

## LA CONTROVERSIA DE LAS CLÁSULAS DE EMPLEO ANTE LA FLEXIBILIDAD EXTERNA DE LAS EMPRESAS

*Sentencia del Tribunal Supremo (Social) 23 de octubre de 2018*  
ECLI: ES: TS: 2018: 3726

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El trabajador prestaba servicios para la empresa Pañalón S.A. como conductor mecánico desde el 17 de julio de 2006, con un contrato eventual por circunstancias de la producción que se convierte en indefinido el 16 de julio de 2007. La relación de trabajo se subrogó en dos ocasiones entre dos empresas. Obra apuntar que estas subrogaciones se produjeron entre empresas pertenecientes a un grupo de empresas del transporte de mercancías por carretera. La primera con fecha 8 de agosto de 2012 para la empresa P.HLM S.L.U, en la que se le reconoce las mismas condiciones de trabajo y antigüedad que en la empresa anterior. Posteriormente, con fecha 1 de marzo de 2013 se vuelve a subrogar en la empresa Pañalón S.A. El trabajador es despedido el 28 de mayo de 2013 por causas objetivas económicas por lo que plantea demanda sobre despido ante el Juzgado de lo social de Elche contra las dos empresas; así como frente a otras empresas del mismo Grupo empresarial: P. Multimodal SA; T. Inversiones SL; S. y T. Albacete SLU; T. A. SL; y contra Fogasa. La controversia gira en torno a la calificación que merece este despido teniendo en cuenta que a la fecha en que se produce estaba vigente el *Acuerdo colectivo de ámbito nacional entre Pañalón SA y la RTL que establece las relaciones laborales con su personal conductor en el periodo de 2011-2015*, por el que la empresa renunciaba a aplicar medidas de despidos colectivos, despidos por causas objetivas y expedientes de suspensión colectiva de los contratos que afectarán a la plantilla de conductores existente en ese momento, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aceptando los trabajadores a cambio una reducción salarial del 6%. A pesar de dicho acuerdo, la empresa justifica su decisión en la cláusula *rebus sic stantibus*, considerando que puede dejar de aplicar tal acuerdo porque habían variado sustancialmente las circunstancias económicas desde que se suscribió hasta el momento en el que se decide la extinción del contrato de trabajo.

\* Profesora Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** Planteada demanda ante el Juzgado de lo social de Elche, que la estima, la empresa recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que confirma la sentencia de instancia. Nuevamente recurre, ahora en casación por unificación de doctrina, y el Tribunal Supremo vuelve a desestimar la pretensión empresarial. Aun reconociendo la concurrencia de las causas económicas alegadas por la empresa en la carta de despido, considera que el despido es improcedente sobre la base de que la empresa había desatendido el compromiso adquirido en el acuerdo colectivo suscrito.

### ÍNDICE:

1. MARCO NORMATIVO: FUNCIONALIDAD ADAPTATIVA DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA
  - 1.1. Información y explicación del supuesto que se va a analizar y comentar
  - 1.2. Las cláusulas de empleo y su incidencia en la flexibilidad empresarial
  - 1.3. La ordenación de la negociación colectiva en la cumbre. Unas breves pinceladas
  - 1.4. Los acuerdos colectivos de empresa como mecanismo de flexibilidad interna
  - 1.5. La controvertida naturaleza de los acuerdos colectivos de empresa.
  - 1.6. La legalidad de la cláusula de empleo
2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO
  - 2.1. La controversia del acuerdo colectivo frente a la pretendida flexibilidad externa de la empresa
  - 2.2. La actuación desequilibrada de la empresa ante el acuerdo colectivo de empresa
  - 2.3. La aplicabilidad al caso de la cláusula *rebus sic stantibus* habilitante para el despido
3. VALORACIÓN FINAL

## 1. MARCO NORMATIVO: FUNCIONALIDAD ADAPTATIVA DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

### 1.1. Información y explicación del supuesto que se va a analizar

Para mayor aclaración y dada la complejidad del asunto procedemos a analizar el supuesto de hecho y la cuestión litigiosa planteada atendiendo al íter procesal del conflicto hasta llegar a la STS de 23 de octubre de 2018, objeto de nuestro estudio.

En la sentencia de instancia de 2 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social nº1 de Elche se estima la demanda planteada por la parte actora (el trabajador) contra las empresas Pañalón S.A. y Pañalón HML S.L.U. declarando improcedente el despido del demandante. A la vez absuelve a las demás empresas al estimar

la falta de legitimación pasiva. De modo que interpone condena solidaria a las codemandadas.

Las empresas interponen recurso de suplicación al amparo, siendo solo Pañalón S.A. quien consigna las cantidades específicas conforme a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) <sup>1</sup>. El primer motivo del recurso se ampara en el art. 193 b LRJS en la que se pretende revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas para que el Tribunal proceda a revisarlos. Sobre este particular, el Tribunal señala que no debe prosperar la revisión por ser un elemento irrelevante para cambiar el signo del fallo, pues en el fuero del asunto no se discute la situación económica de la empresa, ni sus pérdidas ni la disminución de la cifra de su negocio, sino si la empresa podía despedir al trabajador frente al Acuerdo suscrito de renunciar a realizar este tipo de despidos durante la vigencia de aquel. Otro motivo es al amparo del art. 193 c) LRJS pretendiendo examinar las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. Esta pretensión tiene una primera aproximación con base a la condena solidaria interpuesta al considerar las empresas condenadas que existe una incongruencia por *ultra petita* al otorgar más de lo pedido porque ni en la demanda, ni en su ampliación se interesan por la condena solidaria de las mismas. Sin detenernos en este particular y remitiendo a la propia sentencia, estima que, aunque ni en el escrito de la demanda ni en su ampliación se interesen por la cadena solidaria de ambas empresas si que se alude a la existencia de un grupo de empresas no solo mercantil, sino también laboral. Con esta base, el Tribunal no aprecia una sucesión de empresas en la relación del trabajador, sino que ambas forman parte de un grupo laboral lo que conlleva a la condena solidaria de las empresas del grupo que tiene como dos únicos integrantes a las empresas condenadas. El tribunal aprecia esta situación porque el trabajador ha prestado de forma indistinta su prestación laboral para ambas empresas y de forma sucesiva de la una a la otra y de viceversa sin causa o razón que justifique el cambio de empresa. De esta forma, la Sentencia aprecia la existencia de un grupo patológico laboral en el que no se admite la falta de legitimación pasiva de Pañalón HML S.L.U. Es más, dada las relaciones entre las empresas del Grupo se podría cuestionar si se está ante una cesión de mano de obra<sup>2</sup>.

