

EL PERIODO DE CONSULTAS EN EL ERE CONCURSAL: LEGITIMACIÓN, DURACIÓN Y BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN*

Eduardo Taléns Visconti**
Universitat de València

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Sujetos legitimados para negociar durante las consultas. –3. Duración del periodo de consultas: una interpretación a la luz de la experiencia estatutaria. –4. La negociación bajo los parámetros de la buena fe. Bibliografía.

RESUMEN

Dentro del proceso concursal los despidos colectivos seguirán la tramitación del artículo 64 LC. El Juez de lo Mercantil será el órgano competente para decidir sobre los mismos, a través de auto. Sin embargo, el procedimiento deberá contar necesariamente con un periodo de consultas. En las siguientes líneas abordaré distintas cuestiones que giran en torno a la legitimación para poder participar de las consultas, es decir, quiénes van a negociar, así como la duración o lapso temporal de este periodo.

ABSTRACT

Within the insolvency proceedings collective redundancies will follow the procedure of Article 64 LC. The Commercial Court Judge will be the competent body to decide on the same, through judicial decree. However, the procedure must necessarily have a consultation period. In the following lines, I will address different issues that revolve around the legitimacy to participate in the consultations, that is, who will negotiate, as well as the duration or time span of this period.

Palabras clave: Concurso de acreedores, despidos colectivos, legitimación, expediente judicial, periodo de consultas, buena fe.

Key words: Bankruptcy, collective dismissals, legitimacy, judicial file, consultation period, good faith.

*Recibido el 17 de abril. Aceptado el 20 de junio.

** Profesor Adjunto Derecho del Trabajo en UNIR. Doctor en Derecho.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la declaración del concurso de acreedores los despidos colectivos se llevarán a cabo a través del cauce procedimental previsto en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La tramitación de los despidos colectivos dentro del concurso de acreedores es muy parecida a la avistada por el artículo 51 ET, que sirvió de modelo al legislador para diseñar los puntos básicos del procedimiento del artículo 64 LC. En este sentido, el ERE Concursal nació como un trasunto de su homónimo laboral, si bien, con algunas particularidades que vienen marcadas, principalmente, por el mayor grado de intervención que existe en las empresas que se encuentran inmersas en un régimen de insolvencia generalizada. Un claro ejemplo del anterior aserto viene representado por la presencia de un tercero que actúa en sustitución o complementación de las facultades empresariales del deudor. Este sujeto, que recibe el nombre de administrador concursal, intervendrá como órgano necesario del proceso y, en lo que aquí interesa, como partícipe de la tramitación de los despidos colectivos, siendo el sujeto llamado a negociar con los representantes de los trabajadores. Otra de las particularidades más relevantes consiste en el órgano competente para adoptar los despidos de naturaleza colectiva, siendo en estos casos el propio juez ordenador del concurso. La entrada en escena del Juez del Concurso como sujeto encargado de adoptar estas medidas laborales guardaba cierta relación con la autorización administrativa que se precisaba fuera de esta institución para poder extinguir colectivamente los contratos de trabajo con anterioridad a la reforma operada por la Ley 3/2012, 6 de julio. En la actualidad, los despidos colectivos sustanciados extramuros del proceso concursal no precisan de una autorización administrativa previa para poder ejecutarse, aunque en todo caso habrá que implementar un periodo de consultas entre empresario y representantes de los trabajadores. Por su parte, dentro del concurso sigue siendo el Juez de lo Mercantil quién, en definitiva, deberá adoptar tales medidas, sin perjuicio de que también se deba de evacuar el correspondiente periodo de consultas.

A lo largo de las siguientes páginas me ocuparé del análisis de algunas cuestiones controvertidas que giran en torno al periodo de consultas dentro del expediente judicial de regulación de empleo, en concreto, sobre los sujetos legitimados para participar, su duración y los parámetros de la buena fe en la negociación. Todas estas vicisitudes del periodo de consultas se interpretarán teniendo en cuenta las especialidades que se despliegan en el proceso concursal y sin perder de vista la legislación laboral supletoria cuando sea necesario colmar lagunas.

2. SUJETOS LEGITIMADOS PARA NEGOCIAR DURANTE LAS CONSULTAS

El artículo 64.5 LC comienza disponiendo que una vez recibida la solicitud por la que se pretendan llevar cabo extinciones de naturaleza colectiva, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas. La redacción del citado precepto no fue siempre tal y como la conocemos hoy en día, puesto que con anterioridad a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en vigor desde el 1 de enero de 2012, se preveía una interlocución que únicamente afectaba a dos sujetos¹. El binomio negociador era administrador concursal-representantes de los trabajadores. En concreto, bajo la anterior redacción del artículo 64.5 LC se expresaba que una vez recibida la solicitud, “*el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas*”, omitiéndose en consecuencia toda referencia sobre la figura del deudor. Esta preterición legal era mayoritariamente interpretada como una relegación del empleador en el periodo de consultas, quien quedaba totalmente postergado sobre toda capacidad de negociación con los representantes de los trabajadores y que se producía, incluso, cuando la solicitud de las medidas de ajuste proviniera del propio deudor –y ello con independencia del nivel de intervención de sus facultades–². Esta situación era objeto de críticas por parte de algún sector de la doctrina

¹ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*. Ed. CES. Colección de Estudios. 2007. Página 206.

² Vid. MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 64”. *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Dirs.). Ed. Civitas. 2004. Página 1212. También

que, pese a reconocer la exclusión del empresario de la negociación por no citarlo expresamente la norma concursal, consideraba como absurdo el hecho de que éste no pudiera negociar las medidas pretendidas por él mismo y un sinsentido si lo que se procura con el concurso es la conservación y recuperación de la solvencia en manos del mismo empresario³. Otros autores, en cambio, realizaban una interpretación más dócil sobre este precepto y aceptaban la posibilidad de que el deudor pudiera participar en las consultas cuando hubiera iniciado el procedimiento y conservara sus facultades de disposición y administración⁴, mientras que, algún otro sostenía que la intervención del empresario, junto con la administración concursal y los representantes de los trabajadores, era posible en cualquier caso, siempre que sus facultades estuvieran meramente intervenidas⁵.

Todas estas vacilaciones doctrinales quedaron disipadas, en parte, tras la promulgación de la citada Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya que, tal y como se ha visto en el inicio de este epígrafe, se incorporó expresamente en la redacción del artículo 64.5 I LC la referencia al empresario deudor. Ahora bien, la intervención del concursado no es incondicionada ni podrá realizarse en cualquier supuesto. En este sentido, el párrafo segundo del señalado precepto se apresura en condicionar esta participación al cumplimiento de dos requisitos.

1) Por un lado, su legitimación se circunscribe a los casos en los que las facultades del concursado estén meramente intervenidas, es decir, cuando conserve cierto margen decisorio sobre su negocio (salvo para aquellas cuestiones que revistan carácter patrimonial, donde tendría que contar con refrendo por parte de la administración concursal). Por este motivo, en los casos en los que se haya decretado la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado –en el auto de declaración de concurso–, éste no podrá participar en las consultas, puesto que prácticamente no tendría ni voz ni voto para adoptar medidas que afecten al patrimonio de la empresa. Por ello, con base a estas limitaciones, parece que su participación activa en la negociación sería un tanto absurda, aunque, de lo que no cabe duda es que el deudor va a ser uno de los mayores interesados en el devenir del procedimiento.

2) Por otro lado, la participación del concursado debe estar previamente autorizada por parte del Juez del Concurso. En este sentido, cabe advertir que no estamos ante una intervención automática, sino que órgano judicial debería de dar legitimidad a la misma. No es necesario que las partes –en especial, el propio deudor–, soliciten esta aquiescencia del Juez del Concurso, puesto que éste puede otorgarla de oficio, aunque también cabe, naturalmente, la posibilidad de solicitud de parte. En todo caso, la opción por permitir o no la participación del deudor en las consultas reside en el órgano judicial, siendo una decisión potestativa por su parte, si bien, desde mi punto de vista, ésta tendría que estar motivada.

admitían la dualidad de intervención de en las consultas, no reconociendo tal cualidad al empresario: MELÉNDEZ-MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A. I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo” *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 371; FERRADANS CARAMÉS, C. “Modificaciones colectivas de jornada en una empresa inmersa en un proceso concursal” (un apunte sobre los trabajadores a tiempo parcial). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 2. 2005. Página 8 (Ref. CISS 1179/2005); o CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. *Relaciones Laborales*, n.º. 23-24. 2003. Página 24 (Ref. CISS 1946/2003).

³ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”. *Relaciones Laborales*, n.º. 8. 2005. Página 9 (Ref. CISS 1038/2005).

⁴ DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*. Ed. Bomarzo. 2007. Página 160.

⁵ HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 2. 2005. Página 21 (Ref. CISS 4381/2005). Opinaba este autor que si el empresario deudor intervenido puede ser solicitante de medidas, a fortiori, debe ser también parte en el expediente, junto con la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

Una vez que el concursado ha sido autorizado para participar en las negociaciones podrá ser uno más, tendrá voz pero, sobre todo, tendrá derecho a voto, es decir, a firmar o no el eventual acuerdo. Por ello, en este último caso la opción idónea para legitimar el acuerdo pasará por la rúbrica de las tres partes firmantes: empresario, administración concursal y representantes de los trabajadores, si bien, jurídicamente, el juez podría perfectamente legitimar un acuerdo firmado simplemente por los dos últimos sujetos.

