

LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DERIVADOS DE DESPIDOS COLECTIVOS, SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA*

EVA GARRIDO PÉREZ

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Periodo de consultas, información y documentación, buena fe, acuerdos, procesos de reestructuración empresarial

Con la eliminación del trámite administrativo, la reforma de 2012 ha perfilado un panorama procedimental diferenciado para ordenar necesidades empresariales de reestructuración, y en donde el periodo de consultas también aparece con una imagen nueva, con una renovada importancia derivada de que ahora es el único trámite a cumplimentar que se interpone entre una decisión empresarial de reestructuración y su ejecución. No obstante, desde la norma sí se quiere garantizar la efectividad del periodo de consultas, reforzando las posibilidades de negociación con vistas a la consecución de un acuerdo. En este sentido, se reconocen la legitimidad de otros sujetos, distintos de los sindicales, para actuar como interlocutores en el periodo de consultas; se garantiza una mayor información y documentación acreditativa del contexto empresarial y de las medidas a adoptar en consecuencia; y se fortalece el principio de buena fe como factor de modulación y corrección del proceso negociador. Transcurrido ya un año desde la reforma resulta conveniente analizar algunos de los pactos adoptados como resultado final de esos procesos consultivos, que se perfilan como auténticos acuerdos marcos de reestructuración, desarrollando así un instrumento de cierto paralelismo a los convenios de empresa.

ABSTRACT

Key Words: negotiation period, information and documentation, bona fides, agreements, company restructuring processes.

With the removal of the administrative procedure, 2012 Reform has designed a different procedures outlook to regulate company restructuring needs, and where the negotiation period has also a new image, with renewed importance since now it represents the only step to follow which comes between the company restructuring decision and its implementation. Nevertheless, the law guarantees the effectiveness of the negotiation period, facilitating the possibilities of negotiation in order to reach an agreement. In this sense, the legitimacy of other people, different from trade unionists, is recognized to act as negotiators during the negotiation period; it is also guaranteed further information and supporting documentation about the company context and the measures to be taken accordingly; and the principle of Bona Fides gains more importance as evaluation criteria of the negotiation process. On this basis, it is advisable to analyse some of the agreements reached as a result of those consultative processes, providing therefore a negotiating tool similar to company agreements.

* El presente trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación "Impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención", Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-27612)

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL NUEVO VALOR DE LOS FACTORES CAUSALES Y PROCEDIMENTALES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL
3. LOS NUEVOS ASPECTOS MORFOLOGICOS DEL PERIODO DE CONSULTAS
 - 3.1. Los sujetos negociadores
 - 3.2. La información y documentación acreditativa
 - 3.2.1. El marco normativo de referencia
 - 3.2.2. Centralidad de la documentación justificativa en los nuevos procesos consultivos tras la reforma
 - 3.3. La negociación bajo el principio de buena fe
4. LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN: PRÁCTICAS Y CONTENIDOS
 - 4.1. Concreción de las medidas
 - 4.1.1. Extinciones contractuales
 - 4.1.2. Suspensiones
 - 4.1.3. Excedencias de mutuo acuerdo
 - 4.1.4. Reducciones de jornada
 - 4.1.5. Movilidad geográfica
 - 4.1.6. Otras medidas de reestructuración
 - 4.2. Trabajadores afectados por las medidas y criterios de designación
 - 4.3. Medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación
 - 4.4. Aplicación y seguimiento del acuerdo
5. A MODO DE CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Entre los mayores impactos surgidos por la reforma de 2012 se encuentra sin duda la ordenación efectuada en los arts. 47 y 51 del ET, alterando profundamente los cimientos de un régimen que trataba de equilibrar las necesidades empresariales de reestructuración y la protección de derechos de los trabajadores afectados, estableciendo a tal fin mecanismos tanto internos como externos de control y acreditación de las causas alegadas así como de la adecuación de las medidas adoptadas.

Aún resuenan en los oídos aquellas voces que se tornaban cada vez más insistentes e incisivas sobre la necesidad de una reforma en profundidad del régimen previsto normativamente para procedimentalizar los despidos colectivos, reiterando las dificultades derivadas del encarecimiento de los acuerdos, de la incertidumbre de obtener la autorización administrativa en ausencia de tal acuerdo, o de las oscilantes interpretaciones judiciales en torno a la causalidad del despido y a su razonabilidad o proporcionalidad. El contexto económico y político favoreció o de alguna manera posibilitó que esas llamadas a una transformación del régimen normativo de los despidos colectivos se proyectaran finalmente en una reforma que muy particularmente en esta sede se desarrolló en dos fases: en la primera, la norma altera exclusivamente pero de forma más

que esencial la causalidad del despido (Ley 35/2010, de 17 de septiembre), dejando inalterado el procedimiento; mientras que en la segunda, es éste último el afectado como principal novedad, acompañándose de una variación de gran calado en la definición de las causas, cual es la inclusión de la disminución persistente de «ventas» como causa económica y precisándose cuándo se da tal situación (RDL 3/2012, de 10 de febrero).

A través pues de esta reforma a dos velocidades se consigue flexibilizar totalmente el régimen, haciendo desaparecer aquellos de sus elementos más distorsionantes, identificados hasta la saciedad en las proclamas flexibilizadoras, para la gestión de los despidos colectivos: se suprime la autorización administrativa y la necesidad de justificar la razonabilidad de la medida extintiva.

Con tal opción, se obvian los juicios de razonabilidad y oportunidad de la medida, no solo en instancias administrativas sino también particularmente en las judiciales que tantas objeciones habían opuesto a las decisiones empresariales, para dejar en su lugar a tales instancias un papel de control que “debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas” (Exposición de motivos de RDL 3/2012).

Pero el control judicial de los primeros despidos colectivos tras la reforma se desarrolló por unos derroteros que realmente no esperaba el legislador reformista, al trasladar los tribunales el foco de atención desde la causalidad al procedimiento, y en consecuencia procediendo a calificar la medida empresarial en función de que se cumpliera o no el procedimiento consultivo en forma y contenido.

Quizás por ello la Ley 3/2012, de 6 de julio, incorpora ciertas modificaciones en el art.124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que delimitan la actuación judicial en el control del despido y en la calificación del mismo, para atajar en cierto modo la línea judicial que se estaba desarrollando en esos primeros meses de aplicación del RDL 3/2012 de 10 de febrero. En este sentido, se sustituyó la referencia a la declaración judicial de nulidad “cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET”, por aquella otra bastante más limitada que contempla la nulidad “cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores...” (art.124.11 Ley 36/2011). Pero aun así, aun cuando la intencionalidad subyacente tras la modificación normativa sea la de evitar interpretaciones amplias de las exigencias del procedimiento a efectos de declarar la nulidad del despido¹, la práctica judicial de los últimos meses ha dejado más que demos-

¹ Cfr. De la Puebla Pinilla, A., “Exigencias documentales en el despido colectivo: del RDL 3/2012 a la Ley 3/2012”. *Aranzadi Social* n° 53, 2012, pág. 3.

trada la valoración del procedimiento en el enjuiciamiento de las decisiones empresariales al amparo del art.51, y por extensión del art.47 ET, dejando tras de sí un importante número de resoluciones declarando la nulidad de tales decisiones por ausencia del periodo de consultas y por falta o insuficiencia de la documentación acreditativa como su principal componente instrumental. Una situación que causó inicialmente cierta perplejidad entre los defensores de la reforma que vieron en la eliminación del trámite administrativo, junto a esa limitada actuación judicial sobre la causalidad de la medida empresarial, la oportunidad para recuperar el poder en la empresa, considerando el periodo de consultas como un simple trámite formal en el camino hacia la reestructuración empresarial pero sin un valor decisivo o condicionante en la adopción de la medida de extinción, suspensión o reducción de jornada como meta final del proceso.

Este escenario crítico se nutría a su vez de referencias al papel que con cierta generalidad había venido desarrollando el periodo de consultas bajo la ordenación anterior a la reforma. Aparentemente, en la letra de la ley, el periodo de consultas habría de cumplir la misión de determinar los contornos de las propuestas empresariales de reestructuración, de ajustar sus efectos o consecuencias a las causas alegadas, y en definitiva de concretar y ordenar todo el proceso de reestructuración que fuera necesario adoptar. El objetivo de tratar en el periodo de consultas “las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias”, tal como apuntaba la norma, no transcurría en ocasiones a través de un verdadero análisis de las causas alegadas por el empresario, no se proyectaba un debate real sobre la razonabilidad o adecuación de la motivación causal, lo que se dejaba en última instancia, y en caso de desacuerdo, a la autoridad administrativa, e incluso a la judicial. Precisamente por ello, por cuanto el juicio sobre las causas se residenciaba por lo general en estas otras sedes, las partes sociales habitualmente afrontaban el periodo de consultas como el necesario mecanismo que permitía formalizar un acuerdo transaccional con el cual la empresa tenía garantizada la vía libre para la reestructuración que planteara, y los representantes conseguían una garantía indemnizatoria mejorada de la prevista legalmente y una reducción del número de afectados cuando ello fuera posible².

² Asimismo, De la Puebla Pinilla, A., “Exigencias documentales en el despido colectivo: del RDL 3/2012 a la Ley 3/2012”, op.cit., pág.1, aludiendo a esos “procesos de negociación con los representantes de los trabajadores centrados, más allá de la constatación de las causas o en la búsqueda de soluciones alternativas, en el coste de las extinciones. El incremento de las indemnizaciones por despido actuaba pues como el precio que las empresas estaban dispuestas a pagar para asegurarse una gestión rápida y eficaz de sus crisis, fueran éstas más o menos severas”.

La aparente centralidad del factor económico en el seno de las consultas conducía a la pérdida de relevancia del procedimiento en sí mismo considerado, contemplándose con frecuencia como un simple trámite que podría evitar uno posterior por lo general no deseado (el expediente administrativo). No asumir la funcionalidad del periodo de consultas como vía para acordar un proyecto de reestructuración empresarial, explicaba que los representantes de los trabajadores en ocasiones mostraran escaso interés por combatir la posesión de aquellos instrumentos que permitirían un debate real y analítico sobre las causas justificativas de las medidas propuestas por la empresa, y que facilitarían en suma la propuesta de acciones cuanto menos atenuadoras de las consecuencias previstas por aquéllas. En este sentido, si se observa, la mayoría de las resoluciones judiciales recaídas ante impugnaciones de EREs o ERTes bajo el régimen normativo anterior a la reforma de 2012, tenían como foco de atención e interpretación el elemento causal, debiendo dar respuesta a solicitudes de nulidad de decisiones empresariales por no estar casualizadas, o no estar justificadas o no ser proporcionales a la entidad de la medida. Solo muy excepcionalmente era posible encontrar pronunciamientos judiciales que se enfrentaran con motivaciones impugnatorias de índole procedimental, y donde se alegara ese principio de la buena fe en la negociación como elemento de exigencia de ciertas conductas durante el periodo de consultas: actitudes propositivas, ofertas abiertas, entrega de información y/o documentación, etc.³

Con estos antecedentes aplicativos, no resultaba extraño que, tras la alteración de los cimientos sobre los que se había sustentado el régimen de los procesos de reestructuración empresarial de los arts. 47 y 51 ET, se auspiciara que el periodo de consultas no tendría más valor que el de ser un mero trámite formal que en modo alguno fuera a condicionar las decisiones empresariales. Se preveía en consecuencia la pérdida de relevancia del periodo de consultas, y con ello la capacidad de los representantes de los trabajadores para poder intervenir en la adopción de las decisiones empresariales de extinción, suspensión o reducción de jornada. Y en realidad se temía por la magnitud del poder empresarial, ganando espacio al poder sindical hasta prácticamente desaparecer⁴. ¿Ha sucedido así realmente? ¿Se han cumplido los peores auspicios y se están llevando a cabo procesos de reestructuración empresarial en el peor de los esce-

³ Entre otras, Sentencias del TS de 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1428), de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2829), de 30 de junio de 2011 (RJ 2011/6097) y de 18 de enero de 2012 (RJ 2012/3623).

⁴ En este sentido, vid. Baylos Grau, A. "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario", *Revista Derecho Social* n° 57, 2012, págs.11-12

narios imaginados de consultas inexistentes, ausencia de intervención de los representantes, falta de acuerdos y decisiones empresariales adoptadas en ejercicio de un poder casi absoluto?

Transcurrido pues más de un año desde la promulgación del RDL 3/2012 de 10 de febrero, y pasados esos primeros momentos de comentarios críticos e incluso auspiciadores de los efectos de la reforma, era momento ya de iniciar los estudios aplicativos, de analizar lo que ha sucedido o está sucediendo en estos procesos de despidos colectivos, suspensiones contractuales y reducciones de jornada. En esta sede se trataría de observar y detectar los efectos prácticos de la reforma en los procesos de reestructuración empresarial para identificar si se ha producido o no un cambio en los comportamientos negociales de los sujetos por efecto mismo de la eliminación de la autorización administrativa, y si ha cambiado el papel actuado por tales sujetos ante el periodo de consultas, y el que éste mismo desempeña en la procedimentalización de las decisiones de extinción o suspensión contractual o de reducción de jornada. Y para tal finalidad analítica resulta indispensable recurrir a los privilegiados observatorios que son los acuerdos que han surgido de los correspondientes periodos de consultas previstos en los arts. 47 y 51 ET, aun tras la última modificación efectuada en estos preceptos por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social⁵. La atención analítica de los acuerdos debe completarse y complementarse con aquella otra que recae sobre las resoluciones judiciales dictadas en el último año ante impugnaciones de medidas empresariales de tal índole adoptadas tras un periodo de consultas inexistente o infructuoso, en tanto que aquéllas también aportan datos de interés sobre el valor del procedimiento y de su instrumentalidad para la consecución del pretendido acuerdo.

⁵ Por cierto, nuevamente nos sorprende el gobierno con una norma en pleno periodo vacacional que, bajo la supuesta necesidad de dar salida legal a los efectos de la Sentencia 61/2013, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional sobre los periodos de cotización para trabajadores a tiempo parcial, aprovecha la ocasión “de urgencia” para dictar un Real Decreto Ley que efectúa un paseo modificativo por la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Empleo, la LISOS, la Ley Concursal, y la Ley de la Jurisdicción Social, al margen de otras afectaciones a normativa propia de infraestructuras y transporte. Esencialmente, las modificaciones en el ET se centran en aquellos preceptos donde se prevén periodos de consulta (arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3), con un aparente ánimo de agilizar y facilitar la celebración de la consulta y posible negociación, aunque no se termina de ver dónde reside la “necesidad de revisar con carácter urgente la regulación de la comisión negociadora (...) en un contexto económico en que la seguridad jurídica es crucial tanto para las empresas como para los trabajadores” (Exposición de Motivos del RDL 11/2013). Las supuestas contradicciones entre las normativa legal y la reglamentaria, y que se apuntan en la misma Exposición de Motivos como de necesaria eliminación “con carácter inminente”, ni eran tan evidentes ni de tan urgente solución.

Sin embargo, debe desde aquí ya mencionarse, no solo el reducido número de acuerdos que se han formalizado en relación al elevado porcentaje de procesos de reestructuración implantados en la empresa desde la reforma de 2012, sino también la dificultad en acceder a tales acuerdos por carecer de un trámite obligatorio de publicación y por la propia actitud reacia de los mismos agentes negociadores en darlos a conocer más allá de sus ámbitos de actuación y aplicación. No obstante, a pesar de esta limitada disponibilidad de acuerdos de reestructuración firmados al amparo de los arts. 47 y 51 ET, su análisis permite ofrecer una serie de datos de comportamiento y resultados negociales en esta sede. Pero previamente a destacar tales rasgos de identificación, resulta necesario por razones metodológicas realizar una primera inmersión en el aspecto procedimental del que resultan esos acuerdos, para así poder efectuar una valoración final del régimen normativo en su proyección práctica.

2. EL NUEVO VALOR DE LOS FACTORES CAUSALES Y PROCEDIMENTALES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Uno de los primeros interrogantes que se suscitaron a raíz de la reforma refería a si la modificación del régimen en los arts. 47 y 51 ET arrastraría o no un cambio en las opciones empresariales por las medidas de reestructuración. Al respecto, y con anterioridad a la reforma de 2012, el carácter estructural o coyuntural de la situación de la empresa a aducir como causa justificativa para un proceso de reestructuración, no siempre se erigía en el principal factor que decidía la opción entre la medida extintiva del art.51 y la de suspensión o reducción de jornada del art.47. En la balanza de la decisión con frecuencia intervenían otros pesos como las fuerzas negociales para afrontar un posible acuerdo, los costes asociados a una posible autorización administrativa, o la incertidumbre en la valoración judicial de la causa económica, y conforme a tales factores una situación estructural en ocasiones podría aparecer más defendible ante la representación del personal, o tendría más probabilidades de conducir a un acuerdo, si se planteaba como un ERTE conforme al art.47 antes que bajo un ERE siguiendo la ordenación del art.51.