Otra aproximación a la referida pretensión, en la que tampoco nos podemos detener, es la referida a la aplicación e interpretación incorrecta de los art. 51.1 y 52 c Estatuto de los Trabajadores (ET) y art. 122 LRJS al alegar la empresa que ha cumplido con los requisitos exigidos por los citados preceptos, y que por el imperativo legal de éstos la alegación que procedería del despido es la de procedente. En esta calificación

<sup>1</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2015, nº de recurso 2106/2015.

<sup>2</sup> En efecto, en la Sentencia de primera instancia se insta de oficio a la Inspección de Trabajo poniéndola en conociéndola de los hechos para que examine las responsabilidades a que hubiera lugar para el caso de comprobarse que existe cesión de mano de obra.

la empresa señala que se debe dar cuenta la acreditación de las causas económicas y productivas que concurrían y el cambio negativo del contexto económico sufrido por la empresa que empeoró tras la firma del Acuerdo colectivo. La empresa sostiene que esta justificación y este empeoramiento justifica la extinción del contrato de trabajo del actor al concurrir la alteración extraordinaria de las circunstancias.

Pues bien, igualmente, y ahora sobre este particular, la Sentencia estima que, aunque podrían estar presentes las causas alegadas que justificarían el despido objetivo del trabajador, no se puede obviar, y la clave está, en tener en cuenta que trasciende el Acuerdo de empresa que limita la extinción del contrato de trabajo. Con esta base, el Tribunal aprecia que la decisión empresarial no queda permitida por el Acuerdo colectivo. A ello se añade que no puede admitirse la simple alusión a pérdidas económicas o a una presente disminución de la demanda porque dejaría sin efecto y en papel mojado el acuerdo alcanzado. En efecto, la Sentencia pone de relieve que la empresa tenía los suficientes datos económicos para valorar la suscripción o no de ese Acuerdo de empleo. Primero porque ya había padecido situaciones económicas adversas devenidas desde el año 2009 y segundo porque en el 2011, año en el que firma el Acuerdo no había previsión de mejora de su situación económica. Por último, la Sentencia expone que, en el 2013, año en el que procede al despido del trabajo no se dio una alteración extraordinaria de las circunstancias, ni éstas eran imprevisibles, ni tampoco se ve aniquilado el equilibrio entre las partes. Además, no se alteró un acontecimiento posterior e imprevisible que alterara la situación, pues en el mismo 2013 se acredita la existencia de ganancias en la empresa. Todas las razones alegadas, llevan al Tribunal a desestimar el Recurso de suplicación interpuesto por las empresas condenadas.

En este punto, la empresa condenada interpone recurso de unificación de la doctrina contra la STJ de la Comunidad Valenciana, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por Sentencia de contraste<sup>3</sup>. En esta sentencia de contraste se declara ajustado a derecho el despido de un trabajador indefinido de la misma empresa por causas económicas realizado el 17 de octubre de 2013. De su lectura se aprecia un pronunciamiento contradictorio frente a la Sentencia recurrida. Ambas sentencias sostienen criterios distintos (núcleo de la contradicción) a la hora de calificar el despido de los trabajadores y la incidencia que tiene el Acuerdo colectivo en esa calificación.

En efecto, se trata del mismo grupo de empresas, se fundamenta con la SAN de 19 de marzo de 2013<sup>4</sup>, se alude al referido Acuerdo Colectivo con el compromiso de estabilidad en el empleo asumido por la empresa a cambio de la reducción de salarios, y al alcance de la situación económica de la empresa. Entre ambos supuestos

<sup>3</sup> La empresa aporta sentencia de contraste STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2014, nº de recurso: 5104/2014, en cumplimiento del art. 219. 1 LRJS.

<sup>4</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2013, nº de Recurso: 21/2013. Confirmada por la STS (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2014, nº de Recurso: 186/2013. Como ya se

concorre la contradicción que exige el art. 219 de la LRJS para admitir el recurso pues en ambas sentencias se juzgan hechos similares: la calificación que merece el despido de trabajadores, además de la misma empresa, en el mismo periodo de tiempo (2013) y alegando las mismas causas (económicas principalmente).

No obstante, en la Sentencia de Contraste, el TSJ de Cataluña subraya que las empresas forman parte de un mismo grupo empresarial, pero matiza que no aprecia la existencia de un grupo laboral de empresas al no existir prestación de servicios indiferenciada para las diferentes empresas del grupo ni contratación de trabajadores para prestar servicios de forma sucesiva en una u otra, ni confusión de patrimonios.

Al mismo tiempo, y lo más destacable de la Sentencia de contraste es su decisión sobre el acuerdo, sobre su naturaleza y sobre si resultaba vinculante o no. Así las cosas, en este caso, el Tribunal se ciñe a analizar la concurrencia de las causas habilitantes para proceder a adoptar despidos económicos (colectivos u objetivos) teniendo en cuenta la nueva redacción dada a los art. 51 y 52 del ET realizada por el RDL 3/2012 y después por la Ley 3/2012 y enunciando los efectos de la referida reforma laboral en pronunciamientos posteriores (significativamente la STS de 25 de junio de 2014). Con esta base normativa y doctrinal, el TSJ de Cataluña aprecia que Pañalón S.A. ha visto reducida de forma significativa su actividad y que presenta una situación económica negativa con importantes pérdidas por lo que considera que la extinción del contrato del actor es una medida razonable y proporcionada para hacer frente a la situación. Por consiguiente, aquí prevalece la concurrencia de la causalidad de los despidos económicos y considera que la empresa encaja en el nuevo (en aquella fecha) perfil normativo para proceder al despido.

La controversia del asunto es que el pronunciamiento del TSJ de Cataluña relega al acuerdo de empleo a un segundo o tercer plano, sin considerarlo como límite a medidas de flexibilidad externa. Así, el pronunciamiento ignora y deja de apreciar que el pacto de estabilidad en el empleo pueda limitar la adopción de medidas de flexibilidad externa. En definitiva, decide que el acuerdo colectivo de empresa no resulta vinculante en base a que situación económica evolucionó negativamente respecto a la existente en el año 2011<sup>5</sup>.

aprecia, el argumento de esta Sentencia será cardinal y servirá de sostenimiento para el análisis de la Sentencia de estudio.

