

## LAS CONSULTAS EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012: ¿UN NUEVO MODELO DE NEGOCIACIÓN?

**Eduardo Enrique Taléns Visconti**

*Investigador en Formación «Atracció de Talent».*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

---

### EXTRACTO

La supresión de la autorización por parte de la autoridad laboral para poder llevar a cabo despidos colectivos ha terminado por cambiar el modelo de negociación del despido colectivo, ya que ha animado hacia conductas de pasividad negociadora por parte del empresario. Ante este problema ha intentado reaccionar la reciente doctrina judicial declarando la nulidad de aquellos despidos colectivos en los que se hubiera vaciado de contenido el objetivo de las consultas, que es el de intentar evitar o reducir los despidos o atenuar sus consecuencias. La duración del tiempo con el que van a contar los interlocutores laborales para efectuar su negociación colectiva también ha sido una cuestión modificada y sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina judicial.

**Palabras claves:** despido colectivo, periodo de consultas, representantes de los trabajadores, negociación y buena fe.

---

*Fecha de entrada: 18-10-2013 / Fecha de aceptación: 13-12-2013*

## CONSULTATIONS ON THE COLLECTIVE REDUNDANCIES AFTER THE 2012 SPANISH LABOUR REFORM: A NEW MODEL FOR THE NEGOTIATING PROCESS?

Eduardo Enrique Taléns Visconti

---

### ABSTRACT

The abolition of the employment authorities' approval to carry out collective lay offs has entailed a change in the bargaining model of collective redundancies, since it has encouraged a passive attitude concerning the employer's negotiating conduct. The recent judicial doctrine has tried to face this problem by annulling those collective redundancies, which made meaningless the aiming of the consultations that is to try to avoid or reduce layoffs or mitigate their consequences. The deadline that the labour partners will have to carry out the collective bargaining has also been modified and it is an issue on which judicial doctrine has had occasion to state its opinion.

**Keywords:** collective redundancies, consultations deadline, workers' representatives, negotiation and good faith.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Los sujetos intervinientes en la negociación
3. La negociación de buena fe
4. La aportación de documentos: el principio de plenitud informativa al servicio de las consultas
5. La duración de la negociación en las consultas

## 1. INTRODUCCIÓN

El legislador español ha elaborado en un corto periodo de tiempo profundas reformas que han afectado a la legislación laboral. Una de las materias que más cambios ha sufrido ha sido el despido colectivo. Dentro de este, la eliminación de la autorización administrativa se ha convertido en la medida que más repercusión ha tenido. Pero no ha sido la única, pues también se ha pretendido configurar una objetivación de las causas. Además, esta nueva regulación sustantiva del despido colectivo ha coadyuvado a una íntegra reforma procesal sobre la materia. Así, la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), habla, en su exposición de motivos, de «una nueva modalidad procesal para el despido colectivo, cuya regulación persigue evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva». En este sentido, se ha producido un profundo cambio en la redacción del artículo 124 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LJS\)](#), que es el encargado de regular la tramitación procesal de los despidos colectivos, configurándose de este modo un auténtico proceso *ex novo*<sup>1</sup>.

En lo que aquí interesa, va a ser la supresión de la autorización administrativa para proceder a la resolución de los contratos de trabajo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción lo que ha contribuido en buena medida a un cambio en el sistema de relaciones laborales, en concreto, en lo que se refiere a la negociación del despido colectivo. La mayoría de países de la Unión Europea no contaba con la aludida autorización administrativa para poder efectuar las extinciones. Curiosamente uno de los países en los que se fijó España para realizar este cambio, Francia, acaba recientemente de iniciar el camino contrario, es decir, partiendo de la inexistencia de autorización ha reformado su legislación para terminar por exigirla. En España, la eliminación de esta autorización ha precipitado un cambio sobre la manera de negociar colectivamente el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Si con anterioridad a la reforma la negociación se centraba en el coste de las extinciones y la decisión última quedaba en manos de un ente administrativo, en la actualidad el empresario va a ser el encargado de decidir los despidos llevados a cabo una vez concluido el periodo de consultas, independientemente de que se hubiera o no alcanzado un acuerdo<sup>2</sup>. Bajo este nuevo escenario, el empresario se encuentra incitado a mantener conductas pasivas y a no negociar de buena fe el despido, porque ahora la decisión última va a depender de él. En este sentido, los problemas a

<sup>1</sup> Este artículo 124 de la LJS ha sido en parte reformado por el reciente 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.