La eliminación del trámite administrativo y la nueva definición de la causa económica, no solo dejan más expedito el camino para la adopción de una medida empresarial, sino que fundamentalmente lo clarifican, permitiendo dilucidar cuál sea la senda procedimental más adaptada a la situación de la empresa como único parámetro decisor. En tal sentido, cabría esperar que las empresas optaran con mayor convicción y confianza por aquella medida que realmente se ajuste a las circunstancias presentes, sin estar condicionadas por su mayor o menor viabilidad según opciones de acuerdo o de autorización administrativa.

En todo caso, y desde la simplificación del régimen operada en los arts. 47 y 51 ET, qué duda cabe que en la decisión de adoptar alguna de las medidas de reestructuración contempladas en el art.47 la coyunturalidad ha ganado la partida, recuperando su papel como elemento clave que debidamente acreditado justifica jurídicamente el recurso a tales medidas, excluyendo aquellas otras de extinción contractual del art.51. La opción empresarial por la suspensión / reducción de jornada o por la extinción contractual no necesitaría más elemento de referencia que la entidad de la causa, de su incidencia en la normalidad productiva de la empresa y de los efectos de las medidas adoptadas en el mantenimiento y viabilidad de la misma⁶. En cierto modo, el recurso a unas u otras medidas habría de depender tan solo de opciones de estrategia empresarial y no ya tanto de esas otras estrategias “negociales” concurrentes. En cierto modo la norma libera a la empresa de éstas últimas para que decida sin interferencias y conforme a su más directo interés, y solo se le requiere justificar por qué opta por una vía en detrimento de otra. De ahí esa apuntada revalorización de la naturaleza coyuntural o estructural de la causa en la decisión última por unas u otras medidas de reestructuración empresarial.

Más aun, es la propia norma la que propicia el mayor valor de la coyunturalidad, o su ausencia, de la situación justificativa al poner a disposición del empresario una especie de prueba o evidencia cuya mera concurrencia le permite a aquél recurrir al art.47 o al 51, sin tener que justificar por qué opta por una vía en detrimento de otra: la constatación de tres trimestres seguidos de no beneficios ya permite, en la letra de la ley, justificar el recurso al art.51 porque la situación no puede ser calificada de coyuntural, lo que le hubiera abierto sin más la vía al art.47.

Desde este punto de vista, la suspensión contractual o la reducción de la jornada como medidas de reestructuración contempladas en el art.47, ya no tienen que calificarse como un recurso menos drástico, como una medida menos traumática o más digerible para los trabajadores. Podrá serlo desde el plano de los efectos, pero no desde el de su configuración jurídica como supuestas alternativas intercambiables que pudieran sopesarse por la empresa según relación de fuerzas y expectativas negociales. La opción por unas u otras medidas solo vendrá condicionada por la naturaleza de la causa justificativa, si es coyuntural o estructural, y siempre que pueda acreditarse la misma. El juicio de valor no recae ya sobre si la empresa podría haber optado por otra medida menos incisiva o gravosa desde el punto de vista contractual, sino si queda acreditada la causa alegada, y su naturaleza, al optar por la senda del art.47 o la del art.51.

⁶ En el mismo sentido, Cavas Martínez, F., “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”. Revista de Trabajo n° 22, 2009, pág.103.

Y son éstas unas consideraciones que caben extraer y confirmar del modo en que las resoluciones judiciales abordan el análisis de impugnaciones planteadas sobre procesos consultivos y/o decisiones empresariales adoptadas conforme a los arts. 47 o 51. En tales resoluciones, y de conformidad con las peticiones impugnatorias, no se discute si la empresa debería haber optado por una medida distinta de la planteada, sino si ha cumplido cabalmente su deber normativo de justificar y acreditar la causa alegada para sustentar la medida propuesta, fuera la que fuere. Es éste el núcleo valorativo que surge en los procesos consultivos y que puede reproducirse en el ámbito judicial si allí no se solventa⁷.

A la luz de las respuestas judiciales al cuestionamiento de decisiones de reestructuración adoptadas tras procesos consultivos fracasados, el carácter coyuntural o estructural de la causa no es lo que se debate esencialmente, sino la entidad de una u otra como para afectar a determinado número de trabajadores. Y para ello, el elemento formal de la debida acreditación mediante la entrega de la documentación justificativa resulta absolutamente esencial hasta el punto de convertirse en el verdadero caballo de batalla en la operatividad de los procesos consultivos que puedan concluir en acuerdos de reestructuración. En este sentido, el procedimiento adquiere el valor de medio instrumental necesario para acreditar la naturaleza de la causa alegada y su entidad, y esta transcendencia renovada del elemento procedimental, tal y como se detecta fundamentalmente en las resoluciones judiciales recaídas tras la reforma, viene de la mano de una cierta transformación en las posturas negociales de los representantes de los trabajadores en los periodos de consultas, adoptando una posición de control o de gestión del procedimiento, para agotar todas las posibilidades de intervención y de actuación que la norma les permite en atención a la finalidad declarada del proceso consultivo mismo. Concretamente, los representantes del personal muestran ahora un mayor y más incisivo interés por reclamar la posesión de aquellas herramientas que sustentarían su posición negociadora, solicitando así toda la información y documentación acreditativa

⁷ Así por ejemplo, en la STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013\2883), donde se debate efectivamente la situación económica de un grupo de empresas, que ya previamente habría formalizado más de un ERE, como causa alegada para proceder a nuevos despidos, pero que sin embargo había incumplido el requerimiento de proporcionar la información y documentación necesaria, siendo ello de tal relevancia como para declarar la nulidad de la decisión empresarial. Asimismo cabe citar la STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (AS 2013\278), conociendo de la impugnación de un despido colectivo en Telemadrid, y aun cuando se alegaba la falta de proporcionalidad entre la causa alegada (una reducción del 5% de las partidas presupuestarias) y la medida resultante (reducción del 80% de la plantilla), el debate de la sentencia se centró en el cumplimiento del principio de buena fe en la negociación a través, en el caso concreto, de la presentación de propuestas negociables y de la remisión de la oportuna información.

que en la finalidad de la norma permitiría tratar todos los extremos o aspectos que pudiera conformar el pretendido acuerdo. De hecho, las resoluciones judiciales recaídas sobre decisiones empresariales de despido adoptadas sin acuerdo, confirman que no son en modo alguno excepcionales los procesos consultivos en los que se produce la ruptura de las negociaciones por la ausencia de la debida información o documentación que habría de suministrarse a los representantes del personal, más que por el rechazo de una u otra parte a una propuesta indemnizatoria.

Posiblemente no podría ser otra la estrategia a desarrollar ante un cambio como el efectuado por la Ley 3/2012. El periodo de consultas puede que no evite la operatividad de la medida empresarial tal y como se delineó en un principio, pero si se erige en la única barrera entre su adopción y su puesta en práctica, desde la representación del personal solo cabe exigir el desarrollo efectivo y eficaz de tal proceso consultivo, en todos sus componentes morfológicos, tanto en lo que se refiere a sus sujetos negociadores, como a aquellos otros aspectos formales y finalísticos.

3. LOS NUEVOS ASPECTOS MORFOLÓGICOS DEL PERIODO DE CONSULTAS

3.1. Los sujetos negociadores

Una de las previsiones novedosas incorporadas en el ET tras la reforma del 2012 refiere, por un lado, a la identificación de los sujetos interlocutores de los periodos de consultas, y por otro a la solución aportada para supuestos de ausencia de los mismos.

En efecto, entre los más notorios cambios efectuados en la norma se encuentra sin duda la determinación de los sujetos legitimados para negociar los acuerdos en periodos de consultas (tanto los de flexibilidad interna, incluidos los de suspensión de contrato o reducción de jornada, y los descuelgue, como los de despido colectivo). La tradicional primacía de la representación unitaria (delegados de personal y comités de empresa) queda relegada con el RDL 3/2012, y posteriormente con la Ley 3/2012, por la centralidad de la representación sindical como sujeto negociador, dejando así la posición privilegiada de la negociación en las secciones sindicales que tengan la mayoría en los órganos de representación unitaria.

No obstante, las novedades introducidas en esa sede por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, muestran un nuevo giro de atención hacia el papel de la representación unitaria en los procesos de consulta ante medidas colectivas. Ciertamente, una de las disfunciones, más que una contradicción (a decir de la Exposición de Motivos del citado RDL), que provocó la aparición del RD

1483/2012, de 29 de octubre, como norma reglamentaria que ordena los procedimientos de despido colectivo, suspensión y reducción de jornada, en relación a lo dispuesto previamente por los arts. 47 y 51 ET, era la referente al ámbito de afectación de medidas de tal naturaleza y a su influencia en la determinación de los sujetos negociadores y en el ritmo del propio periodo de consultas. En este sentido, el RD 1483/2012 incluye previsiones respecto a los sujetos legitimados para actuar como interlocutores en atención a si tales procedimientos de reestructuración afectan a todos o a varios de los centros de trabajo de la empresa (art.26), en una regulación que excedía notoriamente de la limitada mención del ET a los sujetos negociadores. La reforma que opera en esa sede el RD 11/2013, de 2 de agosto, se dirige básicamente a atraer al ET esas iniciales previsiones contenidas en la norma reglamentaria, aunque mejoradas y ampliadas.

Con la nueva redacción del art.41.4 ET, al que se remiten los artículos 40, 47 y 51, en el redactado ofrecido por el RDL 11/2013, se mantiene la regla general de que son las secciones sindicales los sujetos negociadores prioritarios, siempre que así lo acuerden y tengan la representación mayoritaria entre los órganos de representación unitaria, ahora sí se precisa, de los centros de trabajo afectados, sean estos todos o parte de la empresa en cuestión. En el caso de que sí ostenten tal mayoría, podrán actuar en el periodo de consultas como representantes de todos los trabajadores de los centros afectados, procediendo ahora la norma (art.41.4 ET) a contemplar las situaciones en que ello no es así, es decir, cuando no se dan conjuntamente ambas condiciones de acuerdo de las secciones sindicales y que éstas ostenten la mayoría de la representación unitaria de los centros de trabajo afectados, sean estos lo que fueren (lo que puede suceder también cuando algún centro afectado no tiene órgano de representación unitaria). En tales casos, la imposibilidad de una interlocución por la secciones sindicales permite la entrada nuevamente como sujetos legitimados, y de forma preferente, a los representantes unitarios, y en su defecto, a ciertas comisiones *ad hoc*.

Particularmente, en el supuesto de que el procedimiento afectara tan solo a un único centro de trabajo, si no actúan las secciones sindicales (por no cumplimiento de las condiciones de acuerdo y mayoría representativa), recupera el papel interventor el órgano unitario representativo de tal centro (el comité de empresa o los delegados de personal), y en caso de no existir, los trabajadores del centro tendrían que optar por una comisión *ad hoc* (máximo de tres miembros) de conformación electa (trabajadores elegidos por y entre ellos) o sindical (elegidos por los sindicatos representativos del sector y conforme a su representatividad), según fuera su elección.

Si por el contrario el procedimiento afectara a más de un centro, de no poder intervenir legítimamente las secciones sindicales, la interlocución en el

proceso consultivo se cede al comité intercentros, en el caso de existir y tener atribuida esta función en el convenio colectivo correspondiente. En defecto de este órgano, será sujeto negociador una comisión representativa constituida por los representantes legales de trabajadores de los centros afectados, y en su caso también por los miembros de comisiones *ad hoc* elegidas en centros sin representación legal, aun cuando en ningún caso el número máximo de componentes de esta comisión representativa puede exceder de trece miembros⁸.

Estas nuevas reglas sobre los sujetos interlocutores en procesos consultivos, se acompañan obviamente por la precisión relativa a la adopción de acuerdos, especialmente en el seno de la comisión representativa, requiriéndose en tal caso que el acuerdo por el lado de los trabajadores sea adaptado por la mayoría de sus miembros que representen a su vez a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajadores afectados.

Como se observa, con la modificación operada por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, en sede de periodos de consultas ante medidas colectivas, no solo se recupera en parte el tradicional papel interventor de los órganos unitarios de representación en tales procesos consultivos, sino que también se refuerza aquel otro papel que la reforma del 2012 había concedido a ciertas comisiones en supuestos de ausencia de representación legal, y que ya en su momento originó ciertos recelos, siquiera desde un plano eminentemente teórico. En efecto, no resultó fácil encajar la idoneidad de una comisión *ad hoc*, constituida por trabajadores afectados por medidas de reordenación de condiciones laborales o de reestructuración, para actuar como interlocutora de la empresa en la adopción de tales medidas.

Ya bajo el régimen anterior al RDL 3/2012, no faltaron voces críticas sobre los problemas aplicativos e integradores derivados de la falta de previsión normativa en contextos empresariales donde no existían representantes unitarios que actuaran como interlocutores en periodos de consulta. Es así cómo se destacaba principalmente la imposibilidad de cumplir con la finalidad de la norma, cual es la de dar audiencia y participación a los trabajadores en decisiones relevantes que pudieran además conducir a situaciones de conflicto, si por ausencia de sus representantes los trabajadores se quedan sin voz ante la adopción de medidas colectivas y sin posibilidad de proponer alternativas u otras acciones en interés de los trabajadores afectados⁹. Para cumplir pues tal fin no se descartaba la posibilidad

⁸ Como precisa el art.41.4 ET, en su nueva redacción por el RDL 11/2013, si por adición de miembros en representación de los distintos centros afectados, sean representantes legales o elegidos *ad hoc* ya sea de forma electa o sindical, se superase el número de trece miembros, entre todos ellos elegirán a un máximo de trece, "en proporción al número de trabajadores que representen".

⁹ Al respecto, Álvarez del Cuvillo, A., "Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores". *Temas Laborales* n° 67, 2002. Pág. 117

de proceder a una negociación con la totalidad de los trabajadores, admitiendo que el conjunto de la organización productiva afectada pudiera defender sus propios intereses¹⁰. Una opción que no obstante se enfrentaba con la dificultad constitucional de otorgar eficacia jurídica vinculante a la mera suma de voluntades individuales de trabajadores. Tampoco resultaba aceptable remitir a la negociación colectiva la integración de estos supuestos conflictivos mediante la determinación de un procedimiento para designar representantes en procesos consultivos, puesto que únicamente compete a la ley la delimitación o identificación de aquellos sujetos representativos que pueden ostentar la facultad de una negociación que revista fuerza vinculante. De ahí la propuesta final de una designación *ad hoc* por parte de los trabajadores, reunidos o no en asamblea, de sus representantes, no necesariamente de conformación sindical¹¹, que es finalmente la asumida por la norma, dándole legitimación a los así elegidos para actuar como interlocutores en los procesos de consulta y con capacidad para pactar un acuerdo de eficacia vinculante.

Desde el plano operativo, resultan absolutamente excepcionales las negociaciones efectuadas por una representación de esta naturaleza y configuración. Entre los acuerdos analizados solo se ha detectado un ejemplo en el que los miembros de la comisión negociadora por la parte social son trabajadores designados por los trabajadores de los distintos centros de trabajo de la empresa, contando en todo caso con asesores de los sindicatos más representativos. No obstante, lo que llama poderosamente la atención en ese acuerdo es el elevado número de trabajadores que se lista como miembros de la comisión¹², posiblemente justificado por el amplio ámbito de afectación del procedimiento,

¹⁰ Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., “El despido colectivo en el Derecho español”. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997. Pág. 16.

¹¹ Álvarez del Cuervo, A. “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *op.cit.* Pág. 126.

¹² En el texto del acuerdo del Grupo NH se nombran más de 100 trabajadores “actuando en representación de los trabajadores pertenecientes a los centros de trabajo afectados de cada una de las Empresas integrante del Grupo NH que promueven el presente procedimiento de despido colectivo, los miembros integrantes de la Mesa Negociadora de conformidad con el acta suscrita el 11 de marzo de 2013”, indicándose más adelante que la representación social de Mesa de Negociación estaba “integrada por los miembros de las representaciones unitarias (miembros de comités de empresa y delegados de personal) y *ad hoc* presentes”, y era la parte social de dicha Mesa negociadora la que “nombró una Comisión Negociadora (avalada por la mayoría de todas y cada una de las representaciones de los trabajadores – unitarias y *ad hoc* - de los centros de trabajo afectados) para llevar a cabo las negociaciones, con facultades para firmar las correspondientes actas de reunión y preacuerdos, sin perjuicio de que la decisión definitiva sobre acuerdos o desacuerdos corresponde a la Mesa negociadora en su totalidad”. De hecho, en el acuerdo del Grupo NH se indicaba que el acuerdo se adoptó por mayoría de todos los miembros de la Mesa Negociadora (según votación secreta efectuada ante Notario) “y atendiendo a la ponderación de votos que consta en el Acta de Constitución de la Mesa Negociadora”.

pero sin contar, a la fecha en que tal comisión se constituyó y actuó, con reglas ordenadoras en cuanto a elección y número máximo de integrantes. Un ejemplo negocial que precisamente ahora ilustra y explica el sentido práctico de las nuevas reglas del ET en orden a esas comisiones *ad hoc*, conformación y número de integrantes, que pueden actuar como interlocutores en procesos consultivos ante medidas colectivas, tal como han surgido por obra del RDL 11/2013.