<sup>5</sup> Argumentación expuesta en el Fundamento Jurídico Quinto de la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2014 constituyendo el *leit motiv* de este controvertido planteamiento.

## 1.2. Las cláusulas de empleo y su incidencia en la flexibilidad empresarial

La Sentencia objeto de este comentario versa sobre las dudas que plantea la calificación de un despido objetivo por causas económicas ante la existencia de un acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes del personal por el que aquella “renuncia” a aplicar durante su periodo de vigencia, medidas de despidos por causas empresariales.

Por lo pronto, el acuerdo de empleo se encuadra en las cláusulas de empleo en la negociación colectiva. Éstas pueden ser de distinta tipología, y entre ellas están las cláusulas que se destinan a preservar o mantener la relación de empleo y pueden estar en convenios, o en acuerdos, como el que suscribió la empresa<sup>6</sup>. Se recogen como garantía de mantenimiento, estabilidad o de recuperación del empleo dadas las elevadas cifras de temporalidad y de destrucción del empleo que agonizan a las empresas en un contexto de inestabilidad económica y de empleo.

Este tipo de cláusulas se alinean en *pro* de las políticas comunitarias de flexiseguridad. Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa se podrían ubicar en la aplicación de contratos de trabajo fiables y flexibles. La orientación de estas políticas encaja en que la autonomía colectiva se debe perfilar como un elemento de protección del empleo contra los despidos por razones económicas, de manera que los negociadores prevean otras medidas menos agresivas que no perjudiquen la estabilidad laboral de los trabajadores. Así mismo, no puede obviarse el papel que deben protagonizar los actores sociales a la hora de contribuir a la viabilidad de las empresas cuando éstas pasan por dificultades económicas. El rol de los negociadores ante estos supuestos se vincula a la previsión de medidas que eviten las reducciones de plantilla y las extinciones de los contratos como el modo “normal” de adaptación a los ajustes de los ciclos económicos que padecen las empresas<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sobre cláusulas de empleo, en particular sobre las que estamos estudiando, se puede consultar a Serrano Olivares, R., *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>7</sup> Las políticas de flexiseguridad se diseñaron en instancias comunitarias como una estrategia para combinar la flexibilidad deseada por las empresas con la seguridad anhelada por los trabajadores. La Unión Europea ha ido disponiendo de una serie de directrices para lograr un equilibrio justo entre ambos objetivos y para que los Estados Miembros puedan adaptar el Derecho del Trabajo a la globalización. En la actualidad, en un escenario ya de plena post-globalización este tipo de ideas vienen a desterrar los mimbres y el concepto más tradicional y clásico del Derecho del Trabajo. Sobre este tipo de políticas véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:c10159> (Último acceso: 11 de marzo de 2019).

### 1.3. La ordenación de la negociación colectiva en la cumbre. Unas breves pinceladas

En otro encuadre, el establecimiento de este tipo de cláusulas se articula en el seno de los Acuerdos Interprofesionales para la negociación colectiva bajo la finalidad de enmarcar toda la negociación colectiva dentro de unas coordenadas y así lograr una uniformidad de los convenios colectivos acogidos a su ámbito que se negocien con posterioridad.

En efecto, estos Acuerdos acordados en la cumbre diseñan la estructura de la negociación colectiva, ofreciendo orientaciones a los sujetos que negocian los futuros convenios colectivos (o acuerdos colectivos) en las unidades afectadas por aquellos. Del modo expresado, este tipo de Acuerdos fijan un marco para la negociación colectiva conforme al cuál los futuros convenios colectivos quedan obligados a incorporar sus previsiones. Dicho de otro modo, el contenido de estos Acuerdos no es directa y automáticamente aplicable a las relaciones de trabajo, sino que precisa que los convenios o acuerdos posteriores recojan la voluntad colectiva expresada en los Acuerdos Marco<sup>8</sup>.

En efecto, y así fue, los acuerdos colectivos (como el que suscribió la empresa) han servido para acoger orientaciones de empleo favorecedoras de la flexibilidad interna antes que, a ajustes externos. Ésta ha sido la voluntad colectiva en relación al empleo recogida en los acuerdos marco y ha necesitado de ser precisada en los convenios colectivos (o acuerdos) a través de las cláusulas de empleo. Así, han venido ofreciendo orientaciones y compromisos que necesitan su traslación en los ámbitos inferiores, ya sean mediante cláusulas en los convenios colectivos o en los acuerdos específicos.

Desde la suscripción del I Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se ha apostado por mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva preferibles a los ajustes externos<sup>9</sup>. En el II Acuerdo se insistía en que los convenios incorporasen como contenido mínimo la flexibilidad interna, particularmente aquella que operaba en espacios temporales acotados para hacer frente a las coyunturas que padecen las organizaciones. El objetivo era que las empresas pudieran seguir siendo competitivas sin dejar de lado el objetivo de favorecer la estabilidad en el empleo y de evitar el recurso al despido<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Al respecto, y con carácter general, véase, Merino Segovia, A., *Marco Jurídico de la Negociación Colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 197 y ss.

<sup>9</sup> Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012. (BOE número 46 de 22 de febrero de 2010).

<sup>10</sup> Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014. (BOE número 31 de 6 de febrero de 2012. Este Acuerdo aboga por reforzar los derechos de información y consulta

Lo cierto es que son orientaciones que de una u otra forma se han mantenido vigentes en los sucesivos Acuerdos marco como instrumentos de flexibilidad negociada y como mecanismos de adaptación internos que sean preferentes a los externos o a los ajustes de plantilla de mayor gravedad e intensidad, esto es, los despidos por causas empresariales. En el III Acuerdo se seguía invocando a los convenios a disponer de la flexibilidad interna como la herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo y asegurar la actividad productiva<sup>11</sup>.

En la misma línea, se postula el IV Acuerdo al apostar por medidas de mantenimiento del empleo con la disposición de alternativas al despido en empresas con dificultades económicas. El objetivo es categórico al promover el mantenimiento del empleo y al fomentar modelos de flexibilidad interna pactados en el seno de la empresa evitando los despidos. De este modo el Acuerdo trata de propiciar la viabilidad de las empresas con dificultades económicas de forma que puedan ajustar los costes laborales a los ciclos económicos, pero manteniendo la plantilla<sup>12</sup>.

Se evidencia pues de manera notoria la voluntad de estos instrumentos convencionales para que los convenios colectivos posteriores recojan tales orientaciones de empleo en el marco de negociación colectiva desarrollada a niveles inferiores. Pues bien, el acuerdo colectivo se ajusta en la línea de los Acuerdos referidos que viene a recoger su mandato.