<sup>2</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Exigencias documentales en el despido colectivo: del Real Decreto-Ley 3/2012 a la Ley 3/2012. STSJ Madrid 30 de mayo de 2012», *Aranzadi Social*, núm. 53, 2012, pág. 3 (versión digital).

los que se deben afrontar las partes han cambiado. Pero paralelamente, esta nueva situación ha supuesto un control judicial más intenso, mediante el que se ha intentado corregir de una manera más o menos acertada la falta de negociación de buena fe, tal y como se venía dando, por ejemplo, en Francia, con anterioridad a su reciente reforma laboral<sup>3</sup>. Otro de los aspectos que van a tener en cuenta los órganos jurisdiccionales, conectado también con la buena fe negociadora, es la de la entrega de toda la documentación exigida por la normativa. En este sentido, los jueces están siendo especialmente sensibles con este problema, declarando la nulidad del despido por la negociación en las consultas de forma parcial, es decir, la que se realiza con parte de la documentación, o con otra distinta a la requerida por la normativa.

Otro cambio suscitado por la reforma laboral de 2012, en lo que a la negociación colectiva del periodo de consultas se refiere, es el de su duración. Se ha producido un cambio consistente en mutar la duración de las consultas, que han pasado de tener un límite de días mínimo a uno máximo.

En las siguientes líneas se tratará de dar solución a todos estos problemas, se tendrán en cuenta las decisiones judiciales existentes hasta la fecha y se intentará dar una fundada opinión en cada uno de los puntos críticos, abogando en todo momento por la defensa de una efectiva negociación.

## 2. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LA NEGOCIACIÓN

La primera cuestión ante la cual debemos aproximarnos es la de delimitar las personas legitimadas para negociar la tramitación del despido colectivo. En este sentido, el artículo 51.2 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) comienza estableciendo que el despido tendrá que ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Hasta la reforma laboral de 2010 la ley no decía más que esto, es decir, 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 acuerdo<sup>4</sup>. 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 solicite su intervención en las consultas, o pasando por conferir directamente esta facultad a una u otra representación. Esta situación quedó solventada mediante una incorporación realizada por el [Real Decreto-Ley 7/2011](#),

<sup>3</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012», *Relaciones Laborales*, núms. 19-20, 2012, pág. 70.

<sup>4</sup> BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, colección Laboral Práctico, 2007, pág. 109.

de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, modificación que se mantiene en la actualidad y que se inclina por la representación sindical. Así lo establece en la actualidad el artículo 51.2 del ET que dice que corresponderá a las secciones sindicales, cuando estas así lo acuerden, intervenir como interlocutores en el procedimiento de consultas, siempre que, además, tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal. Por lo tanto, van a ser los representantes sindicales los que en primer lugar van a tener encomendada la tarea de negociar los despidos colectivos, y correlativamente, si no lo hicieran, le correspondería en suerte a la representación unitaria.

Es bastante frecuente que algunas empresas, por lo general pequeñas y medianas, no cuenten con representación legal de los trabajadores. Para estos casos la ley permite la creación de una comisión de trabajadores elegidos *ad hoc* conforme a lo establecido en el artículo 41.4 del ET, referido este último a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo<sup>5</sup>. Se trata de una comisión compuesta por un máximo de tres trabajadores de la empresa 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 los son para un solo acontecimiento, pues son elegidos precisamente para intervenir y negociar en representación de la plantilla en el periodo de consultas del despido colectivo.

Esta representación *ad hoc* ha sido objeto de diferentes interpretaciones sobre su capacidad para impugnar judicialmente el despido colectivo efectuado por el empresario. La cuestión se discute por la dicción literal del artículo 124.1 de la LJS, que cita textualmente a los representantes legales de los trabajadores (junto con los sindicatos) como sujetos legitimados para impugnar el despido por la vía colectiva. En este sentido, algún autor ha defendido que esta forma de representación *ad hoc* está pensada exclusivamente para negociar en el periodo de consultas y que su actuación se limitaría solamente a este cometido, y por ende no se extendería hacia la impugnación del despido<sup>6</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se ha postulado a favor de una interpretación extensiva, que permitiría a la comisión *ad hoc* interponer demanda colectiva de despido, ampliando sus facultades negociadoras en el periodo de consultas<sup>7</sup>. En idéntico sentido se ha pronunciado también el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña en su [Sentencia de 23 de mayo de 2012](#). Se utiliza el argumento lógico, y con el cual coincide, de que carecería de

<sup>5</sup> Previsión incorporada por la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

<sup>6</sup> GARCÍA PIÑEIRO, N. P.: «Aspectos procesales de la reforma: despido colectivo y otras cuestiones», *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, (GARCÍA MURCIA, J. y MONTOYA MELGAR, A., dirs.), Civitas, 2012, pág. 324.