Por su parte, y ya con anterioridad a las modificaciones operadas por esta última norma, las resoluciones judiciales dictadas en el último año venían aportando algunos datos más de interés en sede de sujetos negociadores en periodos de consultas y, en su caso, de acuerdos.

Por un lado, se confirma el criterio respecto a las negociaciones con los trabajadores al margen de la representación sindical. Cuando existen representantes legales del personal, si la empresa efectúa negociaciones paralelas con los trabajadores, se considera un fraude de ley en cuanto se vacía de contenido el proceso negociador en el periodo de consultas previsto¹³. Sin embargo, no cabe acoger esta misma consideración cuando en las reuniones celebradas con los trabajadores afectados durante el periodo de consultas siempre estuvo presente el representante legal, hasta el punto de que las adhesiones a las propuestas empresariales por los trabajadores se hacían en presencia del delegado de personal¹⁴. En todo caso, si no se alcanza un acuerdo por incumplimiento del procedimiento, al no haberse ajustado el periodo de consultas a los requerimientos normativos, resulta inadmisibile que el empresario pueda llegar a acuerdos individuales en masa con los trabajadores¹⁵.

Y por otro lado, se dilucidaba la cuestión de si la comisión *ad hoc* nombrada y elegida para negociar, en ausencia de representación legal, ostentaba legitimación activa para impugnar judicialmente la decisión empresarial conforme al procedimiento previsto en el art.124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Es cierto que tal precepto tan solo menciona a los representantes legales de los trabajadores”, pero de ello no cabe inferir, conforme a criterio judicial, la voluntad excluyente del legislador respecto a una comisión *ad hoc* a la que el art.51 ET le ha conferido una representación “legal” en la procedimentalización que aquél prevé y ordena. Como se ha afirmado judicialmente, “este carácter de representantes de los trabajadores para el despido colectivo, al que también hace referencia el propio artículo

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2012 (AS 2012/1784)

¹⁴ Sentencia del TSJ Cataluña de 25 de octubre de 2012 (AS\2013\468), negando así que la negociación directa con los trabajadores se hiciera al margen del representante, ocultándole la información y los términos y condiciones de la negociación desarrollada.

¹⁵ Sentencia de la AN de 19 de diciembre de 2012, proceso n° 251/2012.

124.11 apartado b), no permite excluir, sino que por el contrario debe incluir necesariamente a la comisión de representantes, por cuanto forma parte de lo que genéricamente dicho precepto legal enumera como representación de los trabajadores”¹⁶. Por lo demás, debe coincidir con la apreciación, que hace la misma resolución judicial, sobre que carecería de sentido que se tuviera capacidad para extinguir los contratos y no para impugnar de forma colectiva la decisión extintiva empresarial.

3.2. La información y documentación acreditativa

3.2.1. El marco normativo de referencia

Como es sabido, con anterioridad a la reforma de 2012, el ET apenas se pronunciaba sobre los requerimientos de información y documentación que la empresa debería aportar a los fines de los periodos de consulta o negociación contemplados en la propia norma.

En sede de negociación colectiva, la mención a la obligación de negociar bajo el principio de buena fe (art. 89.1 ET) constituía la única referencia implícita para exigir la entrega de la debida información y documentación acreditativa o justificativa de los términos o aspectos sobre los que se negociaba. La misma que cabía extraer de similar previsión en aquellos procesos de consulta contemplados en los arts. 40 y 41 ET.

Tratándose de consultas ante medidas de reestructuración empresarial, el art.51 ET en su redactado anterior a la reforma de 2012 (incluso a la de 2011) reiteraba igual alusión a la buena fe en la negociación con vistas a llegar a un acuerdo, e incluía también la obligación de que la solicitud de autorización que se comunicaba a la autoridad laboral fuera acompañada de “toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen”. La misma remisión a norma reglamentaria de aplicación que se mantenía inicialmente en el art.47 ET al indicar que la documentación justificativa a los efectos del periodo de consultas sería “la estrictamente necesaria en los términos” que se indicaran en dicha norma. No obstante, acudiendo precisamente a la norma vigente en la época, el RD 43/1996, de 19 de enero, aprobando el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, las previsiones referidas a la documentación obligada en periodo de consultas se expresaban en unos términos que dejaban cierto espacio a la incertidumbre sobre aquella información que debiera suministrarse a la representación del

¹⁶ Sentencia del TSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS 2012\1049).

personal¹⁷. Esta apreciación se revelaba especialmente tratándose de una medida de suspensión contractual por causas empresariales, dado que el art.20 del RD 43/1996 apuntaba como única especialidad, en relación al art.51 ET, que “la documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada requerirá necesariamente la acreditación de que se trata de una situación coyuntural de la empresa”, sin mayor añadido o precisión sobre la naturaleza o índole de tal documentación¹⁸.

Este inicial escenario de incertidumbre se clarifica con la derogación del RD 43/1996 y su sustitución por el RD 801/2011, de 10 de junio, para adaptar el procedimiento a las modificaciones operadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Se ofrecía así una nueva ordenación del procedimiento administrativo de regulación de empleo en materia de extinciones o suspensiones de contratos de trabajo y reducciones de jornada, donde se incluían varias novedades en lo que atañe a la información y documentación afectada a los periodos de consultas previstos ante tales medidas de reestructuración empresarial.

En primer lugar, y básicamente, la separación de regímenes, confirmando que para las medidas de naturaleza coyuntural (suspensión de contrato y reducción de jornada) se exigía una menor obligación informativa en relación a la exigida para los despidos colectivos¹⁹, arraigándose así cierto criterio normativo de que la temporalidad y menor gravedad contractual de la medida de

¹⁷ El art.6 del RD 43/1996 indicaba precisamente aquella documentación (Memoria explicativa de causas, acompañada de toda la documentación que conviniera a los intereses de la empresa, número y categoría de trabajadores afectados, criterios de selección, y periodo previsto para proceder a las extinciones) que había de acompañar a la “solicitud de iniciación” del procedimiento que se dirigía a la autoridad laboral competente, cuando aquello que se comunicaba por escrito a los representantes de forma simultánea era la “apertura del periodo de consultas”. No se garantizaba expresamente la entrega simultánea de la misma documentación, bastando acercarse a la realidad práctica de los procesos consultivos o negociadores o al análisis de las resoluciones judiciales en las que se trataban los conflictos surgidos por la ausencia o insuficiencia de la debida información o consulta, para comprobar las dificultades aplicativas que suscitaba la previsión reglamentaria.

¹⁸ Abierto pues el campo de las interpretaciones, tenían cabida tanto las que limitaban la documentación a aquella que estrictamente justificara la situación coyuntural de la empresa, en seguimiento literal de la norma, como aquellas que proponían aportar la misma documentación que para un ERE extintivo. En este sentido, Cavas Martínez, F. “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”. Op.cit. Pág. 108.

¹⁹ Concretamente, el art.22 del RD 801/2011 procedía a formular una regla general, y deliberadamente imprecisa, de aportar aquella documentación necesaria para acreditar la causa y su naturaleza coyuntural, y junto a ella otra regla con algo más de concreción destinada a garantizar la aportación de las cuentas anuales de la empresa, pero limitadas al último ejercicio económico y no de los dos últimos como se requería para los despidos colectivos.

suspensión o reducción de jornada habría de justificar en paralelo que fuera también de menor entidad, en este caso cuantitativa, el deber de información y documentación que se impusiera a la empresa.

Y en segundo lugar, y con el propósito declarado de aumentar la seguridad jurídica en estos procesos de reestructuración empresarial (Exposición de Motivos del RD 801/2011) se especificaba la documentación que el empresario debía acompañar a la solicitud de inicio del expediente para acreditar los resultados o los cambios alegados y la razonabilidad de la decisión extintiva, diferenciando según la causa alegada sea económica²⁰, o sea técnica, organizativa o de producción²¹.

En todo caso, y cualquiera que fuera la causa invocada, el RD 801/2011 exigía de la empresa que, junto a la solicitud, entregara la documentación que justificara o acreditara una serie de extremos, como el número y clasificación de los trabajadores empleados y de los afectados por la medida, criterios utilizados para la designación de éstos últimos y, en consonancia con la exigencia de acreditar la razonabilidad de la medida, también habría de justificarse documentalmente la razonabilidad del número de afectados, es decir, la relación de causa-efecto entre la finalidad de evitar una situación negativa o preservar la posición competitiva de la empresa (según naturaleza de la causa), y el concreto número de trabajadores a despedir.

Sin embargo, este escenario de mayor seguridad jurídica en cuanto a la documentación justificativa de medidas extintivas, suspensivas y de reducción de jornada, que representaba en suma este RD 801/2011, apenas se mantuvo un año en cartel ante la aparición del RDL 3/2012 de 10 de febrero que altera el régimen del art.51 ET, y en paralelo el del art.47, con la supresión de la autorización administrativa y la nueva definición de la causa económica en la que se elimina toda referencia a la necesidad de acreditar la razonabilidad de la medida

²⁰ Tratándose de una causa económica, el art.6 del RD 801/2011 se ocupaba de listar en extenso aquella documentación que permitiera acreditar no solo el aspecto cuantitativo de unos resultados de la empresa que abocaran en una situación negativa de pérdidas o de previsión de pérdidas (con mayor aportación documental en el caso de pertenencia a un grupo de empresa), sino también aquel otro cualitativo de cómo tales resultados afectan o pudieran afectar a la viabilidad de la empresa, su posición en el mercado, y conforme a ello, como justificación final, la propia razonabilidad de la medida extintiva.

²¹ Ante este tipo de causas, la norma reglamentaria (art.7) era mucho más parca en la documentación a aportar, limitándose en lo fundamental a requerir la memoria explicativa de las causas, con similar apunte sobre la idoneidad de tal memoria para acreditar la razonabilidad de la medida a los fines de prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma, debiendo en todo caso aportar los informes técnicos que documenten la existencia de unas u otras causas.

para preservar la posición competitiva de la empresa²². Ante estas nuevas referencias en la ordenación básica del ET, volvía la incertidumbre sobre el marco de referencia y el consiguiente alcance del deber informativo, y más concretamente si seguía aplicándose la ordenación contenida en el RD 801/2011, que incluía precisamente la debida justificación documental de la razonabilidad de una medida que ya no se exigía como elemento integrante en la definición de las causas²³. En tal sentido puede constatarse algún titubeo entre las resoluciones judiciales primerizas que aplicaron el nuevo régimen del despido colectivo surgido tras el RDL 3/2012, pues no todas consideraban la obligatoriedad de entregar aquella documentación prevista en el RD 801/2011 para dar sentido y eficacia al periodo de consultas²⁴, negando pues que su ausencia constituyera un elemento de la suficiente gravedad en la procedimentalización del despido como para justificar la declaración judicial de nulidad del mismo²⁵.

Tras pasar por la situación de vigencia parcial y estrictamente funcionalizada del RD 801/2011 por efecto de la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo²⁶, finalmente se dicta el RD 1483/2012, de 29 de octubre. Esta nueva norma reglamentaria mantiene en lo fundamental el diseño de la anterior en lo que a atañe a documentación justificativa (una documentación particular según la causa, y

²² Asimismo, se procedía a sustituir la inicial remisión a la norma reglamentaria para determinar la documentación justificativa necesaria, por aquella otra mención expresa a que la comunicación de apertura del periodo de consultas debía ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido y de una serie de aspectos detallados en el precepto (Número y categoría de los trabajadores empleados habitualmente y de los afectados por la medida, criterios para su designación, y periodo previsto para la realización de los despidos).

²³ De hecho, el propio RDL 3/2012 no había derogado expresamente tal norma reglamentaria, aun cuando encomendaba al Gobierno (Disposición Final 16^a) la elaboración de nuevo reglamento sobre procedimiento en despidos colectivos, suspensiones contractuales y reducciones de jornada.

²⁴ Así por ejemplo, se entendió que el RD 801/2011 se ajustaba a un régimen de autorización administrativa inexistente tras el RDL 3/2012, por lo que ya no resultaba exigible, más aun considerando la propia remisión desde esta última norma a un posterior y futuro reglamento. Desde esta posición judicial-interpretativa, solo bastaba la aportación de la memoria explicativa mencionada inicialmente en el art.51, lo que a su vez permitía rechazar los alegatos impugnatorios sobre la falta de negociación por insuficiencia de información / documentación. En tal sentido, vid. STSJ Galicia 5 de julio de 2012 (AS 2012/1677).

²⁵ Entre otras resoluciones, STSJ Madrid 30 de mayo de 2012 (AS 2012\1672).

²⁶ La Orden se dictó con la misión de deslindar los aspectos del RD 801/2011 que se entendía en vigor en tanto no se contradijeran con la nueva ordenación de los arts. 51 y 47 del ET. Y a tal fin, y en una compleja ordenación sistemática, listaba aquellos artículos o párrafos que continuaban vigentes a los exclusivos fines o funcionalidades que se detallan. Y en sede de documentación justificativa, la Orden se limitaba a disponer la vigencia de los artículos sobre documentación en despidos tanto por causas económicas (art.6 RD 801/2011) como por causas técnicas, organizativas o productivas (art.7 RD 801/2011) "en lo que no se oponga a la definición de las causas", y solo declaraba la no vigencia de la justificación de la razonabilidad del número

otra común cualquiera que fuera la causa alegada), y en lo esencial se dirige en esta sede a efectuar dos supresiones respecto a la ordenación anterior, a incorporar nueva documentación y a instaurar prácticamente un principio de igualdad informativa entre los despidos colectivos y las medidas de suspensión contractual y reducción de jornada.

Así, en primer lugar, y en coherencia con la ausencia del elemento de razonabilidad en la definición de las nuevas causas por parte del art.51 ET, el RD 1483/2012 ya no contempla la obligada justificación documental de la razonabilidad de la medida para prevenir una situación negativa de la empresa, para favorecer o preservar su posición competitiva en el mercado, o para mejorar su respuesta a las exigencias de la demanda (en función de la causa). Basta la memoria explicativa que acredite bien los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa (si es causa económica) o bien las causas técnicas organizativas o de producción que justifican el despido. En segundo lugar, y por el mismo motivo, también se suprime la anterior obligación de justificar la razonabilidad del número de extinciones en relación con la finalidad de la medida. En tercer lugar, manteniendo el resto de los documentos a aportar, ya los particulares según la causa o ya los generales mencionados en el anterior RD 801/2011, la norma reglamentaria de 2012 añade la obligación del empresario de presentar la documentación fiscal o contable que acredite la disminución de ingresos o ventas durante los tres trimestres consecutivos anteriores al momento de iniciar el procedimiento, así como un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por un despido colectivo en empresas de más de cincuenta trabajadores. Y finalmente, 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, que vienen a coincidir con los extremos que han de justificarse también para los despidos colectivos (especificación de las causas alegadas; número y categoría profesional de los trabajadores empleados habitualmente y de aquellos afectados por las medidas de suspensión o reducción de jornada; criterios de designación de estos últimos; concreción y detalle de las medidas previstas; así como copia de la comunicación dirigida a los representantes por parte de la empresa sobre su intención de iniciar el procedimiento, e indicación de los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora²⁷) exceptuando que no se

de extinciones a los fines de preservar o favorecer la empresa y su situación competitiva en el mercado que se mencionaba entre la documentación común cualquiera que fuera la causa alegada (art.8 RD 801/2011).

²⁷ Estos dos últimos extremos que deben consignarse en el escrito de comunicación, han sido incorporados en el art.17 del RD 1483/2011 por efecto de la Disposición Final 4º del RDL 11/2013, de 2 de agosto, procediendo a igual modificación en el art.17.2 de la misma norma

exige la mención y correlativa justificación documental del periodo en el que se procede a aplicar tales medidas de suspensión o reducción (como sí se impone en caso de despidos colectivos). Este mayor acercamiento del art.47 al art.51 en cuanto a documentos justificativos a aportar por la empresa, se observa igualmente en la remisión que se hace a la prevista de forma específica para los despidos colectivos, tanto si es por causa económica como si lo es para el resto de las causas, con la salvedad, apuntada en el primer caso, de que la documentación económica debe limitarse a la del último ejercicio económico, y la referencia de los dos trimestres consecutivos anteriores en el supuesto de alegarse una disminución de ingresos ordinarios o ventas.