#### **1.4. Los acuerdos colectivos de empresa como mecanismo de flexibilidad interna**

Después de referenciar esas orientaciones de empleo, y al margen de su posible traslación en cláusulas específicas en el texto de un convenio, nos centraremos en la acogida posible en acuerdos de empresa con esos contenidos específicos y adoptados en prevención o como respuesta a situaciones empresariales que, requiriendo la adopción de medidas de ajuste o reestructuración, dan prioridad a las de naturaleza interna.

ante los procesos de reestructuración de las empresas para favorecer medidas alternativas a los despidos que beneficien y aseguren el empleo a los trabajadores afectados. Sobre los procesos de información y consulta es imprescindible acudir a la extensa obra de la experta en la materia, Garrido Pérez, E. En referencia a la materia que nos ocupa se puede citar, entre otras, "Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 120, 2013 (Ejemplar dedicado a: Los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva), pp. 389-438.

<sup>11</sup> Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. (BOE número 147 de 20 de junio de 2015).

<sup>12</sup> Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. (BOE número 173 de 18 de julio de 2018).



Bien, los acuerdos de empresa tratan prácticas de negociación colectiva entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores. Estas prácticas responden a fines variados cumpliendo funciones diversas en atención a la modalidad del acuerdo que se concierte. No solo están los acuerdos de empresa contemplados en la norma estatutaria, sino también los que nacen del discurrir de la empresa en el mercado, y por supuesto, los que resultan por la propia dinámica de la negociación colectiva en el seno de la empresa. Al no existir una noción unitaria, lo cierto es que a la propia doctrina le ha resultado complejo elaborar una clasificación completa y exhaustiva que comprenda todas sus clases y posibilidades, acuñando el término de “acuerdos en plural”<sup>13</sup>.

Con respecto al contexto en el que opera, cierto es que como su propio nombre indica, el acuerdo de empresa está diseñado para la empresa, aunque nada obsta para que sea negociado en ámbito supraempresarial. Ahora, se puede anotar que lo más lógico es que el convenio de empresa se acuerde para responder a los problemas o a las situaciones de una concreta empresa, pero no para “dar respuesta específica a las especiales condiciones o circunstancias de una empresa dentro del correspondiente sector de actividad”<sup>14</sup>.

En el caso que nos ocupa estamos ante una cláusula de empleo contenida en un acuerdo de empresa. Se trata de una tipología de instrumento colectivo que encuentra su amparo legal en la norma estatutaria e incluso en el art. 37 Constitución Española (CE). Además, se concibe como un acuerdo, que no como un convenio colectivo, manifestación de la autonomía colectiva en su sentido más plural<sup>15</sup>. Pues bien, se puede precisar que este tipo de acuerdo vinculan a los empresarios afectados durante toda la vigencia del mismo salvo que sea objeto de modificación, de modo que no cabe una iniciativa absolutamente individual por parte de la empresa mientras medie el referido Acuerdo. Si la empresa hace uso de su facultad extintiva existiendo este pacto de estabilidad en el empleo se tendría que calificar el despido como improcedente<sup>16</sup>.

Una de las funciones del acuerdo de empresa es de potenciar la negociación colectiva descentralizada para que la empresa quede dotada de grandes dosis de flexibilidad y de dinamismo en la regulación de aspectos concretos de las condi-

<sup>13</sup> Con esta solidez argumental véase García Murcia, J., “Los acuerdos de empresa”, *Temas Laborales*, núm. 76, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, p. 96

<sup>14</sup> Cfr. Ídem, pp. 100-106. El autor plantea el caso de los grupos de empresa, por ejemplo.

<sup>15</sup> Sala Franco, T., Alfonso Mellado, C.L. y Pedrajas Moreno, A., *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 11.

<sup>16</sup> En un caso de despido por causas económicas se estima la demanda interpuesta por los trabajadores al no haber respetado la empresa las garantías anti-expedientes de regulación de empleo del Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa. En este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014, nº de Recurso 218/2012 señala que el contenido de estos pactos impide a la empresa incoar expedientes de regulación de empleo que afecten al colectivo de pilotos sin un previo acuerdo con SEPLAIR con los requisitos que recoge el propio acuerdo.

ciones de trabajo, adaptándose fácil y prontamente a las circunstancias cambiantes del mercado<sup>17</sup>.

Ahora bien, a pesar de afirmar que el acuerdo de empresa no es un convenio colectivo, se ha debatido mucho sobre su eficacia normativa. Desde luego que el acuerdo de empresa es el resultado de un auténtico proceso de negociación colectiva dotado de un valor jurídico “asimilado al de un estricto convenio colectivo”. En este sentido, se le ha atribuido una serie de funciones, entre otras: una, como elemento imprescindible para manejar eficientemente la gestión de la flexibilidad en la empresa y para lidiar contra un modelo en el que la negociación colectiva quede totalmente debilitada con un protagonismo absoluto de las decisiones empresariales; y dos, como un instrumento decisivo en la distribución de sacrificios que atañe a la negociación colectiva<sup>18</sup>.

En cualquier caso, los acuerdos de empresa permiten que las partes signatarias acuerden, en uso de su autonomía colectiva, la adopción de medidas rápidas a situaciones o exigencias transitorias por las que discurre toda empresa. Con este enfoque, el acuerdo de empresa analizado en este comentario diseña una cláusula de mantenimiento de la plantilla, como compromiso directo que asume la empresa de no realizar despidos. Este tipo de cláusulas ha ido teniendo cada vez más presencia en la negociación colectiva en un esfuerzo realizado por los interlocutores para hacer viables a las empresas y para paliar la fuerte destrucción de empleo en los periodos recesivos de la economía.

### 1.5. La controvertida naturaleza de los acuerdos colectivos de empresa

La legislación laboral admite que los agentes sociales puedan celebrar otros acuerdos colectivos, como son los acuerdos de empresa. Sin embargo, el ET no construye una “regulación ni general ni común de su régimen jurídico, por lo que habría que analizarlos caso por caso (...). Además, poco puede decirse de manera generalizada en torno a los acuerdos de empresa, pues éstos esconden una pluralidad de manifestaciones que, más allá de su idéntica denominación, carecen del suficiente hilo conductor común necesario para afirmar que nos enfrentamos a la misma figura jurídica en los diversos casos”<sup>19</sup>.

