevancia cuando no ha sido reclamada por los representantes, solo basta que en los futuros procesos consultivos estos efectúen tal conducta activa para que nazca sin más la obligación del empresario de suministrarla, sea o no objetivamente necesaria o relevante para la negociación. Una consecuencia que indudablemente debe quedar matizada desde el prisma del principio de buena fe que exige valorar las conductas y comportamientos desarrollados en el periodo de consultas, reprobando no solo aquellas que impiden la consecución de su objetivo último (no facilitando las reuniones o la información necesaria), sino también aquellas que tuvieran una finalidad obstaculizadora o simplemente obstruccionista (como por ejemplo, dilaciones en la aportación de documentación, o solicitud de aquella imposible de obtener o que resulte irrelevante o innecesaria para la negociación).

En definitiva, no es posible negar que la intervención comunitaria, tanto desde el punto normativo como desde la interpretación judicial, ha sido decisiva en el desarrollo material y especialmente funcional de los derechos de información y consulta tal y como se contemplan desde la ordenación española. Asimismo, tampoco puede negarse que los tribunales españoles han vuelto la mirada a la jurisprudencia del TJUE a la hora de dilucidar cuestiones conflictivas relacionadas con la información asociada al periodo de consultas previsto ante medidas de modificación de condiciones de trabajo y de reestructuración empresarial de afectación colectiva, de donde debe confirmarse la influencia que aquella ha tenido entre las resoluciones judiciales españolas, en especial en clave de confirmación y consagración de la instrumentalidad de la información y de la pertinencia e imprescindibilidad de la misma a los fines de la consulta. Ciertamente, bajo la interpretación judicial delineada entre nuestras fronteras, y en buena parte deudora de la desarrollada a nivel comunitario, ambos derechos se reafirman como piezas esenciales en la función representativa y en la regularidad de ciertos procedimientos diseñados para el ejercicio de determinados poderes empresariales. A pesar de ello, la doctrina judicial española aún requiere

desprenderse de determinadas inercias interpretativas, como el criterio de la expresividad normativa, que han imperado en el pasado bajo una distinta configuración contemplativa de ambos derechos y que la actual, especialmente auspiciada por las instancias comunitarias, reclama cuanto menos una revisión para acomodarse precisamente a esa funcionalidad y esencialidad que cumplen hoy por hoy los derechos de información y consulta de los representantes del personal.