La modificación operada en el art.51.3 ET por obra del RDL 11/2013, de 2 de agosto, constituye hasta la fecha el último eslabón en una cadena de pretendida mejora y clarificación de la información y documentación que debe aportarse a los efectos de los procesos consultivos, especialmente en supuestos de reestructuración empresarial. En el redactado anterior, el precepto refería a que la comunicación de la apertura del periodo de consultas, dirigida por el empresario a la autoridad laboral y a los representantes legales, debía acompañarse “de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido en los términos que reglamentariamente se determinen”, lo que sin duda limitaba la obligación informativa, en ese inicial momento, al concreto aspecto causal del procedimiento, esto es, al primer punto de las menciones que debían consignarse en dicho escrito de comunicación, tal como el mismo art. 51.2 exige, y en consecuencia sin extender la debida información hacia el resto de los extremos que igualmente deben constar en tal escrito, como número y clasificación profesional de trabajadores empleados habitualmente y de los afectos por el despido, criterios de designación, o periodo previsto para proceder a los despidos. La modificación en el redactado del precepto, en este concreto punto, se destina precisamente a clarificar que la documentación acreditativa no refiere ya tan solo a las causas, sino también a todos los extremos que deben indicarse en el escrito de comunicación, así como aquella otra documentación de naturaleza contable, fiscal y técnica, lo que indudablemente aporta mayores dosis de seguridad jurídica sobre el alcance y entidad de la información que debe suministrarse ya en ese momento inicial del proceso.

reglamentaria en sede de comunicación de apertura del periodo de consultas en supuestos de despidos colectivos, y en coherencia con la misma incorporación que el RDL 11/2013 efectúa en el art.51.2 ET.

3.2.2. *Centralidad de la documentación justificativa en los nuevos procesos consultivos tras la reforma*

Tras todo este tortuoso y complejo proceso evolutivo en cuanto a la información y documentación que debe aportarse a los fines de los procesos de reestructuración ordenados en los arts. 47 y 51 ET, cabe extraer como conclusión básica la existencia de un mínimo marco de garantía del derecho de información que ostentan los representantes del personal que actúan como interlocutores de la empresa en los periodos de consultas contemplados en dichos preceptos. Esta garantía se sustenta en la opción normativa de detallar, e incluso de listar, aquella documentación que debe ser aportada, ya con carácter general ya de forma específica según la causa alegada, superando así anteriores referencias normativas, absolutamente genéricas, imprecisas y vacías, a la documentación que fuera necesaria para justificar la causa y la medida en cuestión. Unas referencias cuya concreción finalmente dependía de la interpretación que adoptara el empresario como sujeto obligado, normalmente bajo criterios de disponibilidad o razonabilidad de la documentación solicitada, o incluso de preservación de su carácter reservado. Asimismo, y siguiendo cierta línea tradicional en las resoluciones judiciales dictadas en conflictos suscitados por los representantes de los trabajadores ante negativas empresariales de proporcionar determinada información o documentación, los tribunales solían ser reacios a reconocer la obligación del empresario a aportar determinada información o documentación que no estuviera recogida expresamente por la norma.

Este criterio de la expresividad normativa constituía el permanente caballo de batalla ante el que se enfrentaban los representantes de los trabajadores con sus requerimientos de obtener aquella información o documentación que fuera necesaria y esencial para afrontar cualquier proceso consultivo o negociador. Ahora el panorama ha cambiado sustancialmente. Los representantes ya no han de batallar por la posesión de una documentación, intentando demostrar su funcionalidad a los efectos del periodo de consultas, puesto que es la propia norma la que ha optado por identificar la documentación que entiende es necesaria aportar, declarando su carácter finalista y funcional a los fines negociadores, y conformando con ella el contenido material de un nuevo y exigible deber informativo que pesa sobre el empresario.

Pero más aún, esta opción de acoger bajo el criterio de la expresividad normativa aquella documentación considerada adecuada y funcionalizada a los fines de los periodos de consultas contemplados en los arts. 47 y 51 ET, ha tenido como efecto inmediato, pretendido o no, otorgar a la información y documentación así contemplada la naturaleza jurídica de elemento esencial e indispensable para el desarrollo de tal trámite consultivo que a su vez es requisito ineludible en el procedimiento previsto por la norma para aceptar la

adecuación y corrección de la decisión empresarial, tal y como por lo demás ratifica el art.124.11 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, al señalar que “la sentencia declarará nula la decisión extintiva *únicamente* cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art.51.1 del ET...”²⁸. Es este efecto de la centralidad de la información y documentación acreditativa el que precisamente se ha consagrado de forma mayoritaria en las resoluciones judiciales. Así, entre ellas no faltan declaraciones relativas a que la “desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo, privó realmente de contenido al legalmente exigible periodo de consultas y le otorgaron la condición de un mero trámite formal que la empresa solo tenía la intención de cumplimentar”²⁹, insistiéndose por lo demás en que la falta de aportación de la preceptiva documentación en que fundar el despido es un “incumplimiento flagrante del procedimiento establecido”³⁰.

En consecuencia, el nuevo escenario en el que se desarrollan los periodos de consultas en los procesos de reestructuración empresarial ordenados en ambas disposiciones estatutarias, ha resituado el papel que desempeña la documentación justificativa y ello ha provocado también un cambio en las posiciones y estrategias desarrolladas por los sujetos negociadores. El empresario sabe qué tiene que aportar y los representantes de los trabajadores también saben qué pueden exigir y obtener como marco mínimo garantizado para desplegar el proceso consultivo a los fines pretendidos. Y también se saben, por unos y otros, tras las reiteradas aplicaciones judiciales de lo previsto en el art.124.11 de la Ley 36/2011, las consecuencias jurídicas deducibles del incumplimiento del deber empresarial de aportar la documentación justificativa que la norma precisa y ordena.

3.3. La negociación bajo el principio de buena fe

El principio de buena fe siempre ha estado mencionado en el art.89.1 ET junto al procedimiento de negociación de un convenio colectivo, incorporando así un criterio objetivo de valoración de la conducta de las partes en la fase que precede al perfeccionamiento de un vínculo contractual (acuerdo, pacto,

²⁸ Obsérvese cómo el RDL 11/2013, de 2 de agosto, ha procedido a modificar este apartado concreto del art.124.11 de la Ley 36/2011 para incorporar el adverbio “únicamente”, como mensaje a los órganos judiciales de que los motivos indicados expresamente son los únicos que pueden conducir a la nulidad de la decisión extintiva.

²⁹ Sentencia del TS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013\2883).

³⁰ Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012\1936).

convenio) y que con carácter general va a exigir de aquéllas unos determinados deberes de conducta que actúan de protectoras de una lealtad recíproca en el comportamiento; unas actuaciones mínimas de respeto al interés ajeno que es tutelado por el Derecho al igual que el propio, lo que en un primer momento se traduce en deberes que son expresión de un *alterum non laedere*: no adoptar posturas intransigentes, prohibición de maquinaciones, dolo, violencia, etc., parámetros de actuación negativa a los que siquiera parcialmente se aluden en el inciso final del art 89.1 ET; pero también existe una vertiente de la buena fe que actúa en el plano positivo, exigiendo deberes adicionales de conducta activa destinados a hacer efectiva precisamente la igualdad sustancial de las partes en el proceso negocial.

En definitiva, la finalidad perseguida con la incardinación del criterio de la buena fe en el proceso negociador tiene básicamente un propósito de cooperación entre las partes de naturaleza recíproca a través de comportamientos tanto negativos como positivos que responden, en última instancia, a un mecanismo de equidad, el cual pretende garantizar una efectiva igualdad en la posición de ambas partes en el proceso negociador, para hacer de éste un marco de discusión y de resolución de conflictos en el que las partes puedan gozar de la misma capacidad negociadora, de las mismas posibilidades para desarrollar y articular sus particulares posiciones e intereses.

Ahora bien, en la medida en que el principio de buena fe se proyecta sobre una institución que se expresa como obligación de procedimiento pero no de resultado, es decir, como un compromiso de realizar esfuerzos para la consecución de un acuerdo pero no necesariamente el de alcanzarlo, el principio mismo de la buena fe en la negociación ha sufrido tradicionalmente cierta postergación valorativa como consecuencia de una mayor atención por los contenidos negociales que finalmente se trasladaban a un acuerdo, más que por la procedimentalización del mismo. Sin embargo, cuando esto último pasa a primera línea del análisis y control sobre las decisiones de extinción, suspensión o reducción de jornada por motivos empresariales, empieza el resurgimiento del principio como el modulador de la corrección del periodo de consultas con vistas a la consecución del pretendido acuerdo, como el factor cuya presencia o ausencia en el procedimiento podría conducir a la declaración judicial de validez o nulidad de la decisión empresarial de reestructuración que finalmente se adoptara, con o sin acuerdo.

Con esta revalorización del principio de buena fe se recuperan formulaciones y elaboraciones doctrinales o jurisprudenciales sobre el mismo³¹, y se

³¹ Véase en tal sentido, entre otras, STC 107/2000, de 5 de mayo (RTC 2000/107), STS de 3 de febrero de 1998 (RJ 1998/1428) y STS 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/2829)

adapta a los condicionantes exigidos o requeridos por el nuevo marco normativo en el que actúan los procesos de reestructuración empresarial, incluyendo aquellos procesos actuados por la Administración pública como empleadora³².

Esta adaptación ha permitido que judicialmente se recupere la premisa de que el periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, por lo que debe ajustarse a las reglas de la buena fe, con la consecuencia de que salen a la luz nuevos elementos de valoración del mismo proceso de consultas. De este modo se entiende infringido el principio de buena fe negocial no solo cuando no se proporcione aquella información o documentación que es relevante a los fines de la negociación, como tradicionalmente se ha venido entendiendo aquél³³, sino también cuando las posturas o comportamientos en el proceso de consultas no es que no permitan concluir en un acuerdo, sino que ni tan siquiera favorecen o propician el desarrollo del proceso mismo.

Observando las resoluciones judiciales recaídas en impugnaciones de procesos de reestructuración empresarial conforme a los arts. 47 y 51 ET, se constata un criterio casi uniforme en considerar la vulneración del principio de buena fe en casos en los que simplemente se ha procedido a la apertura de un periodo de consultas y a celebrar algunas reuniones sin contenido real, o donde se acude a las reuniones con una única oferta definitiva o irrevocable que impide un auténtico proceso negocial, hasta el punto de que su no aceptación conduce a dar por cerradas las negociaciones³⁴. Y en general en aquellas situaciones en las que la negociación ha sido prácticamente inexistente porque no se han acreditado propuestas y contrapropuestas, o donde se constata una actitud excesivamente inflexible en la negociación, no incorporando cambios en las

³² En este sentido la jurisprudencia insiste en que la condición de ente público del empleador no le exime de su deber de negociar de buena fe. Así por ejemplo, STC 205/1987, de 21 de diciembre de 1987 (RTC 1987/205), y STS 14.3.2006 (RJ 2006/5227). Véase al respecto Morales Vázquez, C.E., "El deber de negociar bajo el principio de la buena fe". *Aranzadi Social* n° 8/2012, (BIB 2012\3370), pág.1.

³³ Como se decía ya en Sentencia de TS de 30 de junio de 2011 (RJ 2011/6097), "en el marco de esa 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". Siguiendo esta misma línea, STS de 6 de noviembre de 2012 (RJ 2013/348) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2012 (Proceso n° 243/2012).

³⁴ Así por ejemplo, la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS 2012\1672) subraya que "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 período 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 la causas".

propuestas iniciales ni medidas alternativas u otras que permitieran atenuar los efectos perjudiciales de la decisión empresarial de extinción, suspensión o reducción de jornada (como recolocación externa, acciones formativas o de recualificación profesional, derecho de reingreso preferente, etc.)³⁵, aun cuando no siempre debe considerarse que es expresión de mala fe la defensa por parte de empresa de la medida extintiva como única alternativa sin ninguna otra opción a debatir³⁶.

Frente a la crítica de que estos pronunciamientos adolecen de un excesivo rigorismo formal, se responde subrayando la obligación de los tribunales de controlar el cumplimiento de los condicionamientos normativos, y el periodo de consulta sin duda lo es, tal como se expresan los arts. 47 y 51 ET. Y frente a aquella otra de que los tribunales con ese celo formal están impidiendo la aplicación de la reforma y de la pretendida flexibilidad en la adopción de procesos de reestructuración empresarial, basta aludir a todos esos datos estadísticos que demuestran un más que notorio incremento de los despidos colectivos desde la promulgación del RDL 3/2012 de 10 de febrero.

En definitiva, los tribunales simplemente han trasladado el foco de atención analítica y de control desde el elemento causal (privilegiado y en ocasiones exclusivo aspecto sobre el que se solicitaba la intervención judicial) a aquel otro procedimental en cuanto que único factor sobre el que la norma, directa o indirectamente, sitúa la intervención de los representantes y de los propios tribunales de justicia. Una norma que exige, no solo que se celebren las consultas, sino que se desarrollen de forma adecuada y bajo el imperio del principio de buena fe, en vistas precisamente a la consecución final de un acuerdo. Es éste el que en última instancia se ve impedido si la negociación no se desarrolla bajo los requerimientos de tal principio, defraudando de este modo las expectativas funcionales sobre las que se sustenta el periodo de consultas y el mismo régimen normativo que así lo ordena.

³⁵ Entre otras, Sentencia de TSJ Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012\1936); Sentencia del TSJ Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (AS 2012/2599); Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 (proced. n.º 162/2012) y de 25 de enero de 2013 (proced. n.º 305/2012).

³⁶ Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013 (Procedimiento núm. 219/2012) partía de la premisa de que el periodo de consultas no es una mera formalidad, exigiendo por el contrario que se debatieran las alternativas al despido, ya sea para su retirada, su reducción o la mejora de las condiciones de los trabajadores afectados. Pero concluía que “debatir no equivale a alcanzar acuerdos, puesto que si la situación de la empresa es tan calamitosa, que su única salida es su liquidación..., su negativa a dejar sin efecto o a reducir el despido no quebró de ningún modo las exigencias de buena fe en la negociación colectiva”. En similar sentido, la STSJ Galicia de 21 de noviembre de 2012 (AS 2013/51) coincidía en que efectivamente las únicas reivindicaciones del banco social (prejubilaciones y suspensiones del contrato)

4. LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN: PRÁCTICAS Y CONTENIDOS

Con anterioridad se apuntaba la crítica vertida en ocasiones sobre los procesos consultivos y los acuerdos que pudieran adaptarse en tanto que imbuidos de una clara influencia economicista como parte del juego negociador, e incluso en supuestos de reestructuración empresarial donde inicialmente no habría de primar el factor compensatorio³⁷. La presión de un expediente administrativo posterior o de una impugnación judicial, con resultados imprevisibles en uno u otro caso para las opciones empresariales, en cierto modo favorecía la centralidad en las negociaciones y en los eventuales acuerdos alcanzados de los aspectos económicos de finalidad compensatoria para los trabajadores afectados.

Por ello, en un análisis de estas características surge ineludiblemente la pregunta de si el cambio de ordenación también ha provocado una alteración en los elementos esenciales a debatir en el proceso de consultas y que en consecuencia se traslada a los correspondientes acuerdos allí donde éstos se formalizan. Posiblemente, y en una primera impresión, la mayor debilidad negociadora de la representación de los trabajadores podría propiciar posiciones y estrategias quizás más centradas en adoptar medidas alternativas al despido para garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores, que en conseguir mejores condiciones económicas para éstos. Pero será de la lectura de esos acuerdos de donde se extraigan los datos que permitirían en su caso deducir los rasgos generales del comportamiento negociador en los nuevos procesos de reestructuración. Ahora bien, los textos de los acuerdos solo representan la foto fija

no habían sido atendidas, pero ello no implicaba que la empresa hubiera actuado de mala fe, “puesto que la negociación consiste en que las partes crucen propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, con independencia de que las negociaciones lleguen a un buen fin por alcanzarse un acuerdo”. Sobre la no apreciación de mala fe como resultado de la valoración de la concreta negociación desarrollada, vid. también, Sentencias del TSJ Cataluña de 13 de junio de 2012 (AS 2012 /1887); del TSJ Andalucía (Málaga) de 25 de octubre de 2012 (AS 2013/4); del TSJ Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (AS 2012/2599); del TSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2013 (AS 2013/277); y del TSJ Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 2012 (JUR 2013/66905).

³⁷ En este sentido se aducía que “la clave de los EREs temporales reside en el ahorro de costes salariales vinculados a una prestación de servicios que, temporal y coyunturalmente, no se necesita o no está empresarialmente justificada. La ley autoriza al empresario en situaciones de suspensión a no abonar salario alguno. Pero en muchos casos puede ser interesante, para conseguir el acuerdo de la parte laboral o, en su caso, la autorización la Administración, el compromiso de mantenimiento de un devengo salarial reducido, el cobro de la paga extraordinaria o de la paga de beneficios prevista en el convenio colectivo, o una compensación que complemente la prestación de desempleo”. Cfr. Cavas Martínez, F. “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”. Op.cit. Pág. 112.

de un resultado que tiene su propia intrahistoria a lo largo de las consultas y negociaciones que han culminado en su firma, de ahí que las aproximaciones y conclusiones analíticas que se puedan verter sobre tales acuerdos resultan ser, en última instancia y de forma ineludible, sumamente parciales.