<sup>7</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 104; SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La reglamentación del Despido Colectivo», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012, pág. 7 (versión digital); LOUSADA AROCHENA, J. y RON LATAS, P.: «La modalidad procesal de despidos colectivos», *Diario la Ley*, núm. 7.863, 2012, pág. 4 (versión digital).

sentido que una representación que es capaz de negociar la extinción colectiva de los contratos de trabajo no tuviera *a posteriori* abierta la posibilidad de poder combatirla bajo la modalidad procesal del despido colectivo. Por lo tanto, esta comisión de trabajadores, además de estar facultados para negociar durante el periodo de consultas, va a poder impugnar la decisión extintiva del empresario ante el órgano judicial competente.

El [Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto](#), ha aclarado la cuestión de los sujetos intervinientes cuando el despido colectivo afecta a varios centros de trabajo. En este sentido, se prevé que la negociación sea llevada a cabo por una única comisión negociadora, desapareciendo de este modo la posibilidad de negociar centro por centro. Asimismo, dispone que esta comisión negociadora deba estar compuesta por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. En último término, su constitución deberá ser previa al inicio de las consultas<sup>8</sup>.

La normativa no aclara qué es lo que sucede cuando en ausencia de representación unitaria o sindical los trabajadores no designan ninguna comisión *ad hoc* que negocie el despido. No va a ser frecuente que se dé esta circunstancia, puesto que no sería del todo lógico que ante un despido colectivo los trabajadores no quisieran que alguien intente proponer y negociar medidas alternativas al despido o luchar por suavizar la decisión extintiva. 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 de que disponen estos de nombrar una comisión, sus fórmulas y los plazos para su designación<sup>9</sup>. 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 del despido (art. 124.11 LJS). Pero también es cierto que esta sanción debe tener lugar ante una incorrecta actuación por parte del empresario, siendo flagrante cuando efectúe el despido colectivo 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 y legal pretende ajustar su plantilla sometiendo su intención a los trabajadores, informándoles expresamente sobre la posibilidad, forma y plazos de constitución de una comisión negociadora *ad hoc*, cuando esta opción es desoída por parte de estos. Por lo tanto, bajo estas condiciones el periodo de consultas se debería entender amortizado.

No cabría tampoco la posibilidad de negociar individualmente cada despido, pues las consultas requieren de un interlocutor que represente a los trabajadores. Esta opción de negociar indivi-

<sup>8</sup> 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; LÓPEZ BALAGUER; ALEGRE NUENO; RAMOS MORAGUES y TALÉNS VISCONTI), Tirant lo Blanch, 2013, págs. 15 a 26.

<sup>9</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 56.

dualmente el despido colectivo no sirve, claro está, cuando existe representación legal, ni cuando se designe una comisión según lo visto con anterioridad. Pero tampoco va a poder realizarse 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, una negociación individual<sup>10</sup>. En similares términos, la [Sentencia de la Audiencia Nacional \(SAN\) de 25 de julio de 2012](#) consideró que no puede entablarse negociación con los trabajadores individuales con el ánimo de sustituir a los sujetos legitimados. Menos aún puede sostenerse el hecho de que se realicen negociaciones individuales de forma paralela a las practicadas con los representantes de los trabajadores, siendo esta actuación fraudulenta y, por tanto, el despido devendrá nulo.