La participación del administrador concursal en las consultas nunca ha planteado dudas. Así, desde la aceptación de su cargo, a este órgano necesario del concurso le corresponden una amplia y variopinta serie de funciones, que la normativa conviene en detallar. Entre ellas, resalta por su importancia la del deber de conservar y administrar la masa activa de la empresa (artículo 43 LC) en la que debemos incluir, desde un punto de vista dinámico, la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (artículo 44.1 LC). En concreto, en lo que aquí interesa, entraría la opción de valorar y decidir sobre una posible reestructuración de la plantilla. De este modo, como gestor de la empresa está entre sus funciones la de intervenir en uno de los momentos cruciales del procedimiento de reestructuración, como sería el de las consultas con los representantes de los trabajadores⁶. En la actualidad, también podemos extraer esta participación de forma expresa del artículo 33 LC, donde desde la aprobación de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, se contienen ampliamente desarrolladas las funciones de la administración concursal. Dentro del elenco de cometidos de la administración concursal encontramos un apartado que se refiere en concreto a la materia laboral (el “c”). El tercer inciso de este apartado señalaba que entre las funciones de la administración concursal se encontraba la de *“intervenir en los expedientes sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores”*. Sorprendentemente, el citado precepto solamente se refería a la modificación de condiciones, obviando las restantes medidas de ajuste de plantilla que recaen bajo la competencia del Juez del Concurso. Una redacción como la descrita no podía ser fruto más que de un clamoroso error, de un olvido incomprensible por parte del legislador. Poco tiempo después, por medio de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, se completó el artículo 33.1 c) LC, en su punto tercero, incorporándose, ahora sí, las restantes medidas de ajuste de plantilla. Hoy en día este precepto determina que dentro de las funciones de la administración concursal estaría la de *“intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores”*. La legitimación de este órgano para participar en las consultas nunca se ha puesto en tela de juicio y desde que se aprobara la Ley Concursal ha sido el sujeto encargado de negociar con los representantes de los trabajadores el signo de las medidas laborales de carácter colectivo. La intervención del administrador concursal es autónoma y no depende del grado de intervención que posea sobre las facultades del empresario. Tampoco va a ser relevante que éste hubiera sido el solicitante de las medidas de ajuste de plantilla, puesto que su intervención en la negociación es incondicionada. Por lo tanto, ordinariamente su firma tendrá que verse reflejada en el posible acuerdo alcanzado y su presencia va a ser fundamental en las distintas reuniones celebradas debiendo, por ende, aparecer en las actas. En último término, cabría precisar que el administrador concursal no actúa en este procedimiento como un representante del empresario, sino que es un sujeto designado por el órgano judicial cuya función es defender los diversos intereses del concurso, los cuáles puede que no se identifiquen exactamente con los del empresario⁷.

La presencia de los representantes de los trabajadores en la negociación de los despidos también va ser, como es natural, obligatoria, puesto que éstos personifican la contraparte natural de la negociación por su evidente interés en la defensa de los empleados. Sin embargo, la Ley

⁶ Vid. RÍOS MESTRE, J.M. *Despido colectivo y concurso de acreedores*. Ed. Thomson-Reuters. 2012. Página 486.

⁷ CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”... *Op. Cit.* Página 25 (Ref. CISS 1946/2003).

Concursal no explica qué representación de los trabajadores es la que debe de participar en las consultas. Por ello, entiendo imprescindible acudir a la normativa laboral para solucionar este interrogante, acogiéndome a la remisión general contenida en el artículo 64.11 LC.

Hasta la Reforma Laboral del año 2010 el artículo 51 ET no decía mucho más allá de que los representantes de los trabajadores eran los que tenían encomendada la misión de negociar en las consultas y ello sin pronunciarse sobre si la preferencia en intervenir en el procedimiento se reconocía a la representación unitaria o la sindical. Razón por la cual, se llegó al convencimiento de que la voluntad legislativa pasaba por llamar a ambas representaciones de forma indistinta, pudiendo cualquiera de ellas suscribir un acuerdo⁸. Hasta este punto, las diferentes posturas doctrinales parecían confluir, si bien, existían importantes matices acerca de la prelación entre la representación unitaria y la sindical. Las diferentes opciones transitaban desde que ambas representaciones legales se tuvieran que poner previamente de acuerdo, hasta consentir la primacía a la que primero solicitara su intervención en las consultas, o pasando por conferir directamente esta facultad a una u otra representación. Por su parte, en el expediente concursal algún autor concedía prioridad a la representación de los trabajadores que hubiera solicitado el procedimiento al Juez del Concurso⁹. En cualquier caso, no va ser habitual que los representantes de los trabajadores soliciten las medidas de ajuste laboral, sino que lo más común será que sea el administrador concursal o el propio empresario. En estos casos, en principio, se venía manifestando que deberían de ser las propias representaciones quienes decidieran cuál de ellas tenía que negociar. Pero, en caso de discrepancia no quedaba claro cuál debía de ser el criterio a seguir, llegándose a opinar que tenía que ser el Juez de lo Mercantil el que convocara a la representación unitaria y si hubiera discrepancia recurrir al criterio de selección que se acepte¹⁰.

Esta situación quedó en cierto sentido solventada mediante una incorporación realizada por mor del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva¹¹, modificación que se mantiene en la actualidad y que se inclina por la preferencia de la representación sindical. Así lo establece en la actualidad el artículo 51.2 ET cuando expresa que corresponderá este cometido a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que, además, tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal. Mediante esta previsión se vino a zanjar la intensa discusión sobre los sujetos legitimados para intervenir en las consultas en caso de existir discrepancias entre los mismos. Con ello, la participación en las consultas corresponde a las secciones sindicales si las mismas así lo acuerdan y siempre y cuando tengan representación mayoritaria en los comités de empresa. Por lo tanto, se estableció el principio de preferencia a favor de las secciones sindicales por encima del resto de los eventuales representantes de los trabajadores que existan en la empresa. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, aclaró la cuestión de los sujetos intervinientes en las consultas cuando el despido colectivo afecta a varios centros de trabajo. En este sentido, se previno que la negociación fuera llevada a cabo por una única comisión negociadora, desapareciendo con ello la posibilidad de negociar centro por centro. Asimismo, se dispuso que esta comisión negociadora debía de estar compuesta por un máximo

⁸ Entre otros: MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Legitimación para negociar acuerdos en periodo de consultas sobre despidos colectivos e impugnación judicial de estos acuerdos". *Problemas procesales de la reforma laboral* (SAMPEDRO CORRAL, M. Coord.). Ed. CGPJ. 1994. Página 74.; o BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Página 109.

⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A. "Artículo 64". *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004. Página 740; CIFUENTES MATEOS, D. "La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores". *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 13. 2008. Página 7 (BIB 2008/6).

¹⁰ DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...Op. Cit.* Página 157; CIFUENTES MATEOS, D. "La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores"...*Op. Cit.* Página 7 (BIB 2008/6).

¹¹ BOE núm. 139 de 11 de junio de 2011.

de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes. En último término, se advirtió que la mesa negociadora debería quedar constituida previamente al inicio de las consultas, quizás para no consumir tiempo de la negociación en la conformación de esta comisión¹². Esta misma solución es la que debemos trasladar, *mutatis mutandi*, a la participación de estos representantes en las consultas llevadas a cabo en el seno de un expediente judicial de regulación de empleo.

Por su parte, la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social¹³, también afectó a los apartados 2 y 4 de este artículo 51 ET y, en línea con lo que se está tratando en este momento, arrojó luz respecto al tema de la composición de la comisión negociadora de las consultas. En este sentido, con el fin de evitar que se pudiera dar inicio al periodo de consultas sin contar todavía con la representación de los trabajadores se brindó un lapso de tiempo para que la comisión negociadora pudiera constituirse. Así, se estableció un plazo de conformación de 7 días, a contar desde que el empresario traslada de manera fehaciente a los trabajadores y sus representantes la intención de llevar a cabo amortizaciones de puestos de trabajo de carácter colectivo. Para el supuesto de que en alguno de los centros afectados por la medida extintiva no exista representación de los trabajadores el intervalo de tiempo legal para que se constituya la comisión negociadora se amplía de 7 a 15 días. La citada Ley 1/2014, de 28 de febrero, también advierte sobre las consecuencias para los casos en los que se supere el plazo anteriormente citado sin que se hubiera instituido la comisión negociadora. Bajo el anterior escenario, el empresario podrá dar continuidad al procedimiento y comunicar el inicio de las consultas a la Autoridad Laboral y a los propios representantes de los trabajadores. Por ende, el legislador impone al empresario, de un lado, un deber de abstenerse de continuar con el procedimiento durante un lapso temporal de 7 días para que, durante este espacio, pueda constituirse la comisión que negocie el despido y, por otro lado, le ofrece la posibilidad de continuarlo si el anterior plazo legal se rebasa, sin quedar compelido a esperar más tiempo del reconocido legalmente. Junto con ello, advertir que la constitución extemporánea de la comisión negociadora no amplía el plazo general conferido para la duración de las consultas. Obviamente, si la comisión se conforma antes del plazo dispuesto por la Ley, el periodo de consultas podrá dar comienzo con anterioridad a dicho vencimiento. Estos plazos son difícilmente trasladables al ámbito concursal puesto que aquí no es el empresario el que va a decidir, sino que es el juez quien convoca a las partes para que en el plazo máximo de 30 días —o 15 para empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores— negocien, manteniendo el órgano judicial la decisión última sobre las medidas laborales propuestas.