Lo cierto es que las expresiones de los acuerdos de empresa son variadas, alcanzado una manifestación distinta y pudiéndose diferenciar una naturaleza jurídica

<sup>17</sup> Vid. Gorelli Hernández, J., *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Estudios de Derecho laboral, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.

<sup>18</sup> Por Cruz Villalón, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, nº. 2, 2016, pp. 21 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2018, pp. 518-519.

normativa de la contractual. Es un elemento de argumentación porque aquí reside el problema concreto de su grado de vinculabilidad y las consecuencias derivadas de su incumplimiento que vendrá dado en atención a la calificación con la que quede dotada el acuerdo de empresa.

La legislación laboral no ha tenido a bien regular el régimen jurídico aplicable a este instrumento negocial, nada ha previsto sobre proceso de elaboración y tramitación, su naturaleza, su alcance material y temporal, ni sus efectos jurídicos<sup>20</sup>. Así es, los acuerdos de empresa discurren por un cauce informal al margen del Título III del ET (no tienen que regirse por su procedimiento, no tienen que ser tramitados, depositados y publicados en Boletín oficial, etc.). Ello no obsta para que existan acuerdos colectivos que reúnan las reglas contenidas en el Título III del ET, caso en el que tendrían el carácter propio de un convenio colectivo y provistos de la fuerza normativa.

En cualquier caso, la tesis doctrinal más reconocida acepta que estos acuerdos derivan del contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva laboral que acoge la fuerza vinculante de los convenios. Pues bien, se puede decir que se reconoce que los sujetos negociadores tienen una autonomía colectiva amplia para suscribir instrumentos de diferente naturaleza, así pueden celebrar convenios normativos, y otras veces otros instrumentos más complejos de identificar al ser un híbrido que bascula entre la norma y el contrato, como son los Acuerdos de empresa. Se ha dicho que los acuerdos de empresa no son convenios, ni regulares, ni irregulares, por más que sí sean una modalidad especial de negociación colectiva, producto especial de una negociación interpartes. En esta línea, reconocida doctrina académica entiende que el acuerdo de empresa es un pacto atípico que cuenta con una base legal expresa, pero que queda excluido del modelo básico de negociación colectiva. Así, nos encontramos ante un nuevo escenario en la estructura de la negociación colectiva<sup>21</sup>.

De este modo, se conciben en la autonomía colectiva diferentes acuerdos de empresa con distinta naturaleza, ya sean como cláusulas contractuales en algunos casos o investidos como una norma en otros casos, se ha dicho como una figura bifronte.

Lo cierto es que la naturaleza del acuerdo de empresa es una cuestión que plantea un debate doctrinal y académico de primer orden. Por un lado, esta institución ha sido tachada de carecer de efectos normativos al no contar con un régimen detallado y exigente como sí tiene el convenio colectivo estatuario y al responder a un modelo de negociación más flexible con reglas sueltas y asimétricas. En este punto, se sostiene que el acuerdo de empresa despliega efectos reguladores, pero

<sup>20</sup> García Murcia, J., *Los acuerdos de empresa...*, op. cit. p. 102.

<sup>21</sup> Quintanilla Navarro, R.Y., *Los acuerdos de empresa: Naturaleza, Función y Contenido*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 28-29 cita entre esta doctrina a Montoya Melgar, Ojeda Avilés, Rodríguez Piñero, Garrido Pérez, Cruz Villalón.

no normativos y que queda dotado de una eficacia colectiva al alcanzar a todos o a parte de los trabajadores de la empresa. Dada esta eficacia colectiva el acuerdo se percibe como algo más que un contrato, pero bastante menos que un convenio colectivo porque no es una norma<sup>22</sup>. De forma similar, se le niega o cuestiona la eficacia normativa al acuerdo de empresa atribuyéndole un carácter contractual cuyo limitado alcance de modo alguno podría cumplir las funciones del convenio colectivo. Tampoco lo equipara al convenio extraestatutario, pues, aunque se le presuma a ambos naturaleza contractual, el acuerdo no ofrece un conjunto de reglas y previsiones completa sobre las condiciones de trabajo como sí hace un convenio. Este sector considera que el acuerdo de empresa está tipificado y recogido en la ley de forma clara y expresa, por tanto, no es un producto al margen de la ley, sino que es un producto *sui generis* añadido a las restantes manifestaciones de la negociación colectiva, y que entra a formar parte de la amplia tipología de instrumentos colectivos<sup>23</sup>.

Por otro lado, quienes defienden una postura por la que cabe otorgar al acuerdo de empresa naturaleza normativa y situarlo comprendido en el elenco de fuentes normativas (art. 3 ET). De este modo, tendría eficacia normativa general con las correspondientes prerrogativas, como la irrenunciabilidad (art. 3.5 ET), la inmodificabilidad unilateral (art. 82.3 ET) e inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>24</sup>.

El mismo debate doctrinal y académico se ha llevado al foro jurisprudencial. En efecto, el Tribunal Supremo en algunos de sus pronunciamientos califica a estos acuerdos de empresa como un contrato colectivo o acuerdo colectivo no normativo, esto es no le otorga el calificativo de convenio estatutario comportando que no tenga eficacia *erga omnes* y admitiendo que la modificación de las condiciones pactadas no requiera el acuerdo de las partes interesadas, bastando la decisión del empresario tras la negociación conforme al art. 41 ET si se presenta la cláusula *rebus sic stantibus*. En definitiva, en esta línea doctrinal se está ante un producto de negociación informal que no, ante un acuerdo sobre materia concreta, ni ante un acuerdo interprofesional<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. Montoya Melgar, A., “Recensión al libro “Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido” de Raquel Quintanilla Navarro”, BIB 2003/850, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 118, 2003.

<sup>23</sup> Entre este doctrinal, se podría citar a Alarcón Caracuel, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación y eficacia de los acuerdos”, en AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva* (M.R. Alarcón Caracuel; S. Del Rey Guanter, Coords), Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 1995, p. 68; García Murcia, J., “Los acuerdos de empresa”, op. cit., p. 99.

<sup>24</sup> Con esta postura léase Correa Carrasco, M., *Acuerdos de empresa (instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales)*, F. Lefebvre, Madrid, 2012, pp. 95 y ss.; Preciado Domènech, C.H., *La negociación colectiva en la empresa*, Lex Nova- Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 252 y ss. Este último autor predice que se está ante una crisis parcial del concepto tradicional del acuerdo de empresa dada la evolución normativa y jurisprudencial trazada.