Comenzando por un primer apunte en sede de procedimentalización de los acuerdos, no es infrecuente encontrar entre los textos analizados una inicial información sobre el proceso negociador que concluye en el pacto, aludiendo a número y fechas de las reuniones, sujetos que han participado, e incluso genéricas declaraciones sobre una negociación desarrollada bajo el principio de buena fe. En esta información se detecta primordialmente la importancia de la temporalización del procedimiento, medida en número de reuniones celebradas y en el intervalo de tiempo transcurrido desde la constitución de la comisión y/o primera reunión hasta la adopción del acuerdo en su caso. De hecho, esta importancia se refuerza en el nuevo redactado que presentan los artículos 47.1 y 51.2 del ET tras el RDL 11/2013 de 2 de agosto, al incorporar ciertas previsiones dirigidas a agilizar el transcurso temporal del proceso de consultas, en evitación de supuestas dilaciones surgidas por retrasos en la constitución de la comisión representativa de los trabajadores que actúe como interlocutora. El ET exige ahora que tal comisión se constituya con anterioridad a la comunicación formal del inicio del procedimiento, concediéndose un plazo de siete días desde que la empresa comunica a trabajadores o representantes su intención de iniciar el procedimiento, y sin que la falta de constitución en plazo impida formalmente abrir aquel otro previsto para el periodo de consultas (30 o 15 días según dimensión de la empresa), ni ampliarlo en el caso de constitución de la comisión con posterioridad al inicio de tal periodo. En definitiva, el empresario ya no tiene que esperar a la constitución de la comisión para proceder a la apertura del plazo de consultas, y que en la práctica anterior podía haber conducido a retrasos que afectarían a la rápida adopción de medidas de reestructuración, cual es sin duda uno de los objetivos declarados por las reformas acaecidas en esta sede.

Al margen de ello, dentro de esa inicial información que proporcionan los acuerdos sobre el mismo proceso consultivo desarrollado, se descubre la práctica específicamente en el sector bancario de llevar a cabo unas negociaciones con carácter previo a la apertura del procedimiento previsto en el correspondiente precepto estatutario³⁸, por así preverlo el Convenio Colectivo de Banca,

³⁸ Sucede así en los acuerdos de Bankia S.A., Unnim Banc (<http://www.comfia.net/bbva/html/25627.html>), de Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria (Banco CEISS), del Banco de Valencia (http://www.comfia.net/archivos/bancodevalencia/ACUERDO_DEFINITIVO_ERE_050213.pdf), o de Barclays Bank (<http://www.comfia.net/archivos/barclays/TextoAcuerdoERE2013barclays.pdf>).

de donde puede resultar un preacuerdo que, si es materialmente limitado, requiriese su desarrollo y concreción en el periodo de consultas, o bien fuera en última instancia ratificado en la primera sesión que se celebrara del periodo formal de consultas³⁹.

Una práctica que sin duda favorecería las consultas en cualquier ámbito o sector de actividad que requiriese un plan de reestructuración, en tanto que tales prenegociaciones de carácter informal pueden servir como vía para tantear posturas, estrategias, y probabilidades de acuerdo, a la vez que permitirían obviar las rigideces formales y temporales del periodo de consultas, en su previsión reglamentaria, que pudieran presionar en exceso el esfuerzo negociador y con ello impedir un acuerdo final.

Eludiendo las limitaciones de tiempo previstas en el ET, en tanto pensadas posiblemente para circunscribir la negociación y el posible acuerdo en las concretas estipulaciones que den respuesta directa y específica a la propuesta de extinción, suspensión o reducción de jornada, se facilitaría también una mayor holgura temporal en la negociación y por tanto la posibilidad de incorporar otros contenidos asociados directa o indirectamente con el contexto empresarial que justifica el procedimiento de reestructuración.

De hecho, algunos pronunciamientos judiciales han resuelto supuestos donde las partes siguieron negociando tras finalizar el periodo de consultas sin acuerdo por agotamiento del plazo previsto, o bien la empresa, con acuerdo de la parte social, deja sin efecto un primer periodo a punto de agotarse para abrir uno nuevo con el propósito de prolongar el plazo, continuar la negociación y alcanzar el acuerdo⁴⁰ resolviéndose por lo general en la admisibilidad de estas negociaciones prorrogadas o superando el plazo del periodo de consultas, en el entendimiento de que tal plazo no limita ni impide que continúe la negociación

³⁹ El Banco Mare Nostrum, S.A., entidad resultante de la integración en la gestión de cuatro cajas de ahorros (Caja de Ahorros de Murcia, Caixa d'Estalvis del Penedès, Caja General de Ahorros de Granada y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares "Sa Nostra"), presentó un plan de reestructuración a la representación de los trabajadores complementario a los EREs que se habían formalizado en cada una de las cajas integradas. El Plan fue inicialmente rechazado por la representación de los trabajadores, pero se abrió un proceso de negociación tendente a minorar y mitigar los efectos de las medidas que el plan de reestructuración inicial contenía, tras el cual las partes alcanzaron en fecha 16 de abril un preacuerdo que fue ratificado en una sesión posterior de 17 de mayo, y dando así por concluido el período de consultas.

⁴⁰ Véase al respecto Sentencias del TSJ Cataluña de 25 de octubre de 2012 (AS 2013/468); del TSJ Castilla y León de 18 de abril de 2013 (JUR 2013/131862); y del TSJ Galicia de 2 de mayo de 2013 (JUR 2013\206293), éstas últimas resoluciones poniendo además de manifiesto cómo entre los motivos de nulidad del despido del art.124 de la LRJS no se prevé cuando el periodo de consultas exceda de treinta días naturales.

cuando ambas partes expresan su conformidad, “ya que su finalidad es que ninguna de las partes pueda compeler a la otra a continuar negociando contra su voluntad más allá de plazo legal”⁴¹.

Al margen pues de esta particular práctica de prenegociaciones, cuya generalización podría resultar extremadamente positiva por los motivos indicados, los acuerdos de reestructuración disponibles y analizados presentan unas líneas morfológicas más o menos comunes.

4.1. Concreción de las medidas

Se deba o no a esta práctica de prenegociaciones que favorecen la consecución de acuerdos, aquellos que se han analizado tienen por lo general un ámbito material que supera el constituido por las medidas mencionadas en los arts.47 y 51 ET, proyectando una serie de actuaciones, ya sean estructurales o coyunturales, que impide situar tales acuerdos formalmente bajo la cobertura de uno u otro precepto estatutario para calificarlos. Por el contrario, la acogida de una combinación de medidas de diversa afectación contractual y subjetiva, es precisamente la que da forma a un nuevo perfil de estos pactos, configurándolos como una especie de acuerdos marcos de reestructuración que permite a la empresa adoptar una serie de decisiones para afrontar el concreto escenario que presentara durante los años de vigencia del pacto.

Las medidas o actuaciones que identifican total o parcialmente estos acuerdos de reestructuración son a groso modo las siguientes:

4.1.1. Extinciones contractuales

Al iniciar un procedimiento de despido colectivo del art.51 ET, lógicamente ha de mencionarse en el escrito de comunicación que las medidas a adoptar son éstas de carácter extintivo, de modo que la cuestión a debatir en el proceso negociador será el ajuste cualitativo y cuantitativo de los despidos planteados por la empresa, esto es, la posibilidad de evitar o reducir su número, plantear otras medidas, delimitar los trabajadores afectados conforme a criterios objetivos de selección, etc. Por ello, el acuerdo que en su caso se formalice al término de las negociaciones ya recoge el resultado final de lo pactado, cifrado por lo general en un número de extinciones a efectuar, en atención a la causa alegada y a su acreditación, pero sin relacionar tales extinciones con puestos de trabajo, departamentos o categorías afectadas. Asumiéndose tras el periodo de consultas la inevitabilidad y necesidad de las extinciones en atención a la situa-

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2013 (proced. nº 4/2013).

ción de la empresa, el pacto se dirige en lo esencial a cuantificarlas y a formalizarlas por cauces menos traumáticos o en condiciones favorables para los afectados. En tales supuestos, donde se busca e incentiva adhesiones voluntarias del personal a fórmulas extintivas, los criterios de designación de los trabajadores afectados pierden esencialidad en un acuerdo donde la individualización de esas otras vías alternativas a los despidos ocupa una posición central.

En efecto, entre los acuerdos formalizados y analizados es práctica habitual ofrecer las más variadas fórmulas de extinciones contractuales voluntarias, antes que proceder a las forzosas, en un planteamiento a dos fases en el que en un primer momento se abre la oferta a adscripciones de los trabajadores a algunas de tales fórmulas, y en caso de ser insuficiente para completar el número de extinciones necesarias y pactadas, se formalizarían los despidos colectivos decididos por la empresa en función de los criterios que en su caso se hubieran acordado⁴².

Este tipo de estrategia, en la que en cierto modo se condiciona el impacto de las medidas forzosas al resultado de las opciones voluntarias de los trabajadores, pareciera satisfacer, por un lado, la posición negociadora de los representantes del personal de favorecer ante todo el mantenimiento del empleo y de ordenar las medidas de reestructuración, y por otro lado la perspectiva estratégica de la empresa en conseguir una salida con medidas menos traumáticas y conflictivas aun cuando pudieran implicar un mayor coste económico.

Dentro de la diversidad, las fórmulas de extinción voluntaria habitualmente acogidas entre los acuerdos son las prejubilaciones y las bajas incentivadas.

Prejubilaciones

Los programas de prejubilaciones acogidos entre los acuerdos de reestructuración se abren a los trabajadores con una edad más cercana a la jubilación (las edades previstas son variables o diversificadas según los acuerdos), con cierta antigüedad en la empresa como requerimiento habitual, y con una

⁴² Tal es el caso del acuerdo de Unnim, con una primera fase de puesta en marcha de medidas de reestructuración en la que se abriría un periodo de acciones voluntarias con el fin de alcanzar la disminución en plantilla en la cifra convenida (600 trabajadores). Solo en el caso de que los trabajadores que accedieran voluntariamente a las fórmulas incentivadas no completaran el número de extinciones propuestas y requeridas, se procedería a extinciones forzosas en la cifra diferencial mediante un despido colectivo. Asimismo, en el acuerdo del Banco Ceiss las extinciones forzosas se llevarían a cabo en el número necesario para completar la cifra de extinciones pactada (1.230 empleados) una vez completada una primera fase de bajas incentivadas. A fecha de 30 de mayo de 2013 (y a pocos días de cerrarse el plazo) se habían cursado 1.100 solicitudes de baja, de las cuales 600 correspondían a trabajadores mayores de 56 años, lo que cubriría casi el 90% del plan (<http://www.elnortedecastilla.es/20130530/economia/banco-ceiss-recibe-peticiones-201305300834.html>).

compensación indemnizatoria consistente por lo general en un determinado porcentaje del salario que se viniera percibiendo, hasta el cumplimiento de la edad que le permitiera acceder a la edad ordinaria de jubilación⁴³. A ello se añade el coste del convenio especial de Seguridad Social en las condiciones temporales y cuantitativas previstas⁴⁴, y en algunos casos el mantenimiento de la aportación al plan de pensiones, amén de otros beneficios sociales de la empresa⁴⁵.

Otras dimisiones o extinciones voluntarias (“bajas incentivadas”)

El recurso a las bajas incentivadas por lo general se planifica en los acuerdos como alternativa a otras medidas de reestructuración distintas de las extintivas o incluso para afectados por aquéllas al término de las mismas⁴⁶. Asimismo, y respondiendo a su configuración, todas estas medidas de extinciones son voluntarias, incentivándose precisamente su acogida o adscripción entre los trabajadores, de ahí la excepcionalidad que reviste la previsión de

⁴³ En el acuerdo de Unnim las prejubilaciones estaban previstas únicamente para trabajadores con 53 años cumplidos y 10 años de antigüedad en la empresa, percibiendo una compensación indemnizatoria anual consistente en el 75% del salario fijo bruto anual que se viniera percibiendo, y hasta el cumplimiento de los 64 años en que se accedería a la jubilación. En el caso de no poder acceder hasta los 65 años, la compensación se reduciría al 70% del salario. Por su parte, conforme al acuerdo alcanzado en Seguros Caser con Comfia-CCOO y FeS-UGT (<http://www.comfia.net/html/27192.html>), el trabajador excedente que tuviera 59 años cumplidos, 15 años de antigüedad en la empresa, y cubiertos los periodos de cotización, podía acogerse al sistema de prejubilación por el que percibiría el 80% del salario fijo neto hasta que se jubilara, con una revalorización anual del 1%. Asimismo, en el acuerdo de Banco Valencia el porcentaje del salario anual neto del trabajador era del 80 ó 85% dependiendo de su edad, multiplicado por el número de años en prejubilación, con un máximo de 250.000 euros como compensación total.

⁴⁴ Véase por ejemplo el acuerdo en Banco Caixa Geral (<http://www.comfia.net/html/24860.html>) donde la entidad asume el coste de mantener el Convenio Especial con la Seguridad Social del prejubilado desde la finalización del periodo de percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad de 61 años. A partir de esta edad y hasta los 63 años, el Banco abonaría un importe equivalente a las cantidades necesarias para formalizar por parte del trabajador el Convenio Especial con la Seguridad Social para la cotización a la misma, hasta el importe máximo legalmente posible en cada caso.

⁴⁵ Así por ejemplo en el acuerdo de Unnim, donde los trabajadores prejubilados mantienen la aportación al plan de pensiones, facilidades de préstamos y demás condiciones bancarias. En el acuerdo de Seguros Caser, los prejubilados percibían además el premio de jubilación del Convenio (10 pagas) en el momento de jubilarse. En el acuerdo de Caixa Bank (http://www.fesugt.es/documentos/pdf/ahorro/noticias/20130327_acuerdo_caixabank.pdf) los trabajadores prejubilados mantienen el Plan de pensiones (ahorro y riesgo), una póliza sanitaria gratuita hasta jubilación y condiciones financieras preferentes.

⁴⁶ En este sentido, el acuerdo de Mare Nostrum prevé un número de bajas incentivadas para aquellos trabajadores que, tras el proceso de suspensión temporal de contratos durante seis meses previsto en el propio acuerdo, no aceptasen el nuevo destino.

bajas indemnizadas de afectación forzosa⁴⁷, ocultando tras esta apariencia lo que no son más que despidos pero con mayor compensación económica.

Por lo demás, los acuerdos que contemplan estas medidas ofrecen a su vez todo un amplio repertorio de requerimientos de acceso y condiciones compensatorias.

Desde el punto de vista subjetivo, pueden ofertarse bien a la generalidad de los trabajadores, bien a los empleados designados como afectados por el cierre de centros o traslados forzados⁴⁸, o bien solo residualmente a los trabajadores que no pueden acceder a otras medidas contempladas⁴⁹.

Desde la perspectiva de los requisitos que han de cumplir los trabajadores para acceder a los planes de bajas incentivadas, en ocasiones se exige una determinada edad, pero por lo general se requiere una determinada antigüedad en la empresa⁵⁰.

Finalmente, y desde el aspecto económico compensador, las cuantías indemnizatorias consisten bien en porcentajes de retribución anual bruta fijados linealmente o en función de edad o años de prestación de servicio⁵¹, o bien en indemnizaciones que oscilan entre 30 y 45 días de salario por año⁵², y con frecuencia completadas con aportaciones económicas adicionales⁵³.

⁴⁷ Es el caso de lo previsto en el acuerdo de Banco de Valencia donde, si las bajas incentivadas voluntarias unidas a las prejubilaciones no consiguieran completar el número de 795 extinciones, la entidad procedería a amortizar unilateralmente los puestos de trabajo en la cuantía diferencial, y garantizando las mismas condiciones económicas previstas para las bajas voluntarias, excluyendo la denominada prima de voluntariedad (entre 5.000 y 25.000 euros según antigüedad del trabajador), que aparece así como el único factor diferencial entre una y otra medida.

⁴⁸ Acuerdo en Banco Ceiss.

⁴⁹ Acuerdo en Banco Caixa Geral. Asimismo en el acuerdo Unnim, donde las denominadas dimisiones voluntarias se reservan a los trabajadores de edad que no podrían acceder a las prejubilaciones, mientras que el resto de trabajadores podría acogerse a un plan de extinciones indemnizadas con condiciones diferentes.

⁵⁰ Sin límite de edad pero requiriendo una antigüedad mínima de 6 años, se recoge en el acuerdo del Banco Mare Nostrum S.A.

⁵¹ En el caso de Bankia, por ejemplo, los trabajadores con edad superior o igual a 54 años a fecha 31.12.2013 que se acojan al programa de bajas incentivadas percibirán una cuantía en un único pago, equivalente al 60% de la retribución total, multiplicado por el número de años que median entre la fecha de extinción de la relación laboral más dos años, y la fecha de cumplimiento de los 63 años de edad, con el límite máximo de 5 años. Para los trabajadores de menos de 54 años se prevé un importe equivalente a 30 días de retribución fija por año de servicio con el límite de 22 mensualidades, más unas cantidades variables en función de los años de servicio.