Es bastante frecuente que algunas empresas, por lo general pequeñas y medianas, no cuenten con representación legal de los trabajadores. Para estos casos la legislación laboral permite la creación de una comisión de trabajadores elegidos *ad hoc* conforme a lo establecido en el artículo 41.4 ET —referido este último a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo—¹⁴. Se trata de una comisión compuesta por un máximo de tres trabajadores de la empresa que resulten elegidos de forma democrática, o de igual número compuesta por miembros de los sindicatos más representativos del sector a los que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa. Como se puede apreciar, no estamos ante unos sujetos que representen a los trabajadores de forma continuada, sino que mantienen esta encomienda para un sólo acontecimiento concreto, puesto que son elegidos, precisamente, para intervenir y negociar en representación de la plantilla en el periodo de consultas. También en el procedimiento de ERE

¹² Para ampliar sobre este tema se puede acudir a: BLASCO PELLICER, A. "Reformas en materia laboral". *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013* (BLASCO PELLICER, A.; LÓPEZ BALAGUER, M.; ALEGRE NUENO, M.; RAMOS MORAGUES, F.; y TALÉNS VISCONTI, E.E). Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Páginas 15 a 26.

¹³ BOE núm. 59 de 1 de marzo de 2014.

¹⁴ Previsión incorporada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Concursal se va a aplicar esta misma regla cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa. En este sentido, la Reforma Concursal del año 2011 introdujo literalmente este acontecimiento dentro del artículo 64.2 LC referido, como sabemos, a la solicitud de las medidas laborales. Así, en caso de ausencia de representación de los trabajadores, como la norma concursal se remite expresamente al artículo 41.4 ET, entiendo que se deberá de conformar una comisión *ad hoc* con un máximo de tres miembros.

Otro aspecto al que ha dado solución la jurisprudencia social sería el de la posibilidad de constituir “comisiones híbridas”, es decir, aquellas que estarían compuestas por los representantes legales y por trabajadores elegidos *ad hoc*¹⁵. Esta solución se daría cuando en una misma empresa existan centros de trabajo con representación legal de los trabajadores y otros en los que no. En estos supuestos la normativa laboral daría paso a dos posibles soluciones: a) La primera sería que los centros sin representación opten por no designar a trabajadores *ad hoc*, en cuyo caso la comisión estaría formada exclusivamente por representantes de los centros que sí que cuenten con ellos; b) La segunda consistiría en que en los centros sin representación se decida nombrar una representación *ad hoc* en los términos vistos anteriormente, en cuyo caso la comisión estaría compuesta por miembros de distinta procedencia, configurando de este modo una “comisión híbrida”. En cualquier caso, si el número de representantes resultante de aplicar esta fórmula fuera superior a 13 miembros, éstos tendrían que designar las personas concretas que, sin rebasar este límite, se tendrían que sentar a negociar (en proporción al número que representen).

Con todo, la normativa laboral estatutaria no aclara lo que sucedería cuando en ausencia de representación unitaria o sindical, los trabajadores no designan ninguna comisión *ad hoc* que negocie el despido. En cualquier caso, ante el silencio legal, es dable considerar que en estos casos el periodo de consultas quedaría amortizado, siendo para ello imprescindible que el empresario hubiera comunicado *ex ante* y de forma expresa a los trabajadores la posibilidad que disponen de nombrar una comisión, sus fórmulas y los plazos para su designación¹⁶. Es cierto que el periodo de consultas es el eje sobre el que descansa nuestro actual sistema de extinciones colectivas, sobre todo, a raíz de la pretendida supresión de la autorización administrativa. Por este motivo, la total inobservancia de las consultas, así como la contravención de alguna formalidad del mismo (por ejemplo, por falta de documentación) va a conllevar la nulidad de la medida. Pero, lo que también es cierto es que esta sanción debe tener lugar ante una incorrecta actuación por parte del empresario, siendo flagrante cuando efectúe la concreta medida de ajuste sin accionar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (legales o *ad hoc*). Por el contrario, no debe pesar ninguna sanción sobre aquel empresario que de forma reglamentaria pretende ajustar su plantilla sometiendo su intención a los trabajadores, informándoles expresamente sobre la posibilidad, forma y plazos de la constitución de una comisión negociadora *ad hoc*, cuando esta opción es desoída por parte de éstos. Por lo tanto, bajo estas condiciones el periodo de consultas se debería de entender amortizado. Reforzaría esta tesis la modificación efectuada a través del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social y la posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero, con el mismo nombre. En ellas se dispuso que transcurrido el plazo para la constitución de la comisión negociadora el empresario podrá dar comienzo al periodo de consultas, siendo que, la constitución extemporánea no va a ampliar el plazo general de desarrollo del periodo de consultas.

Sin embargo, no podemos llegar a la misma conclusión cuando la empresa está en curso. En el propio artículo 64.2 LC se indica que transcurrido el plazo establecido por la normativa laboral, sin que se haya designado una comisión *ad hoc* por parte de los trabajadores,

¹⁵ Vid. SSTS de 22 de septiembre de 2014, recud. 27/2014 y de 14 de octubre de 2015, recud. 336/14.

¹⁶ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Página 56.

será el propio Juez del Concurso quien podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que pertenezca la empresa. Así, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 41.4 ET, según la redacción dada por la Ley 1/2014, de 20 de febrero, la constitución de la comisión negociadora de los representantes de los trabajadores deberá de realizarse en el plazo de 7 días desde que el empresario les comunica su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial (también aplicable para suspensiones y extinciones, que se ampliará a 15 días en caso de no existir representación legal de los trabajadores). Con ello, una primera duda interpretativa surge en determinar desde qué momento se entiende que debe comenzar a computar este plazo, puesto que, de lo que no cabe duda, es que en el procedimiento concursal la comunicación no la va a hacer el empresario. En este sentido, no me parece del todo acertado que la fecha de la solicitud sea la idónea para considerar iniciado este plazo, sino que el *dies a quo* debería situarse más bien en el día en el que el Juez del Concurso convoca a las partes para la evacuación del periodo de consultas. Si recordamos lo dispuesto en el inicio del artículo 64.5 LC: “*recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas*”. Por lo tanto, sería a partir de este momento cuando la contraparte va a conocer, fehacientemente, el inicio de un periodo de consultas, puesto que podría darse el caso de que este colectivo no tuviera noticias en un primer momento de la solicitud realizada ante el Juez del Concurso. Con ello, en caso de no existir representación legal de los trabajadores se dispondrá de un plazo de 15 días como máximo para conformar una representación ad hoc elegida por los propios trabajadores. Este plazo es improrrogable, puesto que en la normativa laboral (artículo 41.4 ET) se prevé que transcurrido el mismo el empresario puede continuar con el procedimiento. En el plano concursal, transcurrido el mismo será el Juez del Concurso quien podrá nombrar a una comisión máxima de tres miembros que deberá de elegir entre los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, por lo que se prevé la participación de tres personas pertenecientes a alguno de estos sindicatos. Por lo tanto, los plazos sí que van a encontrar una aplicación subsidiaria en el procedimiento de ERE Concursal, pero una vez concluidos sin haberse nombrado ninguna comisión será el Juez el Concurso quien decida si continúa el procedimiento o si nombra a tres personas para que negocien. Esta es la interpretación que considero que debe de realizarse respecto del vocablo “podrá”, es decir, que una vez agotado el plazo de constitución de la comisión será el propio juez quien dispondrá para ordenar lo pertinente.

No cabe tampoco la posibilidad de negociar individualmente cada despido, puesto que las consultas requieren de un interlocutor que represente a los trabajadores. Tampoco se podrá efectuar en el hipotético caso en el que no habiendo representación legal no se designe ninguna comisión. La razón estriba en que el carácter colectivo del despido exige per se que se dé una interlocución colectiva, no cabiendo en ningún caso, la posibilidad de llevar a cabo una negociación individual¹⁷. En similares términos, la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012¹⁸ consideró que no puede entablarse negociación con los trabajadores individuales con el ánimo de sustituir a los sujetos legitimados. Por ello, *ad maiorie ad minus* no podría sostenerse el hecho de que se realicen negociaciones individuales de forma paralela a las practicadas con los representantes de los trabajadores, siendo ésta una actuación fraudulenta, por lo que consecuente el despido –o cualquier otra medida colectiva– no debería ser aprobada por parte del Juez del Concurso.

En último término, por lo que respecta a la conformación de la comisión negociadora, se ha dicho que esta misión corresponde en exclusiva al banco que representa a los trabajadores. Por esta razón, si ésta se ha realizado de forma defectuosa no podría predicarse la nulidad de la medida empresarial, siempre y cuando el banco patronal no hubiera injerido en dicha decisión

¹⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, R. “Diez cuestiones sobre la negociación colectiva en los ERE’s”. *Aranzadi Social*, nº 10, 2013. Página 6 (versión electrónica).

¹⁸ SAN de 25 de julio de 2012 (AS 2012, 1674).

y se hubiera mantenido al margen de la misma. Así lo ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 20 de julio de 2016¹⁹, que de forma meridiana ha expresado que “no sería admisible en este caso trasladar las consecuencias al empresario de una hipotética incorrecta decisión relativa a la configuración de la comisión negociadora y con ello pretender que todo el proceso quede por esta razón anulado”. En su caso, entiendo que esta crítica u objeción tendría que realizarse durante el procedimiento de consultas y no una vez concluido el mismo, ya en sede judicial. Asimismo, dentro del proceso concursal no será tan común que la representación laboral opte por combatir la nulidad por esta vía, puesto que correspondería al propio Juez del Concurso aprobar el acuerdo adoptado en las consultas y por ende comprobar su validez. En caso de existir acuerdo no existe trámite de alegaciones y probablemente el órgano judicial no depare en una posible incorrecta composición de la mesa negociadora. Esta cuestión podría quizás plantearse en fase de suplicación, pretendiendo anular la decisión del Juez del Concurso por una defectuosa conformación de la comisión representativa de los trabajadores, en cuyo entiendo que la solución sería similar a la abordada fuera de esta institución, en el sentido de, generalmente, sería un error que no podría imputarse al órgano judicial, ni mucho menos al deudor y que, por lo demás, sería una cuestión que cabría debatir durante las consultas.