Resta adentrarnos en último lugar en las consecuencias que se derivarían de la negociación llevada a cabo por otros sujetos distintos a los previstos legalmente. Se trataría de personas que no estuvieran facultadas para ello. Sobre este trasunto, la [STSJ de Castilla y León, Burgos, de 29 de noviembre de 2012](#) ha considerado que «*los posibles defectos en la negociación relativos a la representación y comparecencia de sus miembros, no es factible encuadrarlos en aquellas (las causas de nulidad), constituyendo caso de concurrir, un mero defecto formal no determinante de la nulidad del proceso negociatorio, desestimándose así el defecto invocado por los demandantes*». Pretendían los miembros del comité de empresa instar, entre otras acciones, la nulidad, por considerar la falta de representación real de las personas que comparecieron a las reuniones de las consultas de una Fundación del sector público.

### 3. LA NEGOCIACIÓN DE BUENA FE

El periodo de consultas con los representantes de los trabajadores es ahora el eje central del nuevo procedimiento de despido colectivo. Este, como sabemos, tiene que ir precedido de unas consultas, mediante las cuales se deben formular propuestas y tratar de reducir o atenuar los efectos del despido. En suma, el periodo de consultas es un auténtico proceso de negociación<sup>11</sup>.

La normativa laboral exige que estas negociaciones deben llevarse a cabo desde la buena fe. Así, el artículo 51.2 del ET expresa de forma lacónica 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

<sup>10</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Diez cuestiones sobre la negociación colectiva en los ERE's», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013, pág. 6 (versión digital).

<sup>11</sup> 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*, núm. 52, 2012, pág. 3 (versión digital).

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». Como se ha podido apreciar, el deber de negociar de buena fe resulta de una exigencia desprendida tanto del ET como del Reglamento 1483/2012. Ahora bien, el problema radica en que ninguna de las anteriores normas define el concepto de buena fe, ni establece qué conductas pueden provocar que la negociación sea de mala fe, por lo que se tendrá que realizar un esfuerzo interpretativo adicional para determinar la existencia o inexistencia de negociación de *ex bona fide*. Pero 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 del despido colectivo.

El concepto de la negociación de buena fe no es nuevo en nuestro sistema de relaciones laborales, puesto que este impregna todo fenómeno de negociación colectiva<sup>12</sup>. Tampoco es nuevo en el periodo de consultas, puesto que la ausencia de buena fe negociadora solía plantearse respecto a las modificaciones de las condiciones de trabajo, donde tradicionalmente no existía autorización administrativa para poder llevarlas a cabo<sup>13</sup>. En materia extintiva, hasta la reforma laboral de 2012, la decisión última era tomada por la autoridad administrativa, y el objeto principal de la negociación se centraba en el *quantum* indemnizatorio. Con la supresión de la citada autorización, justificada por razones de celeridad y por la utilización desviada del procedimiento hacia la elevación de las indemnizaciones<sup>14</sup>, ha cambiado la forma de negociar. Como se ha dicho, con anterioridad a la reforma, la decisión del empresario quedaba supeditada a una autorización por parte del ente administrativo, pero en la actualidad la decisión final está en manos del empresario. Esta situación favorece la pasividad negociadora del empresario, así como el aumento de conductas que contravienen la buena fe, como la ausencia de una efectiva negociación marcada por el intercambio de propuestas y contrapropuestas. Por este motivo, los órganos jurisdiccionales están llevando a cabo un exhaustivo control sobre los requisitos formales del despido colectivo, entre ellos, claro está, sobre la exigencia de la buena fe negociadora<sup>15</sup>. En este sentido, la vigilancia del despido colectivo ha pasado de un control previo de naturaleza administrativa, a realizarse *a posteriori*, ya en sede judicial<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 56 y 60.

<sup>13</sup> 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*, de Cataluña de 3 de octubre de 2008, o más recientemente la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2012.

<sup>14</sup> DESDENTADO BONETE, A.: «Los despidos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2012, pág. 8 (PDF).

<sup>15</sup> 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*, núm. 72, 2013 (versión digital).

<sup>16</sup> 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.), Lex Nova, 2012.

Como se ha dicho anteriormente, ni el ET ni el Reglamento de procedimientos de despido colectivo definen lo que debe entenderse por negociar de buena fe. En este sentido, la Real Academia Española define negociación como: «*tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto*» (en nuestro caso «acuerdo»). El vocablo más importante de la definición es el de «*tratos*». «Tratar», en el contexto de una negociación, presupone comunicarse, discurrir o disputar. Por lo tanto, lo que se espera en una negociación de buena fe es un efectivo intercambio de pareceres<sup>17</sup>. 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 de negociar de buena fe. 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 con la presencia de la mala fe por parte de los intervinientes<sup>18</sup>. 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 contrapuestas<sup>19</sup>. Por lo tanto, se debe mostrar una actitud abierta y dialogante y dar contestación a las propuestas de la contraparte<sup>20</sup>, como mínimo sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación externa o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de empleabilidad. En este sentido, los anteriores fines deberían tratarse como mínimos de derecho necesario de toda negociación de despido colectivo, aunque nada obsta a que se puedan debatir otras cuestiones<sup>21</sup>.