<sup>25</sup> SSTs (Sala de lo Social) de 22 de julio de 2013, nº de recurso: 106/2012; 22 de enero de 2014, nº de recurso: 89/2013 y 21 de febrero de 2014, nº de recurso: 186/2013.

En cambio, existe otra línea jurisprudencial que califica a los acuerdos colectivos de empresa de eficacia normativa. Estos pronunciamientos vienen a coincidir en que el acuerdo colectivo tiene eficacia normativa *ex art.* 37 CE e incluso otorga a las cláusulas anti expedientes de regulación de empleo de una clara naturaleza normativa<sup>26</sup>.

Frente a la dispar simbología de las líneas apuntadas, la Sentencia objeto de este comentario no analiza si el acuerdo suscrito es calificado como un contrato normativo o no, pues se limita a observar la prevalencia del Acuerdo colectivo sobre la decisión empresarial de extinguir el contrato sin alteración extraordinaria de las circunstancias.

Asimismo, aquí, el Tribunal no discute la situación económica de la empresa, ni si el despido está fundado o no, esto es no valora la causa empresarial alegada para fundamentar el fallo al que llega. La Sentencia atiende a si la empresa podía despedir al actor frente al acuerdo suscrito por el que renunciaba a realizar despidos por causas empresariales en el periodo de vigencia del Acuerdo. En los fundamentos prevalece o trasciende el acuerdo colectivo sobre la causalidad del despido objetivo, de tal modo que el despido no queda justificado al mediar la referida cláusula de empleo que no permite tal decisión empresarial.

Siguiendo con la naturaleza del acuerdo es oportuno poner de relieve que la propia existencia del acuerdo de empleo limita la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE. Desde luego, el despido está dentro de la capacidad empresarial para organizar sus propios recursos. Así lo reconoce la propia Sentencia, al anotar que la facultad de despedir cuando concurre causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho a la libertad de empresa<sup>27</sup>.

Nos enfrentamos a una cuestión delicada e importante a nivel teórico, porque en el fondo, se debe primar que un compromiso de este tipo debería en todo caso (sea contractual o normativo) cumplirse por asumir el empresario tal obligación. Del modo expresado, se debe valorar la consecuencia jurídica del acto de incumplimiento empresarial atendiendo al perjuicio del derecho al empleo del trabajador afectado.

Por tanto, sea cual sea la clase y la naturaleza del acuerdo de empresa, ciertamente actúa como manifestación del derecho de negociación colectiva en toda su extensión que se celebra para producir reglas jurídicas, que despliega sus efectos prácticos concretos sobre las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito y, que a la par, limita el poder de dirección del empresario<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> SSTs (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 2013, nº de recurso: 47/2013 y 24 de noviembre de 2015, nº de recurso: 103/2015.

<sup>27</sup> Esta hipótesis se plantea en el Fundamento Jurídico Tercero punto 1 *in fine* de la sentencia objeto de este comentario.

<sup>28</sup> Se sitúa a los acuerdos de empresa “frente a la individualización de las relaciones de trabajo y al poder de dirección unilateral del empresario” Cfr. Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E.,

Así, si bien, la naturaleza jurídica de los acuerdos de empresa ha sido una cuestión muy discutida en el seno doctrinal con diversas teorías al respecto, habría que valorar la eficacia real y la fuerza vinculante de este instrumento al ser parte integrante del derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE, al ser una manifestación más de la negociación colectiva y al tener su origen en la autonomía colectiva de los sujetos colectivos.

### 1.6. La legalidad de la cláusula de empleo

En este caso, el Tribunal considera que la cláusula de renuncia a adoptar despidos por causas empresariales contenida en el acuerdo colectivo de empresa es plenamente legal. El soporte de esta conclusión descansa para el Tribunal en dos fundamentos troncales.

En primer lugar, porque no se trata de una renuncia en sentido técnico y estricto (abandono o expulsión de un derecho del ámbito de su titular), sino de un compromiso de no ejercicio de una facultad que le concede el ordenamiento jurídico. Este compromiso se suscribió en un marco de negociación por el que ambas partes sacrifican sus intereses. No se puede obviar que los representantes de los trabajadores, como contraparte del acuerdo Colectivo, también asumieron una reducción salarial<sup>29</sup>. En otras palabras, los trabajadores admitieron una serie de sacrificios en *pro* de alcanzar un acuerdo, por lo que la empresa no estaba habilitada a sortear tal acuerdo de forma unilateral y proceder a despedir sin considerar los compromisos que ella misma había asumido.

En segundo lugar, el Tribunal expone que fue la propia empresa, y no una asociación empresarial, en ejercicio de su derecho como titular, quien expresó su voluntad y firmó el compromiso de no adoptar durante el tiempo de vigencia del acuerdo colectivo despidos por esas causas. Este compromiso por el que la empresa sacrifica la libertad de empresa se suscribió en el seno del propio marco de la libertad negocial (art. 37 CE) y en beneficio de la estabilidad o garantía en el

*Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, 25ª edición, Madrid, 2008, p. 1134. Sobre esta tesis y citando a la doctrina científica Montoya Medina, D., “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia de una regulación temporal de empleo”, BIB 2014\1540, *Revista de Información Laboral* num.4/2014 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

<sup>29</sup> Este planteamiento estaría conforme a la propia doctrina constitucional en la que se anuncia que no se está ante la presencia de una genuina renuncia porque la renuncia es un acto definitivo e irrevocable, mientras que limitación es temporal y transitoria, y no afecta al derecho en sí mismo, sino solo a su ejercicio. Con esta base, el Tribunal Constitucional formula que no hay extinción del derecho, sino un compromiso de no ejercitarlo que es establecido obteniendo a cambio determinadas compensaciones. Así, el TC aclara que el pacto es lícito y conforme a la Constitución. Fundamento jurídico 14 *in fine* de la STC, de 8 de abril, de 1981 (BOE de 25 de abril de 1981).

empleo (art. 35 CE). Añadiendo de seguido que no fue algo impuesto desde una negociación de ámbito superior de obligado acatamiento<sup>30</sup>.

Recuérdese como ya se señaló que las garantías de mantenimiento del empleo son habituales en los convenios o acuerdos de empresa, pero que también podrían ser recogidas, aún siendo extraño que así sea, en los convenios colectivos de ámbito supraempresarial. Ahora bien, ante el supuesto, insólito, en el que un instrumento negocial supraempresarial recoja un compromiso de no despedir por causas empresariales debe reclamarse un tratamiento flexible al no existir coincidencia entre los sujetos negociadores y los sujetos obligados o vinculados<sup>31</sup>.