En otro orden de cosas, la Ley Concursal posibilita la participación en las consultas de un cuarto sujeto, que corresponderá con el representante de la empresa matriz en los casos en los que el empresario deudor pertenezca a un grupo de sociedades. En este sentido, el artículo 64.5 LC dispone que “los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el periodo de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación”. En este sentido, la utilización en el tenor literal de la expresión “unidad de empresa” debería de asemejarse al concepto de grupo de empresas relevante a efectos laborales²⁰.

Esta previsión no existía al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal, puesto que fue incorporada con la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Su objetivo fue seguramente el de intentar destapar durante el periodo de consultas la posible unidad empresarial a efectos laborales y poder así constatar la concurrencia de las causas, en especial, la económica. Para ello, la Ley Concursal permite la participación de los representantes de otras empresas, si bien, su presencia es más residual. Este cuarto sujeto legitimado puede ser individual o plural, puesto que el tenor legal expresa “otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa”. En este sentido, podría solicitarse la comparecencia y correspondiente participación de la empresa matriz o del socio mayoritario, o bien la de varias entidades, en caso de que el paquete accionarial estuviera más repartido o en el que la presencia de todas las empresas del grupo sea determinante para que la negociación pueda concluir con éxito. La apreciación de si debe de intervenir una persona física o jurídica (entiéndase en este último caso a una o varias personas que la represente) o más de una, se deja al criterio del solicitante.

Conectando con esta última idea, cabe añadir que la participación de uno o varios miembros del grupo de empresas no es en ningún caso automática, sino que debe venir autorizada por parte del Juez del Concurso quien, de otro lado, no podrá realizar este llamamiento de oficio, sino que será siempre a solicitud de parte. La dicción del precepto analizado solamente faculta a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores para solicitar al órgano judicial la intervención de algún miembro del grupo que consideren necesario para el efectivo desarrollo de las consultas, mientras que no menciona al deudor, cuestión que parece totalmente lógica si tenemos en cuenta los siguientes argumentos: a) los únicos sujetos de obligada pre-

¹⁹ STS (Pleno) de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014.

²⁰ SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”. *Relaciones Laborales*, nº. 7. 2012. Página 15 (Ref. CISS 1939/2012).

sencia en las consultas son, de un lado, los representantes de los trabajadores y, del otro lado, la administración concursal. Por ello, la dualidad de posiciones se cumple perfectamente con estas dos partes. Es cierto que el deudor podrá estar presente en la negociación o no estarlo, dependiendo de varios factores –que no tuviera suspendidas sus facultades de administración y disposición y que el Juez del Concurso considere conveniente su participación, es decir, la autorice–. Por lo tanto, no parecería adecuado que se incorporara como posible solicitante a un sujeto que probablemente puede que no participe de las consultas, de ahí que deba encomendarse esta tarea a los que de forma segura van a intervenir en la negociación; b) Pero, además, incluso cuando el deudor haya sido autorizado para intervenir en las negociaciones, lo más probable sería que éste no muestre interés en la participación de otras empresas del grupo que pudieran llegar a perjudicar la adopción de las medidas laborales. En este sentido, la presencia de otras entidades relacionadas con el deudor interesa especialmente a los representantes de los trabajadores, puesto que de existir unidad de empresa a efectos laborales tal vez pueda llegar a no existir causa suficiente para efectuar las medidas propuestas. También concierne al administrador concursal, ya que se trata de un tercero ajeno al deudor y un órgano necesario del concurso y por ello teóricamente imparcial, por lo que entre sus cometidos estaría el de velar por los diversos intereses del concurso. Por lo tanto, ambos sujetos son los encargados de solicitar la participación de otros miembros del grupo empresarial si así lo consideran relevante.

Precisamente, la intervención de estos últimos sujetos puede resultar útil para intentar desatapar la presencia de un posible grupo empresarial a efectos laborales, de ahí que el legislador utilice el vocablo “indiciariamente”. Con ello, se estaría dando la oportunidad a que en la negociación de las consultas se tenga toda la información posible y se pueda coadyuvar con ello a conseguir un acuerdo, o quizás a ilustrar a los representantes de los trabajadores sobre la inexistencia de causa suficiente, al considerarse que existe unidad de empresa. En todo caso, la decisión última sobre esta vicisitud va a recaer en el Juez del Concurso, quien deberá resolver sobre la misma de forma motivada. Junto con ello, cabe tener presente que la intervención de algún miembro del grupo societario durante las consultas también puede ser beneficioso para otros fines, como podría ser el caso de contribuir a reducir los efectos de las medidas de ajuste laboral, en especial, si lo que se pretende es la extinción colectiva de los contratos. En este sentido, otras empresas del grupo podrían ofrecer soluciones de recolocación de trabajadores, permitir medidas de movilidad geográfica o incluso la opción de contribuir con parte de la indemnización resultante (opción que, de otro lado, algún autor no ha considerado aceptable)²¹.

En concreto, a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, concluye este precepto que se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. Esta previsión es especialmente útil para la representación de los trabajadores, puesto que éstos no guardan tanta proximidad con las fuentes de prueba que están a disposición de la empresa y la carga de probar la existencia de unidad empresarial correspondería a quien la alega. Cabe tener presente, además, que el Juzgado de lo Mercantil competente dispondrá de la cuentas anuales consolidadas y del informe de gestión correspondientes a los 3 ejercicios sociales anteriores, así como del informe de auditoría en relación con las anteriores cuentas y la memoria de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo, ya que debieron de ser entregadas por el deudor junto con la solicitud de concurso (artículo 6.3 4º LC). Por ello, resulta

²¹ En un periodo de consultas se pactaron las indemnizaciones propias de un despido improcedente, sin bien la concursada solo se haría cargo del límite de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, y el resto de la indemnización correspondería al grupo. Este modo de proceder fue aceptado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 y Mercantil nº 1 de Soria de 28 de diciembre de 2012 y criticado por ORELLANA CANO por no ser conforme a derecho declarar la responsabilidad de las empresas del grupo en sede del artículo 64 LC y que el llamamiento de otros miembros del grupo se hace solamente a efectos de concurrencia de las causas. Vid. ORELLANA CANO, N. “Los grupos de empresas en la regulación de empleo concursal. A propósito del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 y Mercantil nº 1 de Soria de 18 de diciembre de 2012”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 19. 2013. Página 14 (Ref. CISS 5112/2013).

conveniente resaltar la solución a la que llegó el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona en su auto de 30 de julio de 2012²². Este órgano judicial interpretó el inciso del artículo 64.5 LC considerando que el momento procesal oportuno para solicitar al Juez del Concurso la participación de otra/s entidad/es del grupo de la concursada, así como reclamar su documentación, va a ser el inicio de las consultas, sin que pueda posteriormente alegarse este hecho, ni pretenderse la nulidad de actuaciones por falta de información o por ser ésta incompleta. El juzgador concluyó que los representantes de los trabajadores tenían que haber advertido al propio órgano judicial en el inicio de las consultas de los indicios de una posible unidad empresarial, para que éste pudiera haber llamado a dichas empresas al periodo de consultas. Se expresó en este auto que *“habiendo planteado los representantes legales de los trabajadores por primera vez la posible existencia de unidad empresarial en el trámite final de alegaciones, se considera una pretensión totalmente extemporánea, sin posibilidad de entrar siquiera en su análisis pues de lo contrario se estaría generando una clara y absoluta indefensión tanto para la concursada, como a la administración concursal y a las propias empresas de las que se dice que forman parte de dicho grupo al no haberles dado la posibilidad de personarse, formular alegaciones ni proponer prueba al respecto”*. Como vemos, la incorporación de esta previsión con el objetivo de que se pueda valorar en el seno de las consultas una posible unidad de empresa o la existencia de un grupo empresarial “patológico” al que pertenece la concursada, así como la posibilidad de que intervengan en la negociación, tendría que reivindicarse en el momento procedimental en el que se ha insertado, es decir, en las consultas. Con ello, el legislador ha puesto a disposición de la administración concursal y, sobretodo, de los representantes de los trabajadores unas facultades que deben de hacerse valer en su momento procesal oportuno que, como se está asintiendo, coincidiría con las consultas. En este sentido, los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña proponen en su acuerdo alcanzado con fecha de 3 de julio de 2014 que la alegación relativa a la existencia de unidad empresarial se realice por escrito en los 5 primeros días desde la admisión a trámite del expediente²³. En cualquier caso, la fijación de este último plazo no supone en ningún caso doctrina consolidada, ni puede tampoco servir por sí solo como fundamento jurídico ante una eventual pretensión, pero sí que nos sirve como una especie de guía sobre unas opiniones consensuadas por una serie de magistrados que nos orientaría hacia donde se va decantando este problema. Por lo tanto, no debemos acoger este plazo más que como una proposición más, si bien, de lo que no cabe duda sería de que parece preferible que la solicitud se realice en los momentos iniciales del periodo de consultas, lo que parece lógico habida cuenta de que la duración de consultas no es *sine die* y está sujeta a plazos; y, además, de que el problema del grupo de empresas convendría tratarlo en este periodo, por lo que no parecería apropiado solicitarlo al final del mismo. En todo caso, desde que se solicita esta cuestión hasta que el Juez del Concurso decide autorizarla, se entrega la correspondiente documentación a las partes, se traslada a la empresa matriz y/o los restantes miembros del grupo, puede pasar un cierto lapso de tiempo, por lo que parece prudente pensar que órgano judicial podría suspender las consultas si así lo considera conveniente, con el fin de dar tiempo a la sustanciación de todas estas vicisitudes y con el fin de que las mismas se reanuden de nuevo con todos los sujetos y elementos necesarios para poder llevar a cabo una efectiva negociación e intentar de este modo alcanzar un acuerdo más eficaz.

3. DURACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS: UNA INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESTATUTARIA

La legislación concursal sí que se detiene en regular el lapso temporal durante el cual los sujetos legitimados pueden estar negociando. La necesidad de disponer alguna previsión expresa sobre esta cuestión obedece a la mayor celeridad que se predica sobre las soluciones adoptadas en el concurso, respaldando la configuración de un plazo inferior al referido por la

²² Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona de 30 de julio de 2012, proc. 411/2012 (AC 2102, 1528).

²³ http://www.empresistes.net/EMAIL/adjuntos/Acuerdos_3_de_julio_2014_Unidad_productiva_Conclusion_Negociaciones_y_Laboral.pdf.

anterior legislación estatutaria. De este modo, pese a que los días exhibidos coincidían en una y otra normativa, en el Estatuto de los Trabajadores el plazo se venía configurando en clave de techo inferior, mientras que en la Ley Concursal se estableció como tope máximo. En concreto, la antigua redacción del artículo 51 ET exigía que las consultas tenían que durar como mínimo 30 días en empresas con más de 50 trabajadores y 15 días en empresas con inferior número. De este modo, se establecía un periodo mínimo de negociación que podría, en su caso, ser ampliado vía negociación colectiva, pero no así reducirse. El problema que se suscitaba en bajo esta regulación era el de la posibilidad o no de la finalización *ante tempus* del periodo de consultas. En este sentido, el establecimiento de un tope mínimo impedía que con desacuerdo pudiera darse por finalizado el periodo de consultas antes de los 30 días (o 15). Por lo tanto, la Ley obligaba, en pos de lograr un acuerdo, a que las partes tuvieran que perseverar en la negociación durante 30 días o más (o 15 en empresas de menos de 50 trabajadores). Así, se incitaba a la negociación aun cuando las partes hubieran llegado al convencimiento de que resulta imposible llegar a un acuerdo²⁴. Por el contrario, bajo esta normativa precedente, era posible anticipar la finalización de las consultas cuando entre los firmantes se hubiera llegado a un acuerdo²⁵. Si nos vamos a la normativa concursal, el artículo 64.5 LC dispone que la duración del periodo de consultas debe de ser, como máximo, de 30 días naturales para empresas con más de 50 empleados y de 15 días en caso de que el número sea menor. De esta suerte, el referido plazo previsto para los expedientes judiciales de regulación de empleo conlleva dos consecuencias de signo teórico. Por un lado, vuelve a significar el hecho de que el legislador se haya fijado exclusivamente en el procedimiento de despido colectivo, ignorando las particularidades de las suspensiones y modificaciones sustanciales, siendo que, como sabemos, el expediente judicial de regulación de empleo también acoge en su seno estas últimas medidas de ajuste. En este sentido, cabe apuntar que el artículo 41 ET y el artículo 47 ET fijan la duración de 15 días como mínimo para el supuesto de que lo pretendido fuera la modificación de las condiciones de trabajo y la suspensión de uno o varios contratos de trabajo, respectivamente. De nuevo, el legislador concursal volvió a tomar la parte por el todo y utilizó como espejo de la duración de las consultas dentro del ERE Concursal la regulación que sobre el particular se efectuaba en el artículo 51 ET para los despidos colectivos, y con ello vino a fijar una disciplina única sobre la duración de la negociación, con independencia de la medida que se instrumente²⁶. Sin embargo, alteró los topes de su duración, reconociendo cuando la empresa está en concurso unos plazos de 30 y 15 días, pero considerados como un tope máximo, en vez de mínimo. La explicación proviene, como ha sido anticipado, por la mayor celeridad que se predica del procedimiento concursal, razón por la cual seguramente se consideró aconsejable reducir el periodo de tiempo de la negociación en estos supuestos. Con ello, lo que se buscaría sería no dilatar en demasía la tramitación de estas medidas laborales en un contexto especial, marcado por la adopción de soluciones ágiles.

Este desmarque de la Ley Concursal fijando la duración del periodo de consultas como plazo máximo fue visto por la mayoría de la doctrina científica como un signo del carácter improrrogable de la negociación más allá de estos 30 días (o 15 para empresas con menos de 50 trabajadores). Así, se llegó a expresar que estos plazos máximos eran insuperables, no pudiéndose prorrogar en ningún caso, por lo que una vez transcurridos debería de continuarse con la siguiente fase del procedimiento²⁷. Con ello, se entendía excluido el hecho de que las partes pudieran acordar libremente entre ellas la ampliación de la duración de las consultas²⁸, garantizándose por otra parte la celeridad en la adopción de las medidas que resulten oportu-

²⁴ BLASCO PELLICER, A. Los procedimientos de regulación de empleo... *Op. Cit.* Página 118.

²⁵ Consecuencia que se extraía del artículo 8.1 del anterior Reglamento, en relación con el artículo 11 del mismo.

²⁶ En este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal...* *Op. Cit.* Página 218.

²⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Ed. Tirant lo Blanch. 2004. Página 69; DE LA PUEBLA PINILLA, A. "Artículo 64"... *Op. Cit.* Página 741; DE VIVERO DE PORRAS, M^a. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch. 2009. Página 104.

²⁸ MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. "Artículo 64"... *Op. Cit.* Página 1214; MOLERO MA-

nas²⁹, siendo que, no tomar a tiempo las decisiones oportunas podría agravar la patología financiera de la empresa³⁰. Apoyaba esta tesis la dicción del artículo 64.6. 6º LC que dispone que “*al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas*”. Por lo tanto, las partes podrán darlas por terminadas con anterioridad al plazo máximo señalado –de hecho esta sería la situación deseable si atendemos al principio de celeridad que envuelve al proceso concursal–. No en vano, la libertad negociadora de las partes se ha considerado tradicionalmente aceptada por la doctrina científica respecto a la conclusión ante tempus de las consultas, pero no así hacía a la ampliación de dicho plazo. Dicho de otro modo, a las partes negociadoras se les permitía fijar la duración de las consultas siempre y cuando no se sobrepasara el tope de los 30 días –o 15 para empresas con menos de 50 trabajadores–. Sin embargo, no cabe desconocer que alguna resolución judicial permitió ampliar la duración de las consultas y vino a considerar que el plazo dispuesto por el artículo 64.5 LC no sería preclusivo³¹.

En el plano laboral, la reforma llevada a cabo por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, entre otras muchas cuestiones, alteró la duración de las consultas en los despidos colectivos y las suspensiones de contrato. En lo que aquí interesa, cabe esgrimir que tras esta reforma el artículo 51.2 ET pasó a disponer que la duración de las consultas con los representantes de los trabajadores no será superior a 30 días, o 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores. Por su parte, para las consultas en el caso de que lo pretendido sean las suspensiones de contrato, en el artículo 47 ET también se determinó la duración de los 15 días duración como un límite máximo. Esta decisión fue una clara apuesta en pos de la celeridad en la toma de decisiones de las suspensiones de contratos y despidos colectivos a la que también irían dirigidas en este mismo sentido otra serie de modificaciones llevadas a cabo por la anterior reforma, tales como la supresión de la autorización administrativa, el aligeramiento de las causas, así como otras cuestiones de índole procesal, como sería caso de los reducidos plazos dispensados en la tramitación judicial o la supresión de la conciliación administrativa previa para estos supuestos (artículo 124 LRJS).

La alteración de la duración del periodo de consultas en el Estatuto de los Trabajadores ha significado, sin pretenderse, una concordancia con la legislación concursal. Así, en un contexto de indisolubles asimetrías entre el procedimiento de medidas laborales por causas empresariales dentro del concurso y fuera del mismo, en especial, tras la Reforma Laboral de 2012 se ha localizado un involuntario punto de conexión entre ambas normativas. En la actualidad, tanto el artículo 51.2 ET como el artículo 64.5 LC indican que la duración del periodo de consultas entre las partes legitimadas será de 30 días como máximo, o de 15 días para empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores. Por lo tanto, estos preceptos han confluído en una evidente simetría, lo que desde mi punto de vista podría suponer una reinterpretación de la doctrina que ha ido reposando sobre la cuestión de la duración de las consultas en el ERE Concursal, que entiendo que debería mudar a la luz de este nuevo escenario.

Así las cosas, los problemas interpretativos no se van a plantear por la posibilidad de finalización *ante tempus* de la negociación en las consultas, cuestión que en todo momento ha sido pacífica, sino por la situación diametralmente opuesta, es decir, solventar si se podría llegar a prorrogar la negociación más allá de 30 días (o 15 si la empresa tuviera menos de cincuenta

RAÑÓN, M^a. L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 218.

²⁹ HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”...*Op. Cit.* Página 22 (Ref. CISS 4381/2005).

³⁰ ALTÉS TÁRREGA, J.A. “El expediente concursal de regulación de empleo”. *Extinción del contrato de trabajo* (ALBIOL MONTESINOS, I. Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. 2011. Página 697.

³¹ Por ejemplo, los Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Santander de 21 de abril de 2005, de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, o de lo Mercantil nº 1 de Soria de 28 de diciembre de 2012.

trabajadores). Obviamente, las partes van a poder agotar el plazo legal y esperarse hasta cumplir con los 30 o 15 días de duración, puesto que así se deduce del tenor literal del precepto, si bien, atendiendo a la exégesis hermenéutica parece deseable que la negociación acabe con prontitud, sobre todo, y esto es lo interesante, si no hay acuerdo o se piensa que éste no se podrá alcanzar.