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. Aunque, como veremos más adelante, la ley no exige un número mínimo de reuniones, se quebrantaría 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. SAN de 15 de octubre de 2012*).

Un problema bastante complejo es el del mantenimiento de posturas pasivas e inamovibles por parte del empresario. Se trata de aquellos casos en los que el empresario únicamente acepta una posibilidad como viable y en los que no atiende a concesiones ni, por ende, está abierto a negociar. Este *modus operandi*, donde en un primer momento parecería clara la evasión hacia una efectiva actitud negociadora, ha sido en ocasiones tomada en consideración por parte de la doctrina judicial desde unas premisas equivocadas. Han sido ya varios pronunciamientos judi-

<sup>17</sup> NORES TORRES, L. E.: *El Periodo de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, Colección de Estudios CES, 2000, pág. 207.

<sup>18</sup> Por todas: STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008.

<sup>19</sup> STS de 9 de marzo de 1998; o más recientemente: STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2012, SAN de 19 de marzo de 2013. Si bien la ausencia de contrapuestas no ha sido considerada siempre como sinónimo de mala fe, puesto que este hecho se ha llegado a ver como revelador de falta de alternativas, y no como falta de negociación de buena fe (*vid. STSJ de Aragón, de 14 enero de 2013*).

<sup>20</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA, ob. cit., pág. 5.

<sup>21</sup> NAVARRO ARIAS, F. J.: ob. cit., pág. 7.

ciales los que se han aferrado al inmovilismo de la oferta del empresario para revelar la ausencia de negociación de buena fe en las consultas. Así, por ejemplo, la [STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012](#) 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 [STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012](#) 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 tomarse con ciertas cautelas, puesto que:

- a) Existen otros pronunciamientos, tanto anteriores a la reforma laboral de 2012 (referidos a modificaciones de las condiciones de trabajo), como posteriores a la citada reforma que mantienen que una postura inamovible no tiene por qué ser sinónimo de mala fe ni de inexistencia de negociación. Así lo consideró, por ejemplo, la [STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2007](#)<sup>22</sup>. Más recientemente, la [SAN de 20 de marzo de 2013](#) reflexionó que: *«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 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 es el caso de situaciones de insolvencia inminente. En el caso enjuiciado por la AN, la empresa entró al poco tiempo en concurso de acreedores y seguidamente en liquidación.
- b) Una interpretación como la descrita podría dar lugar a conductas estratégicas ciertamente reprochables. Si de forma mecánica los tribunales van concediendo poco a poco la nulidad de las extinciones cuando el empresario no reduce el número de afectados aportado al inicio del periodo de consultas, los asesores legales de los empresarios optarán por recurrir a la presentación de un número elevado de trabajadores, para enseguida reducir esta cifra hasta acabar con los despidos que realmente pretenden realizar. ¿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 efectúa 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*

<sup>22</sup> 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»*.

*por las partes»*<sup>23</sup>. Por lo tanto, lo que debe existir es un auténtico debate o intercambio de pareceres y este no tiene por qué implicar un cambio en las cifras, cuantías y soluciones, las cuales van a depender de la coyuntura económica o del concreto contexto empresarial. Con todo, resulta pertinente que los sujetos negociadores elaboren cuidadosamente las actas, siempre con cierto detalle. Por su parte, el órgano jurisdiccional debería tomar en consideración todas ellas, y analizarlas sistemáticamente, para así determinar si ha existido un efectivo intercambio de pareceres, o un auténtico debate con propuestas y contrapuestas.