⁵² La indemnización de 30 días se prevé por ejemplo en el acuerdo del Banco Valencia, mientras que en el acuerdo de Mare Nostrum, S.A. las denominadas “desvinculaciones voluntarias” se compensan con una indemnización de 45 días de salario por año laboral trabajado, con un tope máximo de 42 mensualidades. También se prevé esta indemnización en el acuerdo de Banco Caixa Geral. Por su parte, en el acuerdo en Seguros Caser se estipuló que los trabajadores afectados que

Despidos

Las extinciones forzosas aparecen pues, en este tipo de ejemplos negociales, como alternativa última tras agotar las vías de extinción voluntaria o incluso respecto de otras medidas como suspensiones de contrato o traslados. Las indemnizaciones asociadas a estos despidos forzosos siguen superando el mínimo legal previsto, situándose entre 25 días de salario por año de servicio con un máximo de 16 mensualidades⁵⁴, hasta ese máximo de 45 días de salario con el tope de 42 mensualidades⁵⁵, confirmándose de alguna manera la información ofrecida por fuentes ministeriales de que la indemnización media en los despidos colectivos está en 26 días por año trabajado con un tope de 16 mensualidades, pudiendo bajar aún más⁵⁶.

decidieran voluntariamente causar baja definitiva en la empresa en lugar de optar por medidas de recolocación, trabajo a tiempo parcial, movilidad funcional, etc., percibirían una indemnización de 32 días por año de servicio, con un tope de 24 mensualidades más un complemento de 3.000 euros brutos, lo que en la práctica equivaldría a un cálculo indemnizatorio de 37 ó 38 días por año trabajado. En el acuerdo de Barclays Bank la indemnización es de 35 días de salario por año de servicio, con el tope de 24 mensualidades, más una “prima de adscripción” de 20.000 euros.

⁵³ En el acuerdo en Unnim, los trabajadores que se acogen a un plan de extinciones indemnizadas percibirían una cuantía equivalente a 35 días de salario fijo bruto anual por año de servicio y hasta el límite de 30 mensualidades. Adicionalmente, y en función de la antigüedad, el trabajador percibiría una cantidad equivalente a una mensualidad por cada tres años de servicios prestados, e incluso una cuantía lineal adicional de 12.000 euros (sin señalar su concepto). En todo caso, se garantizaba una indemnización equivalente al importe bruto de una anualidad. En el acuerdo de Banco Valencia, los trabajadores en bajas incentivadas percibían, además de la indemnización prevista, una denominada “prima de voluntariedad” entre 5.000 y 25.000 euros según los años de antigüedad en la empresa.

⁵⁴ Así, por ejemplo, en el acuerdo de despido colectivo de Paradores de Turismo de España, SA. La misma cuantía de 25 días por año de servicio se prevé en el acuerdo de Bankia, recibiendo además el trabajador, en un segundo pago, la diferencia entre el importe percibido en el primer pago y la cuantía correspondiente a 30 días de retribución fija por año de servicio con el límite de 20 mensualidades calculada a la fecha de extinción de la relación laboral, más el importe de 2.000 euros por cada tres años completos de prestación de servicios a la fecha de extinción de la relación laboral. La indemnización de 25 días también se prevé en el acuerdo en Banco Ceiss donde no obstante, si en el plazo de 18 meses siguientes a la extinción del contrato el trabajador no hubiera tenido una oferta de puesto de trabajo indefinido, tendría derecho a percibir una cantidad complementaria para alcanzar la indemnización de 30 días de salario por año de servicio con el tope de 20 mensualidades más una cantidad adicional de 700 euros por cada año completo de prestación de servicios en la entidad la fecha de extinción de contrato. La misma previsión se contempla en el reciente acuerdo en Caja3. En el acuerdo con FCC se pacta 31 días por año trabajado con un tope de 25 mensualidades, además de un pago lineal de 5.000 euros. En el acuerdo del Grupo NH Hoteles la cuantía prevista es de 30 días por año de servicio con máximo de 18 mensualidades.

⁵⁵ Así, en el acuerdo de CaixaBank los trabajadores despedidos percibirían una indemnización de 45 días por año con un límite de 42 mensualidades, más una prima de 4.000 euros cada 5 años con un máximo de 20.000 euros.

⁵⁶ Declaraciones del director general de Empleo, Xavier Thibault, recogidas en El País en mayo de 2013 (http://economia.elpais.com/economia/2013/05/09/agen-cias/1368096405_406831.html)

4.1.2. Suspensiones

Son escasos los acuerdos, entre los analizados, que plantean las suspensiones contractuales como medida prioritaria para solventar la situación de la empresa⁵⁷. Por lo general, la suspensión se inserta en todo un conjunto de actuaciones, entre extintivas, de modificación de condiciones laborales, movilidad geográfica, etc.

En unas ocasiones, la suspensión del contrato se configura de forma autónoma, como una medida más a la que pueden recurrir la empresa o los trabajadores, según el carácter forzoso o voluntario con el que esté planteada, y en otras como una medida alternativa que se ofrece por lo general a los afectados por despidos para minimizar el impacto de estos últimos⁵⁸. No obstante, y aun en estos casos, parece tenerse especial cuidado en que las suspensiones no terminen por ser medidas sustitutivas de las extinciones, habida cuenta de la frecuencia con la que se cuantifican las suspensiones a procedimentalizar.

Como programas ofertados a los trabajadores que pudieran quedar afectados por medidas de reestructuración, el recurso a la suspensión del contrato no siempre se plantea bajo perfiles de voluntariedad, reservándose la empresa la posibilidad de suspender los contratos con carácter forzoso, si bien, por lo general, bajo determinados parámetros condicionantes de número máximo de suspensiones a formalizar. En alguna ocasión, incluso el recurso al plan de suspensiones decidido por la empresa se hace depender de la mayor o menor adhesión de trabajadores al programa de suspensiones voluntarias, lo que podría traducirse en una criticable posición para los trabajadores como responsables de las medidas de reestructuración que adoptara la empresa⁵⁹.

⁵⁷ Es el caso por ejemplo del acuerdo en la empresa Iveco España S.L para su centro de Madrid (http://www.industria.ccoo.es/comunes/recursos/54552/doc102625_Acta_acuerdo_11_E RE_suspensivo_en_Iveco_Madrid.pdf) afectando la suspensión de los contratos a todos los trabajadores del centro de forma rotatoria y durante un periodo de seis meses, y fijando una garantía salarial mensual única para todos los trabajadores afectados por la medida suspensiva equivalente al 82 % bruto del salario que el trabajador hubiera percibido con su actividad normal en un mes de trabajo.

⁵⁸ Caso por ejemplo del acuerdo en Ceiss en el que la empresa se reservaba la posibilidad de suspender el contrato hasta un cierto número de trabajadores (1.200), casi coincidente con la cifra de extinciones pactadas (1.230), durante un periodo de seis meses y de manera rotatoria. Esta previsión, de haberse cumplimentado, hubiera significado en definitiva la sustitución de una medida extintiva por otra suspensiva, si no fuera porque finalmente la casi práctica totalidad de las extinciones previstas se solventaron con bajas incentivadas.

⁵⁹ En el mismo acuerdo del Banco Ceiss se admite que por adhesión voluntaria la empresa suspenda el contrato de hasta 150 trabajadores durante un periodo de dos años, añadiéndose en la oferta que cada empleado que se adscribiera a esta medida de suspensión del contrato se reduciría en cuatro el número de los afectados por las suspensiones forzosas de seis meses que

Como apunte también crítico en relación al modo en que se contemplan las suspensiones contractuales en algunos acuerdos de reestructuración, debe mencionarse la ausencia de criterios para procedimentalizar las suspensiones, especialmente las de carácter forzoso. Más allá de indicarse en su caso el número de suspensiones a formalizar y los periodos de vigencia de las suspensiones o de los plazos temporales en los que se implementarían, apenas se indica en el texto de los acuerdos el sistema de adscripción de los trabajadores y sobre todo los criterios a tener en cuenta por la empresa a la hora de decidir los empleados afectados por suspensiones forzosas. En algún caso el acuerdo se remite a los criterios que fueran aplicables para los despidos colectivos⁶⁰, pero lo habitual es encontrar tan solo alusiones genéricas a la gestión directa por la empresa de estas suspensiones⁶¹.

Por el contrario, y como se indicaba, los acuerdos sí contemplan por lo general previsiones sobre duración de la suspensión, periodos temporales en los que se implementarían⁶², condiciones económicas de los trabajadores durante la suspensión y garantías de reincorporación a su término.

En lo que respecta a la duración de la situación suspensiva, es de resaltar la previsibilidad en algunos acuerdos de diferentes programas, con condiciones diferenciadas, en función precisamente de su permanencia en el tiempo, articulándose programas de tres meses, seis meses de duración o incluso de años⁶³.

Desde el punto de vista de las condiciones económicas, para programas de suspensión, sean o no voluntarios, se fijan cuantías compensatorias bajo la fórmula de mejoras voluntarias o prestaciones complementarias a cargo de la

pudiera imponer la empresa. Asimismo, en el acuerdo de Mare Nostrum la adscripción al programa de suspensión durante 6 meses “tendrá un carácter voluntario inicialmente, siendo de carácter obligatorio hasta alcanzar el número planteado por la empresa, en caso de que con las solicitudes voluntarias no se alcance el número de suspensiones necesarias para cubrir este programa”.

⁶⁰ Acuerdo en Banco Ceiss.

⁶¹ Es el caso por ejemplo del acuerdo en Mare Nostrum, donde se indica que la adscripción de personas al programa de suspensiones contractuales “será gestionada por la dirección de la empresa bajo criterios organizativos, no discriminatorios y garantizando en cualquier caso el mantenimiento de la representatividad sindical en los centros de trabajo afectados”.

⁶² En un solo periodo de seis meses en el acuerdo de Mare Nostrum, o a lo largo de cuatro años en el acuerdo de Banco Ceiss.

⁶³ La medida suspensiva contemplada en el acuerdo de Paradores de Turismo alcanza los tres años de duración. Por su parte, el acuerdo de Ceiss contempla una dualidad de programas de seis meses y otro de dos años. En el acuerdo de Mare Nostrum también se prevé un programa general de 100 a 150 suspensiones simultáneas de 6 meses de duración, y otro que afecta a 800 empleados suspendiendo sus contratos de forma rotatoria durante tres meses a lo largo de dos años de vigencia del programa. En el acuerdo de Caixa Banco Geral la duración de la suspensión, de uno o dos años, queda a voluntad del trabajador solicitante.

empresa que se añaden a la prestación por desempleo que en su caso pudiera corresponder al trabajador⁶⁴.

Finalmente, y respecto a las circunstancias de reincorporación, no siempre se garantiza el reingreso en las mismas condiciones laborales existentes con anterioridad⁶⁵, lo que sin duda altera el régimen jurídico previsto para las suspensiones forzosas en la ordenación estatutaria. Precisamente esta circunstancia es la que en estos mismos acuerdos justifica la precisión de unas bajas incentivadas para el trabajador que no quiera aceptar el nuevo destino, o para el que finalmente opte por no reincorporarse.

4.1.3. Excedencias de mutuo acuerdo

Este tipo de medida a caballo entre la suspensión y la extinción, se contempla con menor habitualidad entre los acuerdos de reestructuración, y en todo caso siempre como alternativa a un despido colectivo, incentivando el recurso a la excedencia con el fin de minimizar el impacto de medidas extintivas, pero en ocasiones de una manera limitada en tanto que se predetermina el número máximo de las excedencias a las que pueden acogerse los trabajadores. Sin embargo, y a diferencia de las suspensiones, las excedencias se contemplan siempre con carácter voluntario. Y al igual que la suspensión de contrato, su inclusión entre tales acuerdos presenta variados perfiles en atención a la duración prevista para la excedencia, condiciones económicas en su caso, y mecanismos de reincorporación al término de la misma⁶⁶.

⁶⁴ En el acuerdo del Banco Ceiss, durante la suspensión de contrato el trabajador tendría derecho a percibir la prestación de desempleo que legalmente correspondiera y, con carácter de mejora voluntaria de dicha prestación, una cuantía mensual equivalente a un doceavo del 20% del salario bruto fijo anual que tuviera en la fecha de inicio del periodo de suspensión de contrato. En el acuerdo de Mare Nostrum, la empresa abonará en concepto de prestación complementaria hasta un máximo de 500 euros mensuales durante el período de suspensión. En el acuerdo de Banco Caixa Geral la compensación prevista es equivalente al 20% del salario bruto fijo de los doce meses anteriores a la suspensión.

⁶⁵ En el caso del acuerdo de Banco Ceiss la garantía de reincorporación no era al mismo puesto de trabajo anterior, sino “en el destino más cercano posible al que tenía antes del inicio de la suspensión del contrato”. En el acuerdo de Mare Nostrum, a la finalización de los 6 meses de suspensión, la empresa le notificará al trabajador su nuevo destino que podría ser cualquiera dentro del ámbito geográfico de implantación del Banco.

⁶⁶ Por ejemplo, en el acuerdo de Unnim el trabajador percibiría una cuantía anual equivalente al 30% del salario bruto fijo anual que viniera percibiendo con un mínimo garantizado de 9.000 euros y un máximo de 12.000 euros. Al término de los cinco años de excedencia se garantizaba el retorno a la empresa, y en el caso de que el trabajador no estuviera interesado en volver y optara por una baja voluntaria, tendría derecho a una indemnización de 35 días de salario por año de servicio con el límite de 30 mensualidades. En el acuerdo de Caixa Bank se preveía una excedencia de 3 ó 5 años, percibiéndose el 30% del salario bruto, con un mínimo de 14.000 euros anuales y un máximo de 20.000 euros.

Caso particular lo presenta un acuerdo en el que a mayor duración de la excedencia se mejora la cuantía compensatoria a percibir por la empresa, pero se reducen las opciones por un reintegro en las mismas condiciones⁶⁷.

4.1.4. Reducciones de jornada

Apenas se contempla esta medida entre los acuerdos de reestructuración, y de reverse es dentro de todo un conjunto o combinado de actuaciones y sin ostentar ninguna posición privilegiada entre ellas.

Los rasgos que presenta su planificación allí donde se contempla esta medida coinciden por lo general en su carácter voluntario, ofreciéndose en una proyección temporal o definitiva, con módulos de reducción que oscilan entre un mínimo de 20% y un máximo de 50% de la jornada, y con una reducción salarial directamente proporcional a la reducción de tiempo de trabajo⁶⁸, pero sin más detalle sobre cómo se procedimentalizaría formal y temporalmente tal reducción, en una aparente intencionalidad de no circunscribir bajo los términos de un acuerdo una decisión organizativa con pretendidos amplios márgenes de flexibilidad.

4.1.5. Movilidad geográfica

La contemplación de esta medida se prevé con profusión entre los acuerdos detectados en el sector bancario para afrontar los efectos de las fusiones y reestructuraciones que se han generalizado en tal ámbito de actividad. El cierre de sucursales, oficinas y demás centros de actividad fuerza sin duda a contemplar primigeniamente las probabilidades de recolocación en otros lugares de trabajo cercanos o no.

De ahí que los traslados también se contemplen por lo general como medidas alternativas a los despidos o incluso a las bajas incentivadas, para

⁶⁷ Tal como se indica en el acuerdo de Mare Nostrum, la excedencia por un periodo igual o mayor a un año y menor de dos se retribuirá con un 15% del salario actual, y se concede con reserva de puesto de trabajo y plaza anterior. La excedencia por un periodo igual o mayor de dos años y menor de tres se retribuirá con un 20% de salario actual y se concede con reserva de puesto de trabajo dentro del ámbito de los 25 kilómetros de movilidad sobre la plaza anterior. Y la excedencia por un periodo igual o mayor de tres años y menor de cinco se retribuirá con un 30% del salario actual y se concede con reserva de puesto de trabajo dentro del ámbito de los 25 kilómetros de movilidad sobre la plaza anterior.

⁶⁸ Acuerdos en Mare Nostrum y Barclays Bank. En el acuerdo de Paradores de Turismo solo se especifica que la medida de reducción del 25% jornada se aplica a 400 trabajadores designados por la empresa, y que la reducción “podrá ser llevada a cabo, bien mediante jornadas completas de trabajo, bien mediante medias jornadas”.

quienes están afectados por cierres de centros, o bien adoptan la posición contraria de medidas que pueden ser sustituidas por bajas o extinciones forzosas para los trabajadores que no aceptaran las recolocaciones o traslados forzosos⁶⁹. Por lo demás, estas medidas de movilidad geográfica suelen venir acompañadas por cuantías compensatorias, bien lineales, o bien en función de la distancia en que se encuentre el nuevo puesto de trabajo en relación con el anterior⁷⁰.