Como se ha anticipado en el párrafo anterior, el establecimiento de topes máximos para llevar a cabo las negociaciones plantea una problemática cuya resolución atinada no es para nada clara. Me estoy refiriendo a si los términos de 30 o 15 días establecidos como topes máximos pueden rebasarse, es decir, si las partes van a tener la facultad de negociar sobrepasando este límite. Si analizamos la cuestión desde la óptica laboral podemos constatar como los tribunales se han mostrado por regla general propicios a la prolongación del periodo de consultas más allá del límite legal establecido por el artículo 52.2 ET y su respectivo desarrollo reglamentario. También la doctrina se ha mostrado partidaria de esta posibilidad³². Con ello, aunque la situación deseable fuera que se logre un acuerdo y además que este se alcance cuanto más pronto mejor, considero que se quebraría la finalidad esencial del periodo de consultas si por voluntad de las dos partes no se dejara que la negociación se prolongue durante un tiempo superior a los citados 30 o 15 días, siempre y cuando esta continuidad se dé en aras de buscar un acuerdo.

Desde la doctrina judicial social se ha considerado que continuar con el periodo de consultas, dejando sin efecto el primer procedimiento de consultas e iniciando uno *ex novo* con el fin de conseguir un acuerdo es perfectamente legítimo (STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2012)³³. También se ha abordado el caso de que el plazo se hubiera rebasado de mutuo acuerdo por la suspensión de las consultas. En concreto, STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013³⁴, conoció de un supuesto en el que de mutuo acuerdo las partes decidieron suspender durante veinte días las reuniones de las consultas (puesto que coincidía con fechas navideñas). Se dice en la sentencia que *la expresión referida al plazo de duración del periodo de consultas no puede entenderse como "un límite infranqueable", significando dicha expresión que únicamente, superado dicho plazo, que es el que el legislador considera suficiente para que las partes alcancen acuerdos, "ninguna de las partes puede compeler a la otra para prolongar la negociación"*. Además, se considera que la verdadera negociación tuvo lugar en el segundo periodo, tras la suspensión, plazo éste que, por lo demás, no superó el límite de 30 días. El Tribunal Supremo también ha interpretado con flexibilidad este límite máximo temporal, siempre y cuando exista un contenido real en las negociaciones (STS de 15 de abril 2014)³⁵. Por su parte, desde los Juzgados de lo Mercantil también se han dictado algunos pronunciamientos que han apostado por interpretar el carácter no preclusivo de los topes máximos establecidos respecto a la duración de las consultas, incluso, recientemente, también se ha acogido esta interpretación desde la doctrina de suplicación, proporcionándose un giro exegético que desde mi punto de vista viene condicionado, en parte, por la doctrina que ha ido calando sobre el particular fuera de las situaciones de concurso a raíz de la reforma laboral del año 2012. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2015³⁶ confirmó la decisión del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona consis-

³² V.gr. BLASCO PELLICER, A. La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012. Op. Cit. Página 58.

³³ STS de Cataluña de 25 de octubre de 2012 (AS 2013, 468). En la sentencia se dice lo siguiente: *"el deseo de disponer de más tiempo para poder lograr un acuerdo efectivo está en ambas partes y, de hecho, la empresa deja sin efecto el primero para, con el segundo procedimiento, cumplir con todas las exigencias legales mientras realiza una negociación real, cumpliendo con la finalidad del periodo de consultas al "negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo", tal y como exige el art. 51.2 y el art. 4 de la Directiva 98/59/CE (LCEur 1998, 2531) del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despido colectivos"*.

³⁴ STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 (JUR 2013, 145605).

³⁵ STS de 15 de abril de 2014, rec. 188/2013.

³⁶ STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2015, rec. Suplicación 831/2015 (AS 2015, 1328).

tente en prorrogar el periodo de negociación, por cuanto entiende que “*existiendo una última oferta empresarial puede alcanzarse un acuerdo*”, por otra parte “*ha existido una negociación importante y en las reuniones se han debatido muchas cuestiones que pudieran haberse concluido en ese nuevo periodo*”. Concluye la Sala que con antedicha actuación no se vulnera la legalidad vigente puesto que la ampliación “*tuvo por razón el alcanzar un posible acuerdo en la negociación*”.

Desde mi punto de vista y realizando una reinterpretación del precepto concursal al hilo de las soluciones ofrecidas por la nueva doctrina social y siempre que las partes así lo convengan expresamente sí que sería posible rebasar el tope legal de la duración de la negociación. Por consiguiente, de común acuerdo podrían continuarse con las reuniones dentro del mismo procedimiento de consultas o bien iniciarse otro nuevo, o suspender las negociaciones y reanudarlas posteriormente, siempre y cuando:

a) El alargamiento o aplazamiento de las consultas lo sea de común acuerdo. La exigencia de tener que negociar solamente se puede imponer a la otra parte durante los 30 o 15 días que marca la normativa. En caso contrario, cuando la dilatación de las consultas no sea consensuada por las partes legitimadas considero que se estaría demorando de manera forzosa el periodo de consultas, extremo que no podría ser validado por el Juez del Concurso, debiéndose impulsar el desarrollo del procedimiento, y ello pese a que finalmente se hubiera llegado a un hipotético acuerdo. Por lo tanto, un primer requisito o elemento necesario para considerar válida la prórroga va a reposar en el consentimiento mutuo de las partes.

b) El objetivo de la superación del plazo legal y la continuidad de las negociaciones deber de ser precisamente el de intentar lograr un acuerdo, independientemente de que éste finalmente llegue o no a producirse. En este sentido, el Juez del Concurso no debería de permitir la continuación de las consultas cuando la demora del plazo tenga por objeto algo distinto a la consecución de un acuerdo, pudiéndose éste apreciar mediante la constatación de la falta de negociación efectiva o ausencia de buena fe (para comprender cuando se está ante una negociación guiada por las reglas de la buena fe *vid. Infra*).

En suma, en mi opinión debería de permitirse la superación del límite legal para negociar cuando éste haya sido rebasado de común acuerdo por las partes y siempre con el objetivo de alcanzar un acuerdo pese a que, finalmente, éste termine por no alcanzarse, debiendo en todo caso persistir una negociación de buena fe. Cuando el empresario se encuentra inmerso en un proceso concursal podría emplearse un argumento en contra de esta posibilidad, que vendría avalado por el principio de celeridad que debe reinar estas situaciones. Es cierto que el principio de celeridad acompaña a la situación de concurso y que por ello quizás pudiera llegar argumentarse que la superación del plazo dispuesto por la normativa no sería conveniente. Ahora bien, también hay que tener en cuenta el valor que se le otorga a un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. En este sentido, salvo en los casos en los que exista cualquier tipo de vicio, el juez deberá decretar las medidas tal y como han sido establecidas en el acuerdo entre las partes negociadoras. Con ello, el valor que la Ley Concursal concede al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas es muy significativo, siendo más beneficioso para los intereses del concurso que se pueda alcanzar un pacto en las consultas, aunque éste llegue a producirse una vez superados los límites legales establecidos para negociar. Esto es así porque órgano judicial, en principio, deberá de acatar lo acordado por los sujetos legitimados y porque, previsiblemente, de este modo se evitaría un posterior recurso de suplicación por falta de gravamen. Por lo tanto, manteniendo esta postura indirectamente no se estaría haciendo otra cosa más que incidir positivamente en la pretendida celeridad predicada del proceso concursal.

4. LA NEGOCIACIÓN BAJO LOS PARÁMETROS DE LA BUENA FE

El artículo 64.5 I LC establece de forma lacónica que las negociaciones entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal (también con el deudor en el caso de

que participe en las consultas) debe de llevarse a cabo con buena fe. También el Estatuto de los Trabajadores insta a que las partes negocien de buena fe³⁷, siendo la consecuencia directa de la contravención de este canon la nulidad de la medida proyectada. Sin embargo, ni la legislación concursal ni la normativa laboral definen lo que debe de entenderse por buena fe. Por lo tanto, el problema en este punto reside en que ninguna de las anteriores normas define este concepto, ni establece qué conductas pueden provocar que la negociación sea considerada de mala fe, por lo que se tendremos que realizar un esfuerzo interpretativo adicional para determinar la existencia o inexistencia de una negociación *ex bona fide*. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que, en tanto en cuanto estamos ante un requisito formal y expreso sobre el procedimiento de consultas, su ausencia o contravención provocará la nulidad de la medida pretendida (en sede concursal, la no aprobación por parte del Juez del Concurso).

El concepto de negociación de buena fe no es nuevo en nuestro sistema de relaciones laborales, ya que tradicionalmente ha venido impregnando todo fenómeno de negociación colectiva³⁸. Tampoco es nuevo en el periodo de consultas necesario para poder adoptar medidas laborales de carácter colectivo, puesto que la ausencia de buena fe negociadora solía plantearse respecto de las modificaciones de las condiciones de trabajo, donde tradicionalmente no existía autorización administrativa para poderlas llevar a cabo³⁹. En materia extintiva, hasta la reforma laboral de 2012, como es sabido, la decisión última sobre los despidos residía en la autoridad administrativa y con ello el objeto principal de la negociación se solía centrar, en la práctica, sobre el *quantum* indemnizatorio. Con la predicada supresión de la autorización administrativa previa, justificada por razones de celeridad y por la utilización desviada del procedimiento hacia la elevación de las indemnizaciones⁴⁰, varió sustancialmente la forma de negociar estas medidas, puesto que desde el año 2012 los despidos colectivos y suspensiones quedan bajo el albur decisorio del empresario. Esta circunstancia favoreció indirectamente la pasividad negociadora del empresario, así como la proliferación de una serie de conductas que se alejan de la predicada buena fe. Ante esta nueva situación fueron reaccionando con mayor o menor fortuna los distintos órganos jurisdiccionales, los cuales se han visto en ante la necesidad de ir desarrollando un exhaustivo control sobre los requisitos formales de las medidas de ajuste laboral, en especial sobre los despidos colectivos y entre ellos, claro está, sobre la concurrencia de la buena fe negociadora⁴¹. En este sentido, como ha sido señalado por GOERLICH PESET, la vigilancia del despido colectivo fue pasando de un control previo de naturaleza administrativa, a realizarse *a posteriori*, ya en sede judicial⁴². Por esta razón, considero oportuno construir la teoría sobre la obligatoriedad de negociar de buena fe en las consultas convocadas por el Juez del Concurso a través de estas últimas resoluciones dictadas en el contexto laboral a partir de la Reforma de 2012, puesto que sus conclusiones pueden ser interesantes para el ámbito concursal. En cual-

³⁷ Así, el artículo 51.2 ET expresa que “durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”. De forma paralela, el artículo 7.1 in fine del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada indica que: “a tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe”.