Otra situación que ha sido valorada por parte de la doctrina judicial referente a la ausencia o no de buena fe consiste en la vinculación de las ofertas realizadas por el empresario durante la negociación. Durante las consultas, y tal y como ha quedado establecido, las partes deben intentar llegar a un acuerdo, y para ello debe existir una auténtica negociación, marcada generalmente por la presencia de ofertas, propuestas y contrapropuestas. En este sentido, la STSJ, Sala de lo Social, de Valencia de 14 de diciembre de 2012<sup>24</sup> 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. En la negociación de las consultas se suceden propuestas y ofertas, que de llegar a un acuerdo vincularían la decisión del empresario a lo acordado. Pero en caso de desacuerdo parece lógico que las ofertas intermedias que no han terminado por cuajar en un acuerdo no deben 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 ni ofertas.

La obligación de negociar de buena fe en los términos vistos con anterioridad no recae solamente sobre el empresario, sino que es un deber que pesa sobre las dos partes. Esta dualidad no es nueva en la doctrina judicial, pues ya se recogía en la negociación para los convenios colectivos<sup>25</sup>. En el concreto caso de la de las consultas en el seno de un despido colectivo, la doctrina reciente también ha resaltado que la obligación de negociar de buena fe opera sobre las dos partes<sup>26</sup>.

El problema entonces radica en determinar las consecuencias derivadas del incumplimiento de negociar de buena fe en una parte y en otra. Los efectos para el empresario son bastante claros, así, si se demuestra que este no ha negociado de buena fe, el despido colectivo será considerado como nulo. Cuando han sido los representantes de los trabajadores los que no han llevado a cabo una efectiva negociación, la única sanción pensable sería en términos electorales o en una

<sup>23</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA, ob. cit., pág. 5.

<sup>24</sup> (núm. 3123/2012), proceso de instancia núm. 14/2012.

<sup>25</sup> Por todas: SAN de 18 de noviembre de 1997, 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..."*».

<sup>26</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 61.

posible acción de revocación por parte de sus representados, así como la pérdida de la oportunidad de poder incidir en la decisión extintiva empresarial, como consecuencia de su pasividad o falta de actitud negociadora<sup>27</sup>.

Cuando ninguna de las dos partes ha realizado una negociación real o efectiva no debería aceptarse la nulidad del despido. En este sentido, 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 reciente [SAN de 13 de mayo de 2013](#) 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»*. Bajo mi punto de vista, la exigencia de la buena fe en la negociación se asemejaría a aquellas obligaciones sinalagmáticas en las que existe un compromiso de dar o hacer por las dos partes. Por lo tanto, en la negociación del 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, por ende, en estos casos no se podrá colegir la nulidad del despido.

#### 4. LA APORTACIÓN DE DOCUMENTOS: EL PRINCIPIO DE PLENITUD INFORMATIVA AL SERVICIO DE LAS CONSULTAS

El empresario deberá aportar al inicio del periodo de consultas toda aquella información y documentación que la ley y el reglamento exigen. No cabe duda de que para poder efectuar una negociación real y fructífera del despido colectivo se ha de manejar una gran cantidad de datos. En este sentido, la normativa es bastante amplia en lo que respecta a la información que por parte del empresario se debe facilitar a los representantes de los trabajadores. El artículo 51.2 del ET enumera una serie de información que se ha de proporcionar tanto a los representantes de los trabajadores, que van a participar en la negociación, como a la autoridad laboral, que aunque ya no ostenta facultades de autorización, actúa como garante del buen desarrollo de las consultas. Esta documentación aparece con alguna apostilla explicativa en el artículo 3 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Por lo tanto, se debe entregar un primer escrito, al inicio de las consultas, con los siguientes extremos:

<sup>27</sup> NORES TORRES, L. E.: ob. cit., pág. 210.

- a) La especificación de las causas del despido colectivo, conforme a lo establecido en el artículo 1.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.  
Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.
- d) Periodo previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales<sup>28</sup>.

Todos estos datos son importantes para negociar acerca del número de contratos a extinguir, para valorar una posible discriminación en la elección de los afectados, para dirimir sobre las medidas sociales de acompañamiento, o para la toma de medidas alternativas de flexibilidad interna, etc. Junto con la anterior documentación se debe acompañar una memoria que explique las causas alegadas, ya sean económicas, productivas, técnicas u organizativas. El artículo 4, del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, se ocupa de las primeras, y el artículo 5 de las segundas. En resumen, se trata de presentar una memoria que acredite las causas. Además, se deben entregar los documentos que reglamentariamente se determinen, como, por ejemplo, las cuentas anuales auditadas (cuando exista obligación de auditar), cuentas consolidadas en caso de grupo de empresas, etc. La consecuencia de la falta de aportación documentaria va a ser, según dispone el artículo 124.11 de la LJS, la nulidad del despido.