4.1.6. Otras medidas de reestructuración

Como se indicaba, al margen de aquellas medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada que de forma particular o específica constituyen el objeto de lo negociado, los acuerdos de reestructuración analizados suelen contemplar otro tipo de medidas que implican variaciones contractuales (en jornada, funciones, lugar de trabajo, retribuciones, etc.) afectando bien a los trabajadores excedentes, como acciones alternativas a los despidos inicialmente planteados, o bien al resto de trabajadores como actuaciones de orden estructural o coyuntural justificadas en el mismo contexto empresarial.

Pareciera que una vez abierto el proceso negociador con el fin de adoptar medidas directas e inmediatas con las que hacer frente a la causa alegada, se aprovechara la ocasión para abordar otras cuestiones cuyo planteamiento pudiera venir justificado en mayor o menor medida por la situación de la empresa, o bien para introducir en el acuerdo aspectos no tratados en previas negociaciones⁷¹. Incluso en más de un ejemplo se unifica en un solo acuerdo de

⁶⁹ En el acuerdo del Banco Ceiss, si aún no se hubiera cubierto el límite de las extinciones previstas mediante bajas incentivadas, los trabajadores afectados por la movilidad forzosa podrían acogerse también a dicho plan. Si se hubiera completado el cupo, se procedería al traslado obligatorio. En el acuerdo de Unnim, si las extinciones voluntarias de los trabajadores, a través de las diversas fórmulas arbitradas, no completaran la cifra inicialmente pactada, se procedería a una segunda fase de despidos colectivos, si bien ofertando previamente a los trabajadores afectados puestos de trabajo en el conjunto del grupo empresarial. Si no aceptaran los traslados, se procedería a la extinción de su contrato con una indemnización de 35 días de salario por año de servicio, con el límite de 30 mensualidades. Asimismo, en el acuerdo de Bankia, en caso de que el empleado no acepte la movilidad geográfica la empresa podrá proceder a la extinción de la relación laboral por la amortización de su puesto de trabajo

⁷⁰ De conformidad con el acuerdo en Banco Ceiss, el trabajador tendría derecho a percibir las compensaciones por traslado legalmente previstas. Adicionalmente, si el trabajador cambiara efectivamente de residencia, se le abonaría una compensación de 700 euros mensuales durante doce meses. En el acuerdo de Bankia y en el de Banco Caixa Geral, se disponen diversas cuantías dependiendo de la distancia en kilómetros.

⁷¹ Es así como por ejemplo en el acuerdo de Unnim no solo se incluyen estipulaciones relativas a retribuciones, adaptaciones de jornada y horario, sino también otras relativas a beneficios

reestructuración lo que podría ser el resultado de varias negociaciones diferenciadas conforme a la procedimentalización prevista en los correspondientes preceptos estatutarios⁷², lo que sin duda es ejemplo claro de la unificación de esfuerzos negociadores a los fines de un único y general planteamiento de reordenación de las relaciones laborales en la empresa bajo una justificación causal uniforme.

Particularmente las previsiones de ajuste salarial son las estipulaciones que ocupan una posición central entre ese otro conjunto de medidas reordenadoras o modificativas de las condiciones laborales que pueden acogerse en los acuerdos de reestructuración. Tales ajustes se expresan en rebajas de salario o componentes del mismo, bien sea con carácter estructural o coyuntural, y actuando como medida residual que afecta a la plantilla resultante tras las bajas, extinciones y despido⁷³s, en una clara práctica de modificación de condiciones salariales acordada ya no de forma diferenciada o individualizada conforme al art.41 ET sino bajo el amparo y cobertura general de estos acuerdos de reestructuración.

De hecho, la incorporación de estas otras estipulaciones en un acuerdo, inicialmente planteado para abordar las medidas que fueran necesarias para

sociales, mejoras voluntarias, e incluso incorporando un extenso plan de igualdad. Caso particular lo constituye también el acuerdo de Paradores de Turismo donde, bajo el apunte justificativo de “atender adecuadamente las demandas y exigencias del servicio”, se incluye dentro del acuerdo lo que denomina “Medidas relativas al convenio de Paradores”, recogiendo estipulaciones referentes al calendario, régimen de turnos, descansos, complemento de la prestación por incapacidad temporal, licencias y tablas salariales.

⁷² En el mismo acuerdo de reestructuración adoptado en Banco Ceiss, se estipularon medidas de modificación de condiciones de trabajo e inaplicación del convenio colectivo con el fin de mejorar la competitividad y la viabilidad de la empresa. Los propios sujetos negociadores del acuerdo entendieron, y así lo reflejaron en el texto del acuerdo, que el adoptado a los fines de reestructuración empresarial cumplía también los requerimientos de los arts. 41 y 82.3 del ET para darle plena validez y eficacia. Asimismo el acuerdo de Bankia incluye modificaciones salariales y de otras condiciones laborales con el fin de “contribuir a garantizar la viabilidad futura y el mantenimiento del empleo en la Entidad presente y futuro. A estos efectos, las partes entienden que el período de consultas seguido en el presente proceso tiene validez y comprende el previsto en el artículo 82.3 del ET en relación a las modificaciones de condiciones previstas en el Convenio Colectivo”.

⁷³ En el acuerdo del Banco Ceiss se pactó que, una vez culminado el expediente de regulación, los 3.500 trabajadores que quedarán como integrantes de la plantilla de Banco sufrirán una rebaja media del 9% en el salario estructural y del 30% en los pluses funcionales. Asimismo se suprimían los premios y pagas de antigüedad, natalidad y nupcialidad. Con carácter coyuntural y durante tres años se suspendían las aportaciones al plan de pensiones por la contingencia de jubilación, el devengo y cobro del plus convenio, el devengo de trienios y de los ascensos por antigüedad o experiencia, la ayuda de estudios para empleados, para la formación de hijos de empleados y guardería. Por su parte, en el acuerdo de Mare Nostrum la rebaja salarial tenía un estricto carácter temporal (dos años máximo) y garantizando en todo caso un salario no inferior a 30.000 euros anuales brutos en condiciones de jornada completa.

afrontar una concreta situación empresarial, convierte en última instancia dicho acuerdo en una estipulación colectiva muy singularizada, en ese acuerdo marco de reestructuración que afronta la ordenación de las relaciones laborales en la empresa en función de su contexto presente y de futuro. Al mismo tiempo, este tipo de estrategia negocial, dando como resultado un único acuerdo global, presenta la ventaja de aportar cierta seguridad funcional en la operatividad de la empresa, evitando encadenar medidas de reestructuración, con la consiguiente apertura de procedimientos consultivos, en el caso de que fuera necesario o ineludible, que arrastrara por lo demás mayor desgaste y pérdida de fuerza negociadora, especialmente entre la representación del personal.

4.2. Trabajadores afectados por las medidas y criterios de designación

Tanto el art. 51.2 ET como el art. 3 del RD 1483/2012, uno y otro tras el redactado ofrecido por el RDL 11/2013 de 2 de agosto, exigen que en el escrito de inicio del periodo de consultas el empresario proporcione información sobre número y categoría de trabajadores afectados, así como los criterios tenidos en cuenta para su designación. Sin duda, estos extremos pueden significar un importante punto de fricción entre las posiciones de las partes al momento del proceso consultivo que incluso en ocasiones impida la consecución de un acuerdo final. De hecho, la inicial propuesta que presentara la empresa de trabajadores afectados por las medidas puede llegar a centralizar la negociación, girando la acreditación y justificación de la causa alrededor de su afectación subjetiva, y condicionado a la vez la concreción de medidas de acompañamiento social o del plan de recolocación en el supuesto de medidas extintivas.

La esencialidad de la relación nominal de trabajadores afectados y de los criterios tenidos en cuenta para su designación dentro del proceso negocial que puede conducir a un acuerdo, es confirmada por lo demás por las resoluciones judiciales. En efecto, como no puede ser de otro modo desde el planteamiento normativo, se parte del poder organizativo y de dirección de la empresa que le permite determinar a los trabajadores afectados en su caso por una medida de reestructuración, sin que el ordenamiento jurídico le imponga más límites que los derivados de la representación legal de los trabajadores y el respeto al principio de igualdad y no discriminación. Pero sobre esta base, la empresa sí debe aclarar y justificar la elección de los afectados y los criterios de designación. Por ello, no faltan resoluciones judiciales que tanto analizan los criterios utilizados bajo barómetros de objetividad, idoneidad y suficiencia⁷⁴, como anulan

⁷⁴ Véase al respecto, entre otras, Sentencias del TSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (AS 2013/278), del TSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 (JUR 2013/206293) y del TSJ Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2013 (AS 2013/277).

la decisión extintiva impugnada porque en la comunicación y documentación facilitada no se especifica la clasificación profesional de los trabajadores afectados o los criterios de selección de los mismos⁷⁵, pues “una cosa es que el legislador haya flexibilizado las medidas tendentes a conseguir que las empresas adapten más fácilmente su plantilla conforme a la situación que presenten, y otra, bien dispar, que para ello no tengan que someterse a unos requisitos mínimos, entre los que, en clave procedimental, se encuentra el de especificar debidamente los criterios para la designación del personal afectado”⁷⁶.

No obstante, la esencialidad de la relación nominal de afectados y criterios de designación parece terminar ahí, al momento de su propuesta inicial y su debate en su caso dentro del proceso de negociación, puesto que una vez adoptado el acuerdo apenas se incluye en éste información sobre tales extremos.

Sí es cierto que habitualmente se cuantifican los despidos que habrían de efectuarse, pero sin referencias a su identificación por puestos de trabajo, categorías, grupos profesionales, etc. De hecho, la práctica habitual, como se ha visto, es la de abrir vías alternativas a los despidos, de acceso voluntario por los trabajadores, para intentar cubrir la cifra pactada de extinciones. La irrelevancia de los criterios de selección del personal afectado por los despidos se muestra pues claramente en todos estos acuerdos donde se pretende e incentiva que el número de extinciones pactadas sea completado por toda una batería de extinciones voluntarias (prejubilaciones o bajas incentivadas). Y sin embargo, en la medida en que los despidos pueden implantarse cuando no se cumplan estos objetivos, extrañamente tampoco es habitual encontrar entre los textos de los acuerdos analizados referencias a criterios de afectación.

Son pues más que excepcionales los textos pactados donde se alude a criterios de selección de trabajadores afectados por las medidas de reestructuración,

⁷⁵ En este sentido, Sentencia del TSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS 2012\1049), precisando además que “la no comunicación de la clasificación profesional de los trabajadores y la falta de necesaria concreción en los criterios de designación de los afectados, impide cumplir los objetivos básicos del periodo de consultas, pues resulta imposible negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen esos extremos, imposibilitando proponer medidas que eviten o atenúan las consecuencias del despido colectivo”. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 (proced. nº 124/2012) considerando la ausencia de información sobre los criterios como un vicio grave constitutivo de nulidad de los despidos al “impedir negociar razonablemente la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del periodo de consultas”. Véase por lo demás, Lousada Arochena, J.F., “El deber de negociar de buena fe en la fase de consultas del despido colectivo”, Revista Aranzadi Social, paraf. 9/2013 (BIB 2013\921), comentando en especial la STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2012 (AS 2013\60).

⁷⁶ Sentencia citada de TSJ Galicia de 2 de mayo de 2013.

expresándose bien una definición en positivo (listando los criterios)⁷⁷, o en bien en negativo (indicando grupos de trabajadores que no podían quedar afectados por decisiones empresariales de despido)⁷⁸, destacándose no obstante un ejemplo negocial donde se incorpora como anexo al acuerdo un completo texto sobre criterios de afectación de empleados⁷⁹.

4.3. Medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación

En la previsión normativa (art.51.2 ET) las medidas sociales de acompañamiento han de responder a la finalidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias. La primera perspectiva funcional ya suele cumplirse de por sí entre los acuerdos al acoger prejubilaciones, bajas incentivadas, suspensiones o traslados como alternativas a los despidos para disminuir su número. De ahí que lo habitual sea presentar, bajo la fórmula frecuente de un plan social, una serie de medidas que van destinadas a compensar o a minimizar el impacto de las extinciones sobre los afectados, tales como indemniza-

⁷⁷ Es el caso por ejemplo del acuerdo en Banco Ceiss, recogiendo una lista en la que se priorizan a los afectados por cierres de oficinas, o por líneas de actividad que se cierran o abandonan. Tras ellos, se alude a mayores de 56 años "por razón de la mayor protección que para ellos se establece en el presente acuerdo", y finalmente se mencionan criterios generales alusivos a la "Especialización o polivalencia y adaptación al cambio", y a la "capacitación profesional para el desarrollo del trabajo, así como potencial del trabajador". En el acuerdo del Grupo NH Hoteles precisamente el primer criterio para la selección de trabajadores afectados por el despido es el de la adhesión voluntaria, al que siguen otros de diverso perfil y grado de concreción: "Conexión con el puesto de trabajo amortizado (proximidad funcional y/o geográfica); en razón inversa a las ratios de productividad de cada empleado; en razón inversa a la especialización o polivalencia de cada trabajador; mayor coste operativo (salario y cargas sociales); falta de adecuación entre el perfil de la persona y los requerimientos del puesto; imposibilidad de reubicación en otro puesto no excedente; ranking de productividad por territorios (personal de ventas); posibilidad de acceso a la jubilación; evaluación de desempeño".

⁷⁸ En el acuerdo de Banco Valencia se excluyen de las bajas indemnizadas de afectación forzosa a quienes padezcan una discapacidad igual o superior al 33%; a quienes tengan hijos con igual porcentaje de discapacidad; a víctimas de violencia de género; a quienes se hubieran trasladado voluntariamente como consecuencia de un ERE anterior; y a los mayores de 50 años. En el acuerdo de Barclays Bank, junto a trabajadores con discapacidad o que tengan hijos discapacitados y a víctimas de violencia de género, también se excluye a uno de los dos miembros de un matrimonio que estén empleados en la entidad, siempre que el matrimonio fuera anterior a la fecha del acuerdo.

⁷⁹ Es el supuesto del acuerdo de Bankia, donde bajo el título de "Criterios de afectación de empleados. Marco de aplicación y desarrollo" se incorporan datos justificativos de las oficinas que se han seleccionado para su cierre, de la sobrecarga de trabajo excedente en otras oficinas, de la ratio de clientes activos por empleado, etc., para determinar así el número de personas afectadas por los despidos y las medidas de movilidad geográfica, al que siguen los concretos criterios de afectación para cada una de las medidas de reestructuración contempladas en el acuerdo.

ciones más favorables para los trabajadores de más edad, ayudas financieras, planes de formación o recolocación, etc.

La diversidad de medidas previstas va asociada por lo general a una particular individualización de sus destinatarios bajo el denominador común de su suscripción voluntaria, reservándose como es lógico las actuaciones de recolocación solo a los trabajadores excedentes, mientras que todos los afectados por cualesquiera medidas de reestructuración se benefician de otras acciones como especiales condiciones bancarias en préstamos, ayudas financieras, cursos específicos de reciclaje y formación, mantenimiento del plan de pensiones o de otras ayudas asistenciales, etc.⁸⁰

En lo tocante al plan de recolocación, tampoco los acuerdos se muestran especialmente detallistas. Tal como dispone el art.51.10 del ET y desarrolla el art.9 del RD 1483/2012, este plan de recolocación externa resulta obligatorio en despidos colectivos de empresas de más de 50 trabajadores, no incursas en procedimiento concursal, conformando un derecho del empresario de elaborarlo pero también un deber de incluirlo en la documentación que acompaña a la comunicación que inicia el procedimiento. La norma no exige que el plan elaborado y propuesto por la empresa se someta a discusión, debate y negociación en el seno del periodo de consultas, pero sí viabiliza claramente esta posibilidad al decir el RD 1483/2012 que en todo caso, tras finalizar el periodo de consultas, “deberá ser presentada su redacción definitiva”. Siendo así, tanto en la inicial propuesta elaborada por la empresa, como en el redactado final que presente tras su paso por el periodo de consultas, el plan de recolocación debe contener una serie de extremos que permitan dar cumplimiento a la finalidad del mismo, tal y como se exige desde la norma reglamentaria: garantizar a los trabajadores afectados por el despido, y de forma especial a los de mayor edad, “una atención continuada” por un periodo mínimo de seis meses, con vistas a la realización de una serie de acciones destinadas a mejorar su empleabilidad e inserción en el mercado de trabajo. En modo alguno es un compromiso de volver a contratar a los trabajadores en un determinado plazo de tiempo, sea en la misma empresa o en otra del mismo grupo empresarial en su caso, ni tampoco es un plan formativo organizado *ad intra* y financiado por la propia empresa con tal finalidad. En la letra de la norma, este plan no es más que un programa de empleabilidad articulado sobre cuatro ejes principales (intermediación, orientación, asesoramiento y formación profesional⁸¹) que precisa-

⁸⁰ En este sentido, acuerdos en Unnim, Seguros Caser, Banco Valencia, Banco Caixa Geral.