³⁸ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012...* Op. Cit. Página 56.

³⁹ Ha valorado la nulidad por mala fe en las consultas para llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras muchas: la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2007 (AS/200773341), de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (AS/2008/3121), o más recientemente STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2012 (JUR/2012/297525).

⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A. “Los despidos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”. *Actualidad Laboral*, nº. 17. 2012. Página 8 (de la versión online).

⁴¹ NAVARRO ARIAS, F.J. “El deber de buena fe en la negociación durante el periodo de consultas de los Expedientes de Regulación de Empleo. STSJ Cataluña de 13 de junio de 2013”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 72. 2013 (de la versión electrónica).

⁴² GOERLICH PESET, J.M. “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”. *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, y MERCADER UGUINA, J.R.). Ed. Lex Nova. 2012.

quier caso, no cabe perder de vista que en el procedimiento concursal el empresario no tiene la última palabra y que ni siquiera ésta corresponde al administrador concursal, sino que mora en el Juez del Concurso. Consiguientemente, será menos habitual que en el ERE Concursal se sucedan conductas pasivas en la negociación, porque la decisión corresponderá a un tercero y, además, porque alcanzar un acuerdo en este procedimiento va a ser mucho más favorable para todas las partes. Con todo, seguirá siendo útil ensamblar la experiencia de la práctica judicial del ámbito social en esta sede.

Como se ha expresado anteriormente, ni el Estatuto de los Trabajadores ni el Reglamento de procedimientos de despido colectivo, ni mucho menos la Ley Concursal, se han parado a determinar lo que debemos de entender por “negociar de buena fe”. La Real Academia Española define negociación como: “*tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto*” (en nuestro caso “acuerdo”). Con ello, podemos apreciar como en esta frase el vocablo más importante de la definición es el de “*tratos*”. “Tratar”, en el contexto de una negociación, presupone comunicarse, discutir o disputar. Por lo tanto, lo que se espera en una negociación de buena fe es un efectivo intercambio de pareceres⁴³. En este sentido, es la intención o la voluntad de intentar llegar a un acuerdo lo que va a determinar, entre otras cosas, el cumplimiento con el deber legal de negociar de buena fe. Debe apuntarse, asimismo, que es doctrina reiterada por parte de los tribunales el hecho de que el fracaso en la negociación de las consultas no puede equipararse con su inexistencia, ni mucho menos con la presencia de mala fe por parte de los intervinientes⁴⁴. En este sentido, esta obligación no implica que se alcance finalmente un acuerdo, sino el compromiso de alcanzarlo, el cual se debe acreditar con la concurrencia de propuestas y contrapropuestas⁴⁵. Por lo tanto, corresponde mostrar una actitud abierta y dialogante y dar contestación a las propuestas de la contraparte⁴⁶, como mínimo, sobre la posibilidad de evitar o atenuar las consecuencias de las medidas de ajuste laboral.

La doctrina judicial ha considerado que no existe buena fe negociadora cuando antes de concluir el periodo de consultas la empresa notifica el despido a los trabajadores. Efectivamente, parece razonable pensar que se estaría quebrantando la voluntad negociadora cuando sin alcanzarse acuerdo y ya en la segunda de las cuatro reuniones mantenidas, se obra de la manera acabada de exponer (*vid.* sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012)⁴⁷.

Un problema bastante complejo que se sucede en esta sede es el del mantenimiento de posturas pasivas e inamovibles por parte del empresario. Se trata de aquellos casos en los que el empresario —en nuestro caso, principalmente, la administración concursal— únicamente acepta una posibilidad como viable y no atiende a mayores concesiones ni, por ende, está abierto a negociar. Este *modus operandi*, que en un primer momento parece revelador de una conducta evasiva en lo que se refiere a una efectiva actitud negociadora, ha sido en ocasiones tomada en consideración por parte de la doctrina judicial desde unas premisas equivocadas. De esta suerte, han sido varios los pronunciamientos judiciales los que se han aferrado al inmovilismo de la oferta del empresario como dato determinante de la ausencia de negociación de buena fe en las consultas. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de

⁴³ NORES TORRES, L.E. *El Periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Ed. CES. 2000. Página 207.

⁴⁴ Por todas: STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (AS, 2008 3121).

⁴⁵ STS de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2372); o más recientemente: STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2012 (JUR 2012, 297525), SAN de 19 de marzo de 2013 (JUR 2013, 99808). Si bien la ausencia de contrapropuestas no ha sido considerada siempre como sinónimo de mala fe, puesto que este hecho se ha llegado ver como revelador de falta de alternativas, y no como falta de negociación de buena fe (Vid. STSJ de Aragón, de enero de 2013, (AS/2013/269).

⁴⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites a la inmovilidad de posiciones empresariales durante el periodo de consultas”. *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º. 52. 2012. Página 5 (versión electrónica).

⁴⁷ SAN de 15 de octubre de 2012 (AS 2013. 2).

30 de mayo de 2012⁴⁸, consideró que quien acude a las consultas con una única posibilidad sobre la mesa y no efectúa concesiones ni tampoco ofrece opciones solamente trata de dar por cumplido un trámite —en este caso, la obligada realización de consultas con los representantes de los trabajadores—. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13 de junio de 2012⁴⁹, razonó que no se cumplía el requisito de la buena fe cuando el empresario ofrece una propuesta definitiva e irrevocable. En mi opinión, esta forma de discurrir, así como las conclusiones alcanzadas por ella, debería de ser tomada con ciertas cautelas, puesto que:

a) Existen otros pronunciamientos, tanto anteriores a la Reforma Laboral de 2012 (referidas a modificaciones de las condiciones de trabajo), como posteriores a la citada reforma, que mantienen que una postura inamovible no tiene porqué ser sinónimo de mala fe ni de inexistencia de intercambio de pareceres. Así lo consideró, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 25 de junio de 2007⁵⁰. Más reciente en el tiempo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013⁵¹ reflexionó lo siguiente: *“si la situación de la empresa es tan calamitosa, que su única salida es su liquidación, no constituye expresión de mala fe defender que la única alternativa es el cierre y consiguientemente el despido de todos los trabajadores de la empresa”*. Por lo tanto, se ha de aceptar que el inmovilismo del empresario a la hora de considerar otras medidas menos lesivas podría no realizarse con mala fe en algunos supuestos concretos, como sería el caso, precisamente, de aquellas situaciones de insolvencia inminente. En el caso enjuiciado por la Audiencia Nacional la empresa entró al poco tiempo en concurso y seguidamente en liquidación. Esta última consideración es especialmente útil en el procedimiento de ERE Concursal puesto que será bastante común que éste se solicite tras el cierre de una unidad productiva o bien de toda la empresa, así como fruto de la liquidación de la empresa cuando la concursada entra en dicha fase. Consecuentemente, no obraría con mala fe por mantener una postura inmovilista aquel administrador concursal que, por ejemplo, no acepte rebajas en el número de contratos a extinguir cuando la solución mantenida por éste sea la del cierre o cuando la empresa se encuentre en fase de liquidación o, incluso, esta circunstancia se encuentre muy próxima, es decir, cuando se atisbe que la amortización de puestos de trabajo no vaya a contribuir a la viabilidad de la empresa.

b) Una interpretación como la descrita podría dar lugar a conductas estratégicas ciertamente reprochables. Si de forma mecánica los tribunales concedieran poco a poco la nulidad de las medidas de ajuste cuando la administración concursal no redujera el número de afectados aportado al inicio del periodo de consultas, éstos optarán por recurrir a la presentación de un número elevado de trabajadores para, acto seguido, reducir esta cifra hasta acabar con el número de contratos a modificar, suspender o extinguir que realmente pretenden llevar a cabo. ¿Acaso no sería una conducta reveladora de una mayor ausencia de buena fe el hecho de falsear el número de despedidos, para luego lograr de este modo el dígito pretendido? Sin duda este tipo de conductas no deseables se fomentarían de seguirse con decisiones judiciales que predicaran la nulidad del despido cuando el empresario no efectúe concesiones ni rebaje su postura inicial, sin analizar todas las actas con minucia. En este sentido, coincido con la opinión mantenida por algún sector de la doctrina según la cual la buena fe no se definiría por *“la variedad de propuestas sino por el debate generado sobre las realizadas por las partes”*⁵². Por lo tanto, lo que

⁴⁸ STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS 2012, 1672).

⁴⁹ STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012 (AS 2012, 1887).

⁵⁰ STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2007 (AS 2007, 3341). Se dice que *“no puede equipararse ausencia de buena fe con el mantenimiento de una posición empresarial firme en la negociación, y habiendo esta existido en los términos antes expuestos, debe rechazarse el motivo de recurso planteado”*.

⁵¹ SAN de 20 de marzo de 2013 (JUR 2013, 110228).