Han sido ya varios los pronunciamientos judiciales que han fallado la nulidad del despido por falta de aportación de todos o de alguno de los documentos exigidos por la normativa. En el fondo, tras la nulidad por la ausencia de aportación documentaria se encuentra la falta de negociación real ocasionada por este hecho, al no poderse con ello abordar en las consultas todos los

<sup>28</sup> Apartados f) y g) añadidos por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto. Como comentario de esta incorporación documentaria *vid.* BLASCO PELLICER, A., ob. cit., págs. 36 y 37.

extremos necesarios. Así, por ejemplo, como se expresó la [STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2012](#) «*si no se aporta la documentación legalmente requerida no solo se priva a los representantes de los trabajadores de su derecho de información, sino que se les impide negociar de forma razonable la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del periodo de consultas*». En concreto, en el caso de que no se comunicara la clasificación profesional de los trabajadores o cuando se produjera alguna falta de concreción sobre los criterios de designación de los trabajadores afectados, se estaría impidiendo uno de los objetivos básicos de las consultas, como lo es el de buscar y encontrar posibilidades de evitación o reducción de los despidos, o atenuar sus consecuencias ([STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012](#)) y también para poder valorar la adecuada justificación de los despidos ([SAN de 15 de octubre de 2012](#))<sup>29</sup>. Por ejemplo, se ha considerado que es «*un incumplimiento flagrante del procedimiento establecido*» la falta de acompañamiento de la memoria explicativa de las causas ([STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012](#)). Aunque no solo se ha estimado la nulidad cuando no se ha aportado la memoria explicativa de las causas, sino también cuando esta es sumamente genérica, y no contiene, por ejemplo, las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos ([STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012](#)). Como se ha puesto de manifiesto, esta obligación informativa y documentaria conectaría con la exigencia de negociación de buena fe<sup>30</sup>. En este sentido, una circunstancia más que va a denotar la presencia de buena fe va a ser cuando el empresario aporte toda la documentación posible a los representantes, quienes dispondrán de todas las armas para poder buscar soluciones alternativas o suavizar las consecuencias del despido colectivo. Por el contrario, verán en cierta medida limitada su capacidad de negociación si el empresario no aporta toda la información que se le exige.

## 5. LA DURACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN EN LAS CONSULTAS

El plazo durante el cual los interlocutores de la empresa y los trabajadores pueden estar negociando también ha cambiado con la reforma laboral de 2012. Con la normativa anterior las consultas debían tener una duración no inferior a treinta días, siendo de quince días cuando la empresa tuviera menos de cincuenta trabajadores. De este modo se establecía un periodo mínimo de negociación que podría, en su caso, ser ampliado vía convenio colectivo (no así reducirse). El problema que se suscitaba era el de la posibilidad de la finalización *ante tempus* de las consultas. El establecimiento de un tope mínimo impedía que con desacuerdo pudiera darse por finalizado el periodo de consultas antes de los treinta días (o quince). La ley obligaba, en pos de lograr un acuerdo, a que las partes tuvieran que permanecer negociando treinta o más días (o quince en empresas de menos de cincuenta trabajadores). De este modo, se incitaba a negociar aun cuando

<sup>29</sup> Para tener en cuenta la documentación como presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos es necesario que se defienda que con la reforma se mantiene la conexión de funcionalidad y razonabilidad de la medida extintiva, cuestión esta que es bastante discutida.

<sup>30</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STSJ de La Rioja de 26 de marzo de 2012.

las partes hubieran llegado al convencimiento de que resultaba imposible llegar a un acuerdo<sup>31</sup>. Por el contrario, con la normativa anterior, era posible anticipar la finalización de las consultas cuando entre los firmantes se hubiera llegado a un acuerdo<sup>32</sup>.