⁸¹ Como se expresa el art. 9.3 del RD 1483/2012, “El plan de recolocación presentado por la empresa al inicio del procedimiento deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad en las siguientes materias: a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las

mente son las líneas básicas de actuación de una empresa de recolocación autorizada, de tal modo que el plan delinearán esas medidas que una empresa de tal carácter habrá de desarrollar con los trabajadores despedidos, por cuenta y financiación de la entidad empleadora. Garantiza así la norma el recurso a este tipo de empresas de recolocación⁸², nacidas al amparo de la nueva regulación de las agencias de colocación por Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, para ayudar a los trabajadores a reincorporarse en el mercado laboral y posiblemente también a las empresas, a las que se les proporciona un instrumento de enorme utilidad en el seno de la negociación y cierta imagen de eficaz gestión y colaboración⁸³.

Sin duda alguna pues este plan puede convertirse en un punto absolutamente esencial en el marco del posible acuerdo, como continuación lógica a la acreditación de la causa, a la concreción de sus efectos cuantificándolos en número de afectados por la extinción, y a la estipulación de medidas compensatorias o atenuadoras, entre las que se sitúa en lugar destacado este plan de recolocación. Sin embargo, como se indicaba, los acuerdos de reestructuración con obligación de incluir tal plan de recolocación parecen dedicarle un papel secundario. De hecho, los acuerdos que cumplen la previsión del art.51.10 ET normalmente se limitan a apuntar la existencia de ese plan al que puede acogerse cualquier trabajador excedente, o a mencionar la empresa especializada que ha sido contratada por la empresa para prestar servicios de orientación

ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo. b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación. c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas. d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos.

⁸² No extraña pues que, como se publicaba en El País de 17 de febrero de 2013 (http://economia.elpais.com/economia/2013/02/15/actualidad/1360949892_377406.html), la actividad de estas entidades especializadas haya crecido casi un 70% sobre el año anterior, aun cuando hay toda una guerra de precios en el sector para ofrecer presupuestos más ajustados pero también criticados por su insuficiencia para conseguir resultados.

⁸³ En tal sentido se ha apuntado el creciente protagonismo de las prácticas de responsabilidad social corporativa como uno de los factores de desarrollo de este tipo de empresas. “Los programas de acompañamiento para favorecer la recolocación de los trabajadores implican, en definitiva, que el trabajador no es el único responsable de su situación de transición laboral, que su permanencia en el mercado de trabajo no es sólo responsabilidad de la Administración Pública por lo que la empresa tendría que jugar un papel en su recolocación, aunque sea favoreciendo su empleabilidad”. Cfr. Sáez Lara, C. “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”. Revista Temas Laborales nº 107/2010, pág. 340.

profesional y búsqueda de empleo⁸⁴, y solo excepcionalmente se incorpora en el acuerdo el plan delineado por la empresa de recolocación contratada⁸⁵.

En consecuencia, con esta práctica no es posible detectar la entidad de tales planes y sus contenidos materiales en orden a comprobar su grado de adecuación o incluso mejora con los términos señalados por la norma, y concretamente cuales sean las medidas contempladas, el periodo de atención previsto (si igual o mayor duración que el de seis meses previsto normativamente), si se contempla cierta valoración o seguimiento del plan en relación a resultados obtenidos de inserción o recolocación, si el plan se contrata con una o varias empresas de recolocación, o las vías de reclamación por los trabajadores en caso de incumplimiento (en línea a lo previsto en el art.51.10 in fine ET); una práctica de falta de visibilidad del plan de recolocación que permitiría dudar, cuanto menos, del cumplimiento por parte de la empresa de los requerimientos normativos sobre la constancia y concreción material de dicho plan (art.51 ET y art.9 del RD 1483/2012)⁸⁶.

4.4. Aplicación y seguimiento del acuerdo

El art.51.2 d) ET exige que en el escrito de inicio de las consultas se mencione el periodo previsto para la realización de los despidos, de tal modo que tras pasar en su caso por la negociación, y una vez concretadas y acordadas las medidas de reestructuración a adoptar, el acuerdo habría de recoger entre sus estipulaciones el periodo de ejecución de dichas medidas a partir del

⁸⁴ Apuntes muy generales sobre los planes de recolocación se encuentran por ejemplo en los acuerdos del Banco Ceiss, de Barclays Bank, de Banco Caixa Geral, de Paradores de Turismo, y del Grupo NH Hoteles, si bien éste último también destina a los empleados afectados directamente por los despidos, un plan de recolocación interna que contempla la posibilidad de participar en un proceso de selección en empresas del sector y proveedores bajo determinadas condiciones.

⁸⁵ Así, el acuerdo de Banco Valencia y especialmente el adoptado en Bankia, dedicando todo un anexo del acuerdo al plan de recolocación y en donde se fijan los objetivos del mismo, su estructura, la descripción de acciones y servicios asociados, así como una serie de acciones complementarias (plan de movilidad internacional; formación complementaria para el reciclaje profesional; programa de emprendizaje; acciones de prevención de riesgos psicosociales). Por lo demás, aunque se listan una serie de empresas proveedoras de las medidas contempladas en el plan, se especifica que Bankia contrataría en cada territorio a la empresa que garantice ese mejor conocimiento y mayor integración en el mercado laboral local.

⁸⁶ La Sentencia del TSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2012 (AS 2013/51), considera, aunque en *obiter dicta*, que el requisito de presentar un plan de recolocación no se cumple realmente por la empresa puesto que solo se limita a indicar la oferta de contratar la realización de tal plan por una empresa consultora en cuestión, sin concretar nada más, ni medidas, ni presupuesto ni forma de pago.

momento en que se comunique el acuerdo a la autoridad laboral⁸⁷. En definitiva, precisando una cierta temporalización, especialmente en supuestos de extinciones contractuales, en la que se fije al menos el término final tal periodo, tal y como ya se exige en algún pronunciamiento judicial por ineludibles razones de seguridad jurídica⁸⁸.

Tratándose de medidas de suspensión contractual o reducción de jornada, las mismas razones habrían de exigir que en las negociaciones y eventual acuerdo se indicara, no solo el periodo en el que aquellas medidas se ejecutarían, sino también la fase final en la que se produciría la reincorporación al trabajo por término del periodo suspensivo, ya sea en modalidad continua o discontinua, simultánea o sucesiva, y la fecha para la recuperación de la jornada reducida en la graduación que asimismo se hubiera pactado previamente.

La identificación del momento final o el término en el que se produce la reintegración a la situación contractual anterior a la adopción de la medida suspensiva o de reducción de jornada, debiera ostentar una importancia esencial en la sustanciación del procedimiento mismo de reestructuración en tanto que éste ha quedado delimitado por la coyunturalidad de la situación empresarial. Es decir, el recurso a la suspensión o reducción de jornada se justifica precisamente porque el escenario causal que presenta la empresa tiene un acreditado carácter coyuntural y en consecuencia requiere medidas de vigencia temporal, de operatividad durante el periodo limitado que resulte necesario para resolver o satisfacer la necesidad empresarial. En definitiva, las medidas de suspensión y reducción que se justifican en atención a ese elemento de coyunturalidad tienen consiguientemente una proyección temporal delimitada, sin que el término final de tal periodo pueda quedar indeterminado o condicionado

⁸⁷ Para los supuestos de ausencia de acuerdo, el nuevo redactado de los artículos 47.1 y 51.2 ET por efecto del RDL 11/2013, de 2 de agosto, incorpora una previsión ya contenida en el RD 1483/2012: un plazo de quince días para que el empresario comunique su decisión sobre la suspensión contractual o el despido colectivo a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en periodo de consultas y que en teoría, al no alcanzarse el acuerdo, provoca la finalización del procedimiento. Aun cuando ello ya faculta al empresario a ejecutar las medidas de reestructuración que hubiera planteado, la norma prevé este peculiar plazo de caducidad de 15 días para comunicar su decisión final y las condiciones de ejecución, pues en caso contrario decaen los efectos del procedimiento desarrollado, y la necesidad de iniciar un nuevo para adoptar cualquier medida de suspensión contractual o de despido colectivo (artículos 12.4 y 20.7 del RD 1483/2012).

⁸⁸ En este sentido indicaba la Sentencia del TSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (AS 2012\1773) que “hacer constar que el lapso temporal será ‘a partir de 30 de Marzo de 2012’, sólo significa fijar el *dies a quo*, mas no el término final del espacio de tiempo en que la empresa materializará las medidas extintivas de carácter individual que son consecuencia obligada de su decisión de despido colectivo, lo que, bien mirado, conlleva una incertidumbre para el personal afectado que es totalmente contraria al principio de seguridad jurídica”.

al albur de previsiones futuras o de como fuera la marcha de la empresa o del mercado a corto / medio plazo. Por la misma razón, tampoco sería admisible que en un eventual acuerdo con los representantes de los trabajadores se previera una prolongación o prórroga en la vigencia de las medidas adoptadas pues ello habría de ser en su caso objeto de un nuevo procedimiento⁸⁹. Si la situación de la empresa exigiera mantener las medidas más allá del tiempo inicialmente previsto, debería iniciar una nueva tramitación para acreditar tal exigencia causal y sus efectos en la subsistencia de las mismas o distintas acciones y entre los mismos o distintos trabajadores afectados.

Ahora bien, situando estas consideraciones ante la realidad práctica de los acuerdos formalizados, el reflejo es extremadamente débil y difuso. Es cierto que suele concretarse en ellos el periodo de ejecución de las medidas contempladas, bien prefijando un único término final⁹⁰ o bien programando varias fases determinadas temporalmente, en especial si aquellas medidas afectan a un considerable número de trabajadores⁹¹. Pero respecto de aquellas de carácter temporal como son las suspensiones contractuales, más allá de indicar la duración del periodo suspensivo y, en su caso, el compromiso de reincorporación en el mismo puesto de trabajo, no se incluyen precisiones sobre procedimentalización a la hora de efectuar el reingreso en la empresa, ni tan siquiera cuando se ha previsto que la medida suspensiva afectara a todos los trabajadores de forma rotatoria⁹². Lo mismo sucede en los escasos acuerdos donde se contempla una medida de reducción de jornada, limitándose tan solo, como se ha visto, a indicar el porcentaje de reducción pactada con su correspondiente y proporcional disminución salarial, dejando por tanto imprecisada la garantía de coyunturalidad de la misma por la ausencia de mecanismos expresos de recuperación de la jornada.

Por otra parte, y entre las estipulaciones destinadas a garantizar la adecuada ejecución de lo pactado, los acuerdos de reestructuración suelen incluir menciones a compromisos aplicativos y de futuro que asume la empresa, por lo general, de no adoptar sin previo acuerdo o negociación con la representación

⁸⁹ Opinión diversa mantiene Cavas Martínez, F., "Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas", op.cit., pág. 107, al admitir la posibilidad de una prórroga si se ha previsto en la solicitud inicial una prolongación de la situación coyuntural, y solo en caso de no previsión habría que tramitar un nuevo procedimiento.

⁹⁰ Acuerdos en Banco Ceiss y en Bankia.

⁹¹ Así por ejemplo en el acuerdo de reestructuración de Unnim, firmado el 24 de octubre de 2012, las medidas extintivas se iban a desarrollar a lo largo de varios meses cada año durante un periodo de tres (de 2012 a 2014). También el acuerdo de Barclays Bank programa una primera fase de implementación para 2013 y 2014, y una última de ejecución en 2015 de un número ya reducido de despidos.

⁹² Como es el ejemplo del acuerdo en Banco Ceiss.

sindical medidas de reordenación y organización interna de carácter colectivo (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensiones, reducciones de jornada y despidos), al menos durante la vigencia del acuerdo⁹³.

Finalmente, en estos acuerdos de reestructuración, en tanto que contienen todo un conjunto de medidas y actuaciones de proyección a corto y medio plazo, es habitual encontrar la previsión de una comisión paritaria de interpretación y seguimiento del mismo, con la funciones que especifica el propio acuerdo, entre las que se citan generalmente la de recepción de toda la información relativa al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el acuerdo⁹⁴, y de solución de la controversias que pudieran surgir⁹⁵.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

Se ha dicho que la reforma de 2012 dejaba literalmente las condiciones laborales de los trabajadores en manos de la situación de la empresa que los contratara, que los procesos consultivos/negociadores no protegerían a los trabajadores y que el posible acuerdo con el empresario no dejaría de ser una falacia. No se duda de que tal sea el efecto que pueda detectarse en más de un ámbito empresarial sometido a procesos de reestructuración, aunque también debe reconocerse que la oportunidad de una intervención de los trabajadores en tales procesos, ofrecida a través del periodo de consultas, ha de seguir abriéndose camino bajo el nuevo paraguas normativo, aun con todos los cambios en las opciones y estrategias que ello requiriese. De hecho, el difícil contexto económico en el que se mueven las empresas y la propia inestabilidad jurídica derivada de la falta de esa red de seguridad que conformaban la autorización administrativa y el control judicial de las causas aducidas para una reestructuración empresarial, posiblemente haya cambiado la forma de abordar el periodo de consultas y las posiciones estratégicas asumidas por las partes en las negociaciones. En última instancia, la reforma en la ordenación normativa parece exigir una especie de “reseteo” de la labor negociadora de medidas de reestructuración, y no solo desde la empresa sino fundamentalmente desde los sindicatos como principales actores de la negociación. Ese “reseteo” significa la necesidad de que estos sujetos, en el nuevo entorno procedimental delineado en los arts. 47 y 51 ET, adopten actitudes y posturas en el periodo de consultas

⁹³ Al respecto, acuerdos en Banco Ceiss y en Mare Nostrum.

⁹⁴ Acuerdos en Unnim, Banco Ceiss, Ivecos España S.L., Barclays Bank, NH Hoteles y Paradores de Turismo.

⁹⁵ Acuerdos en Unnim, y Banco Caixa Geral. También se prevé la mediación en los acuerdos de Banco Valencia y Bankia.

adaptadas a la renovada funcionalidad que reviste este proceso. En este sentido, la finalidad última del periodo de consultas sigue siendo la misma, solo que desde la norma se han reforzado los elementos instrumentales destinados a garantizar su efectividad, revalorizando así el factor procedimental a los fines de la obtención de un acuerdo; algo a lo que sin duda han contribuido además esos pronunciamientos judiciales al analizar y valorar el cumplimiento de exigencias de información y documentación, así como de otras conductas exigibles en la negociación conforme al criterio de la buena fe.

Desde este planteamiento en el que sale reforzado el procedimiento en sí mismo considerado y su virtualidad como medio de delinear de forma negociada unas medidas de reestructuración empresarial, sean éstas extintivas, suspensivas o de reducción de jornada, no cabe reproducir actitudes o comportamientos inerciales dirigidos a conseguir un acuerdo como mero instrumento de cambio y de contenido meramente económico-indemnizatorio, y en atención a ello suministrar o requerir tan solo aquella documentación que sustentara tal propósito. Por lo pronto, no parece que sea ésta la tendencia pretendida tras los requerimientos normativos en torno al procedimiento negocial. Más aun, la información y documentación que debe suministrarse a los efectos del periodo de consulta, tal y como aparece en la actual ordenación normativa, encuentra un amplio campo de proyección que va más allá de una memoria explicativa de la situación presente de la empresa que justifique la causa particularmente alegada. El importantísimo volumen de informaciones documentadas que debe suministrar la empresa por imposición normativa, parecería justificar a su vez un planteamiento negocial que supere el limitado pacto, en su caso, sobre número de despidos y cuantías compensatorias. Y precisamente, la realidad de algunos de los acuerdos formalizados y que aquí se han analizado, confirman cómo se están alcanzando pactos de amplio espectro que acogen un conjunto de medidas y estipulaciones de ordenación de las relaciones contractuales en la empresa. Son una especie de guías de reestructuración, de diverso alcance temporal pero con la suficiente vigencia como para garantizar la adopción continuada o progresiva por parte de la empresa de ciertas medidas, con la legitimidad que proporciona un acuerdo con los representantes de los trabajadores, y por ende en un entorno de no conflictividad que a su vez es ordenado y gestionado por tales representantes.

Ahora bien, la limitada disponibilidad, a los efectos de este análisis, de los acuerdos formalizados desde la aparición del RDL 3/2012 de 10 de febrero, no aconseja elevar algunas de las consideraciones aquí vertidas a la categoría de conclusiones generales. Más aún, si los acuerdos de empresa se sometieran a los mismos requisitos de publicidad que se imponen a los convenios colectivos, como frutos que son por lo demás del derecho de negociación colectiva, podría llegar realmente a obtenerse una fotografía real de los perfiles morfológicos que

presentan estos acuerdos de reestructuración que nacen bajo las disposiciones modificadas por la reforma de 2012. El análisis que aquí ha precedido solo ha tratado de ser un dibujo, aun difuminado, de estos pactos y de sus particulares contornos procedimentales y materiales.

Tal como dispone el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2014, las empresas han de cambiar el panorama de sus relaciones con la representación de los trabajadores, apostando por la formación, la transparencia, la comunicación y el diálogo, generando nichos de confianza que permitan realmente gestionar las relaciones laborales de una forma madura. Los nuevos acuerdos de reestructuración pueden llegar a ser un buen ejemplo de ello.