⁵² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA. “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites a la inmovilidad de posiciones empresariales durante el periodo de consultas... *Op. Cit.* Página 5.

debe de existir es un auténtico debate o intercambio de pareceres y éste no tiene porqué implicar un cambio en las cifras, cuantías y soluciones, las cuales van a depender de la coyuntura económica o del contexto empresarial concreto de cada situación. Con todo, resulta pertinente que los sujetos negociadores elaboren cuidadosamente las actas y lo hagan siempre con cierto detalle. Por su parte, el Juez del Concurso debería de tomar en consideración todas ellas y analizarlas sistemáticamente, para así poder determinar con mayor seguridad si ha existido un efectivo intercambio de pareceres o un auténtico debate con propuestas y contrapuestas, colmándose con ello las exigencias de una negociación de buena fe.

Otra situación que ha sido valorada por parte de la doctrina judicial consiste en la vinculación de las ofertas realizadas por el empresario durante la negociación. En ese sentido, durante las consultas las partes deben de intentar llegar a un acuerdo, para lo que será necesario que exista una auténtica negociación, marcada generalmente por la presencia de ofertas, propuestas y contrapropuestas. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 14 de diciembre de 2012⁵³, razonó que la empresa negoció de buena fe, sin que, en caso de desacuerdo, quede vinculada por las ofertas realizadas durante el periodo de consultas. Como se ha comentado, a lo largo de la negociación de las consultas se suceden ofertas, que de concluir con acuerdo vincularían respecto a lo pactado. Si bien, en caso de desacuerdo, parece lógico que las ofertas intermedias que no hayan terminado por cuajar no tengan que condicionar la decisión final del empresario, pues en caso contrario se estaría alentando precisamente a lo contrario, es decir, a no negociar de forma efectiva ni a emitir propuestas. Trasladado al procedimiento de consultas en el seno de un concurso, esta cuestión supondría que el Juez de lo Mercantil no podría quedar vinculado, en caso de que le sea presentado un acuerdo, a la admisión de las propuestas debatidas durante las distintas sesiones o reuniones celebradas entre las partes llamadas a la negociación. Ello no quita, que en algunos casos concretos el órgano judicial pueda apoyarse en algunos datos o cifras barajadas en el periodo de consultas⁵⁴, pues lo que se está defendiendo desde estas líneas sería que éste no podría quedar vinculado por estas propuestas intermedias, puesto que solamente le afectará, en su caso, el acuerdo finalmente alcanzado y rubricado por las personas legitimadas para ello.

También hay que tener en cuenta que la obligación de negociar de buena fe en los términos vistos con anterioridad no recae simplemente en el administrador concursal y, en su caso, en el deudor, sino que se presenta como un deber que pesa sobre las dos partes enfrentadas, es decir, también sobre los representantes de los trabajadores. Esta dualidad no es nueva en la doctrina judicial, pues ya se aceptaba esta visión en la negociación de los Convenios Colectivos⁵⁵. En el concreto caso de la de las consultas en el seno de la adopción de medidas de ajuste de plantilla la doctrina reciente también ha resaltado que la obligación de negociar de buena fe opera sobre las dos partes⁵⁶. El problema en este punto radica en determinar las consecuencias derivadas del incumplimiento de negociar de buena fe en una parte y en otra. En el ámbito laboral los efectos para el empresario son bastante claros. De esta suerte, si se demuestra que éste no ha negociado de buena fe la medida de ajuste ejecutada deberá declararse nula. Por

⁵³ STSJ (Sala de lo Social) de Valencia de 14 de diciembre de 2012 (nº. 3123/2012), proceso de instancia nº. 14/2012.

⁵⁴ Puede verse un ejemplo de ello en la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2011 (JUR 2011, 290162), que avaló la forma de proceder del Juez del Concurso donde en caso de no existir acuerdo se acogió el quantum indemnizatorio ofrecido en las consultas por parte de la administración concursal y superior al mínimo legal (25 días por año de servicio).

⁵⁵ Por todas: SAN de 18 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4279), en la que se dice que: *“la buena fe no es un elemento unilateral, sino que se exige que todas las partes negociadoras”, “teniendo todas ellas el derecho de exigir de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta...”*

⁵⁶ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012...Op. Cit.* Página 61.

su parte, cuando han sido los representantes de los trabajadores los que no han llevado a cabo una efectiva negociación la única sanción pensable sería quizás en términos electorales, o en una posible acción de revocación por parte de sus representados, así como por la pérdida de la oportunidad de poder incidir en la decisión extintiva empresarial, como consecuencia de su pasividad o falta de actitud negociadora⁵⁷. En el procedimiento concursal, desde el momento en que la decisión última reside en el Juez del Concurso, las soluciones ofrecidas deben de ser razonablemente distintas. En este sentido, no se producirá la nulidad de la medida puesto que ésta aún no ha sido tomada –será avanzado el procedimiento cuando el juzgador se pronuncie sobre el particular–. Por ello, el Juez del Concurso debería en estos casos inadmitir la “demanda” de extinción, modificación sustancial o suspensión cuando aprecie una conducta de mala fe por parte del solicitante, que se enervará en el caso de que la contraparte también hubiera actuado sin buena fe. En el ámbito “extraconcursal”, cuando ninguna de las dos partes ha realizado una negociación real o efectiva no debería aceptarse la nulidad del despido. De esta forma, si el empresario no negocia de buena fe no podrá considerarse nulo el despido si, por su parte, los representantes de los trabajadores tampoco han propiciado un debate real. En este sentido, coincido plenamente con la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2013⁵⁸ cuando argumenta que “no estamos, por tanto, ante una negociación ejemplar, pero no deja de ser cierto, que los representantes de los trabajadores, al margen de las desafecciones genéricas ya citadas, no hicieron ni una sola proposición constructiva, que pudiera considerarse por la empresa, ni para evitar, ni para reducir el número de los despedidos, ni criticaron, ni ofrecieron alternativa alguna al plan de acompañamiento social, que se les propuso por la demandada, por lo que no podemos anular el despido por ausencia de voluntad negociadora empresarial, por cuenta las limitaciones de la negociación efectuada son imputables a ambas partes”. Desde mi punto de vista, la exigencia de la buena fe en la negociación se asemejaría a las obligaciones sinalagmáticas en las que existe un compromiso de dar o hacer por las dos partes. Por lo tanto, en la negociación durante el periodo de consultas una parte no puede reclamar a la otra su cometido si ella misma no ha dado cumplimiento a su obligación. En esta sede, las obligaciones de las partes corresponderían con su deber de negociar de buena fe, por lo tanto, los representantes de los trabajadores no van a poder achacar la mala fe del empresario cuando ellos tampoco hubieran actuado de buena fe y, por ende, en estos casos no se podrá colegir la nulidad del despido. En el plano concursal, entiendo que si ha existido acuerdo el juez no quedaría vinculado al mismo y tendría que resolver como si éste no se hubiera producido.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Ed. Tirant lo Blanch. 2004.

ALTÉS TÁRREGA, J.A. “El expediente concursal de regulación de empleo”. Extinción del contrato de trabajo (ALBIOL MONTESINOS, I. Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. 2011.

BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

- *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

- “Reformas en materia laboral”. *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013* (BLASCO PELLICER, A. LÓPEZ BALAGUER, M. ALEGRE NUENO, M. RAMOS MORAGUES, F. y TALÉNS VISCONTI, E.). Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

CIFUENTES MATEOS, D. “La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores”. *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 13. 2008.

⁵⁷ NORES TORRES, L.E. *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial... Op. Cit.* Página 210.

⁵⁸ SAN de 13 de mayo de 2013, rec. 1756/2013.

- CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. *Relaciones Laborales*, nº. 23-24. 2003.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”. *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004.
- DE VIVERO DE PORRAS, M^a. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch. 2009.
- DESDENTADO BONETE, A. “Los despidos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”. *Actualidad Laboral*, nº. 17. 2012.
- DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N. Los trabajadores ante el concurso. *Una guía práctica para laboristas*. Ed. Bomarzo. 2007.
- DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en la relaciones laborales”. *Relaciones Laborales*, nº. 8. 2005.
- FERRADANS CARAMÉS, C. “Modificaciones colectivas de jornada en una empresa inmersa en un proceso concursal (un apunte sobre los trabajadores a tiempo parcial)”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2. 2005.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites a la inmovilidad de posiciones empresariales durante el periodo de consultas”. *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 52. 2012.
- GOERLICH PESET, J.M. “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”. *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, y MERCADER UGUINA, J.R. Dirs). Ed. Lex Nova. 2012.
- HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 2. 2005.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R. “Diez cuestiones sobre la negociación colectiva en los ERE’s”. *Aranzadi Social*, nº 10. 2013.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R. “Legitimación para negociar acuerdos en periodo de consultas sobre despidos colectivos e impugnación judicial de estos acuerdos”. *Problemas procesales de la reforma laboral* (SAMPEDRO CORRAL, M. Coord.). Ed. CGPJ. 1994.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”. *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004.
- MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 64”. *Comentario de la Ley Concursal, Tomo I*, (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Dirs.). Ed. Civitas. 2004.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal*. Ed. CES. Colección de Estudios. 2007.
- NAVARRO ARIAS, F.J. “El deber de buena fe en la negociación durante el periodo de consultas de los Expedientes de Regulación de Empleo. STSJ Cataluña de 13 de junio de 2013”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 72. 2013.

NORES TORRES, L.E. *El Periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Ed. CES. 2000.

ORELLANA CANO, N. “Los grupos de empresas en la regulación de empleo concursal. A propósito del Auto el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 y Mercantil nº 1 de Soria de 18 de diciembre de 2012”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 19. 2013.

RÍOS MESTRE, J.M. *Despido colectivo y concurso de acreedores*. Ed. Thomson-Reuters. 2012.

SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”. *Relaciones Laborales*, nº. 7. 2012.