Respecto a esta posibilidad, y en sentido contrario a lo ya planteado, se ha entendido que este tipo de cláusulas por las que se renuncia (temporalmente) a ajustar la plantilla plantean problemas cuando vienen impuestas por un convenio supraempresarial. Así, se entiende que la incidencia de la autonomía colectiva en la organización del trabajo y en el ejercicio de los poderes empresariales son legales y cobran sentido cuando se produce en los convenios o acuerdos de empresa. En esta línea, se defiende que es más complejo compatibilizar ambos derechos en el nivel supraempresarial cuando un convenio supraempresarial “no dejara excepción alguna y cerrara toda posibilidad de variación en el empleo a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación podría resultar atentatorio contra la libertad de empresa”<sup>32</sup>.

Sea como fuere, se puede defender desde estas líneas que no existe un derecho a despedir omnipresente en virtud del art. 38 CE cuando un acuerdo es negociado en el ámbito supraempresarial, por muy circunstancial, excepcional y paradójico que sea. En base a este postulado, nos mostramos de acuerdo con lo innecesario de distinguir entre un acuerdo negociado en un ámbito u otro, de tal manera que la cláusula de empleo recogida en el acuerdo es lícita en virtud de la fuerza vinculante predicada *ex art. 37 CE*<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Se ha criticado la fundamentación jurídica planteada por el Tribunal al vincular la vinculabilidad de la cláusula de empleo por ser pactada en el ámbito empresarial por el propio titular de la facultad de extinguir el contrato de trabajo. Es decir, desde esta doctrina se reclama al Tribunal que observe la legalidad de la cláusula con eficacia normativa y fuerza vinculante, y sin posibilidad de declarar su ineficacia sea cual sea el ámbito en el que se haya negociado (empresa o supraempresarial. Vid. Cabeza Pereiro, J., Agís Dasilva, M., Ferradans Caramés, C., Merino Segovia, A., Pérez Rey, J., “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Cuarto Trimestre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019.

<sup>31</sup> La cuestión que se plantea es si una asociación empresarial (o varias) pueden disponer de las facultades directivas cuya titularidad corresponde a los empresarios individuales. Ante esta cuestión, se responde que el ordenamiento jurídico laboral otorga a la autonomía colectiva la posibilidad de modalizar o limitar el ejercicio de los poderes empresariales con incidencia directa en el contenido y extinción de la relación laboral. Vid. Serrano Olivares, R., *Los compromisos de empleo...*, op. cit. pp. 83 y 97-98.

<sup>32</sup> Cfr. Tarabini-Casellani Aznar, M., *Empleo en la negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 142 y 143. La autora matiza que todo dependería de la redacción de la cláusula, y que, en cualquier caso, la variedad de las mismas impide considerarlas en su conjunto como ilegales. Así, defiende exigir una justificación objetiva, razonable y proporcionada a esa limitación y a su conveniencia de expresarla en un convenio.

<sup>33</sup> Vid. Cabeza Pereiro, J., Agís Dasilva, M., Ferradans Caramés, C., Merino Segovia, A., Pérez Rey, J., “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal Supremo...”, op. cit.

Hasta aquí la teoría vertida por el Tribunal en la calificación de la cláusula de empleo, sin que haya entrado a valorar o a respaldar, como se anotó *supra*, que la legalidad de ésta quedara vinculada al carácter normativo y a la fuerza vinculante del convenio colectivo. En cualquier caso y en un esfuerzo por recapitular los dos últimos apartados de este estudio, cabe subrayar que no hay problemas de legalidad en este compromiso que puede estar en un acuerdo que no necesariamente sea normativo, quedando pendiente cuales serían las consecuencias derivadas del incumplimiento de este compromiso.

Si bien, ya se sabe que no todos los acuerdos de empresa tienen la misma naturaleza, así por ejemplo si se trata de acuerdos de empresa que sustituyen, complementan o modifican el contenido de un convenio colectivo tienen la misma eficacia que el convenio colectivo que sustituye, complementan o modifican. Se trataría en este punto de dilucidar sobre la naturaleza de este tipo de instrumento convencional.

Realmente, de la lectura de la sentencia y del íter procesal a la misma no tenemos datos que nos permitan confirmar que el presente acuerdo colectivo tiene eficacia normativa. Si bien, de la propia denominación del acuerdo colectivo ya da pistas sobre su naturaleza, ámbito y finalidad. Solo si se presumiera la naturaleza contractual del mencionado acuerdo, sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* que tendría que quedar plenamente justificada por la empresa para proceder a revisar lo previamente pactado ante la excesiva onerosidad del acuerdo derivada de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

## **2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO**

### **2.1. La controversia del acuerdo colectivo frente a la pretendida flexibilidad externa de la empresa**

Del caso narrado en este estudio jurisprudencial se infiere la necesidad de la empresa de adaptar prontamente las condiciones de trabajo de la plantilla, pero sobretodo de tomar medidas de ajuste de personal a las circunstancias del mercado. Esta realidad se extrapola a las empresas en general que reclaman agilidad y dinamismo en los procesos de negociación colectiva. Con este panorama, el legislador decide gestionar los “problemas” del modelo español de convenios colectivos para ajustar con la prontitud requerida por las empresas a las circunstancias económicas y productivas por los que atraviesa en los diferentes ciclos económicos. Las reformas laborales emprendidas en el año 2011 y 2012 giran en torno a la filosofía de ofrecer a la empresa un mayor margen de maniobra a la hora de adoptar medidas de flexibilidad interna, abriendo la vía a las modificaciones sustanciales de las



condiciones de trabajo para evitar la destrucción acelerada de empleo<sup>34</sup>. A pesar que el legislador potencie medidas de flexibilidad interna, es claro que fortalece la iniciativa empresarial, y de algún modo, ha debilitado la posición negociadora de la representación de los trabajadores. En este preciso contexto histórico hay que situar el conflicto planteado en este comentario de jurisprudencia. Por esta razón explicamos antes el contexto de los acuerdos de empresa, su función y su naturaleza.

## 2.2. La actuación desequilibrada de la empresa ante el acuerdo colectivo de empresa

En el presente caso, se puede dibujar un esquema en tres actos empresariales. Primero, la empresa suscribe junto a los representantes de los trabajadores el acuerdo colectivo que garantiza el mantenimiento de la plantilla de conductores. Segundo, la empresa impone una nueva reducción salarial tras la conclusión de un periodo infructuoso de consultas con los representantes de los trabajadores. Tercero, la empresa incumple ¿nuevamente? el acuerdo colectivo y procede a despedir por causas económicas al trabajador, eludiendo con toda rotundidad el compromiso adquirido.