Tras la citada reforma laboral el sentido de la duración de las consultas es el inverso, y por lo tanto sus vicisitudes también van a ser opuestas. En la actualidad, el artículo 51.2 del ET dispone que la duración de las consultas con los representantes de los trabajadores no será superior a treinta días (quince en empresas de menos de cincuenta trabajadores). Por lo tanto, ahora el plazo para negociar ya no es mínimo sino máximo. Esta es una clara referencia en pos de la celeridad de los despidos colectivos. También irían en este mismo sentido otras modificaciones operadas sobre esta materia, tales como la ya comentada supresión de la autorización administrativa para poder llevar a cabo un ERE, el aligeramiento de las causas, así como otras cuestiones de índole procesal, como, por ejemplo, los reducidos plazos en la tramitación judicial o la supresión de la conciliación administrativa previa.

En el concreto caso que nos ocupa, el problema ya no va a ser el de una posible finalización *ante tempus* de la negociación en las consultas, sino la de su prórroga más allá de los treinta días (o quince si la empresa tuviera menos de cincuenta trabajadores). Bajo la nueva normativa, ya no es solo posible, sino que es deseable que las negociaciones acaben con anterioridad al plazo máximo señalado por la ley, y ello tanto si las partes logran conseguir un acuerdo como si consideran que no es posible alcanzarlo. Por lo tanto, sí que va a ser posible que las partes acepten que no es viable obtener un acuerdo antes de que transcurra el plazo indicado, pasando de este modo el empresario a efectuar los despidos. Obviamente, las partes van a poder agotar el plazo y esperarse hasta los treinta o quince días, puesto que así se deduce del tenor literal de la ley, si bien, atendiendo a la hermenéutica del texto de la reforma en materia de despidos, parece deseable que la negociación acabe con prontitud, sobre todo, y esto es lo interesante, si no hay acuerdo o se piensa que este no se podrá alcanzar.

El establecimiento de topes máximos para llevar a cabo las negociaciones plantea una cuestión en sentido opuesto a la problemática que se daba con la redacción anterior. Me refiero a si los plazos de treinta o quince días, establecidos ahora como máximos, pueden rebasarse, es decir, si las partes van a poder negociar sobrepasando este límite. 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 del ET y su respectivo desarrollo reglamentario. También la doctrina se ha mostrado partidaria de esta posibilidad<sup>33</sup>. Aunque fuera deseable que se logre un acuerdo, y que

<sup>31</sup> BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, colección Laboral Práctico, 2007, pág. 118.

<sup>32</sup> Consecuencia que se extraía del artículo 8.1 del anterior reglamento, en relación con el artículo 11 del mismo.

<sup>33</sup> V. gr. BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 58.

este sea además cuanto antes mejor, se quebraría la finalidad esencial del periodo de consultas si por voluntad de las dos partes no se dejara que la negociación continúe durante un tiempo superior a los treinta o quince días, siempre y cuando esta continuidad lo sea en aras de buscar un acuerdo.

Desde la doctrina judicial 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)<sup>34</sup>. También se ha abordado el caso de que el plazo se rebase de mutuo acuerdo por la suspensión de las consultas. En concreto, la reciente STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 conoció el 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 este que, por lo demás, no superó el límite de treinta días.

Por lo tanto, siempre que las partes así lo convengan se podrá rebasar el tope legal de la duración de la negociación. De común acuerdo podría continuarse con las reuniones dentro del mismo procedimiento de consultas, o bien iniciarse otro nuevo, o suspender las negociaciones y reanudarlas posteriormente, siempre que:

- 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 treinta (o quince) días que marca la normativa. En caso contrario, cuando la dilatación de las consultas no sea consensuada por las dos partes, considero que se estaría demorando de manera forzosa el periodo de consultas y el despido debería calificarse como nulo, aunque finalmente se hubiera llegado a un hipotético acuerdo.
- b) El objetivo de la superación del plazo legal y la continuidad de las negociaciones deber ser precisamente intentar lograr un acuerdo, independientemente de que este finalmente llegue o no a producirse. En este sentido, debería considerarse nulo el despido cuando la demora del plazo tenga otro objeto distinto, pudiéndose este quizá

<sup>34</sup> 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 artículo 51.2 y el artículo 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 despidos colectivos»*.

apreciar mediante la constatación de la falta de negociación efectiva o de buena fe en los términos anteriormente vislumbrados (*vid. supra*).

En suma, debería permitirse la superación del límite legal para negociar cuando este sea rebasado de común acuerdo por las partes, y con el objetivo de alcanzar un acuerdo, aunque finalmente este no termine por no convenirse, debiendo existir en todo caso una negociación de buena fe. Por lo tanto, bajo estas premisas el despido no debería calificarse como nulo.