Pues bien, en un esbozo del primer acto, se puede apuntar que el 29 de noviembre de 2011 la empresa alcanza un acuerdo con el comité intercentros denominado *Acuerdo colectivo de ámbito nacional entre Pañalón SA y la RTL que establece las relaciones laborales con su personal conductor en el periodo de 2011-2015*<sup>35</sup>. En este acuerdo se acepta una reducción de las retribuciones de su personal en un 6% comprometiéndose la empresa a no aplicar medidas de despidos colectivos

<sup>34</sup> Tal y como expresa la Exposición de Motivos recogida en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE número 139 de 11 de junio de 2011).

<sup>35</sup> La propia denominación del acuerdo da algunas pistas sobre su naturaleza, ámbito y finalidad, y concretamente, el acuerdo contenía más medidas a parte del compromiso de mantenimiento del empleo. En cualquier caso, el contenido del Acuerdo que trasciende sería el siguiente: con efectos de 1/11/2011, la empresa y los representantes de los trabajadores firmaron un Acuerdo colectivo de Empresa, en el que se establecía entre otros compromisos los siguientes: El presente Acuerdo Colectivo entrará en vigor con efectos del día 1 de noviembre de 2011, extendiendo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015, prorrogándose tácitamente por periodos anuales, salvo que alguna de las partes lo denunciase con antelación mínima de 3 meses sobre la fecha de vencimiento. Lo aquí acordado anula y deja sin efecto cualesquiera pactos o acuerdos anteriores que se hubiesen establecido, a nivel de Empresa, para regular las Relaciones de trabajo del personal incluido dentro del ámbito de este Acuerdo. Asimismo, cualquier disposición legal o convencional que se dictase en el futuro que implicase variación económica en todo o en algunos conceptos retributivos se considerará absorbida y compensada con las condiciones de este Acuerdo, salvo que, globalmente considerada y en cómputo anual, supere el nivel total de este. Durante el periodo de vigencia de este Acuerdo, es decir, durante los años 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa renuncia a aplicar medidas de despidos Colectivos o por causas objetivas o expedientes de suspensión de contratos que afecten a la plantilla actual de conductores por causas económicas, técnicas, organizativas lo de producción. Lo expuesto en el párrafo anterior, se entiende sin perjuicio de las otras causas de cese por motivos disciplinarios, finalización de contratos temporales, traslados o extinciones de mutuo acuerdo (...).

o por causas objetivas o expedientes de suspensión de contratos que afecten a la plantilla actual de conductores por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De este modo, el acuerdo fija una garantía directa de mantenimiento del empleo y adquiere un compromiso con la vigencia reseñada. A cambio de este sacrificio empresarial, los trabajadores afectados asumen el sacrificio de ajustar sus salarios en la proporción recogida en el acuerdo. Este contexto de sacrificios mutuos es imperioso ante el estado de deterioro que iniciaba la empresa en el año 2009 y que le lleva a iniciar negociaciones para lograr este acuerdo de flexibilidad interna con el fin de ajustar una parte del salario de la plantilla.

En mayo y julio de 2012 se enmarca temporalmente el segundo acto cuando la empresa y comunica a la representación de los trabajadores que su situación se estaba deteriorando y exigía la ejecución urgente de nuevas medidas. Así, recurre a un periodo de consultas iniciado el 5 de diciembre y concluido, sin acuerdo, el 19 de diciembre de 2012. Finalmente, el 20 de noviembre de 2012 la empresa decide unilateralmente reducir el 5% del total de la retribución variable del personal conductor, afectando al pacto de empresa.

Frente esta medida, los representantes de los trabajadores plantean demanda de conflicto colectivo ante la Jurisdicción Social solicitando que fuera declarada injustificada y confirmara el derecho de los trabajadores afectados a mantener las condiciones salariales del pacto suscrito en todos sus extremos.

La empresa se opone a la demanda al entender que el acuerdo del 2011 se ciñe solo a no realizar despidos ni suspensiones por causas empresariales, pero niega cualquier otro compromiso más amplio. Además, la empresa añade que en mayo y julio de 2012 advirtió que la situación de las mercantiles se deterioraba aceleradamente y por ello iniciaron el periodo de consultas que establece el art. 41 ET para la reducción salarial.

Ante esta negativa de la empresa, la representación de los trabajadores considera que la nueva medida es una manifestación de la mala fe empresarial por promover un procedimiento de reducción salarial pocos meses después de suscribir el acuerdo en el que ya habían reducido las retribuciones.

Por su parte, la empresa alega que no actuó de mala fe y justifica su decisión de modificación sustancial, descartando el despido, por el deterioro grave de su situación económica y productiva.

Ante el caso planteado en este segundo acto, cuyo conflicto llega hasta el Alto Tribunal, el Tribunal Supremo estima que la decisión empresarial es ajustada a derecho porque se basa en el 2012-2013, años de grandes pérdidas por la reducción de pedidos de sus dos clientes principales. La Sala avala la adopción de la medida modificativa al considerar que está suficientemente justificada en una realidad económica distinta de la contemplada en el acuerdo de 2011. Así, fundamenta en que se ha producido una ruptura grave por el influjo de nuevas circunstancias que no estaban presentes cuando se firmó el acuerdo, por lo que se está ante una

alteración causal y fundada de las previsiones contenidas en el art. 41 ET. Bajo el mismo argumento, el Tribunal no aprecia la mala fe empresarial pues la empresa tramitó el expediente modificativo fundándolo en otras condiciones distintas de las que justificaron el acuerdo del 2011<sup>36</sup>. Cabe advertir que, la aplicación del art. 41 ET es factible ante este supuesto porque la propia STS de 21 de febrero de 2014 acoge de forma implícita que el acuerdo colectivo tiene naturaleza de contrato<sup>37</sup>.

Ya enmarcando este comentario en el tercer acto nos situamos en la fecha de despido del trabajador demandante, el 28 de mayo de 2013. Sí es adecuado anotar que el recorrido de este conflicto ha venido a dar la razón a la parte demandante, reconociendo la improcedencia del despido objetivo por causas económicas. Este reconocimiento tiene su justificación en la existencia de un acuerdo colectivo que limitaba la libertad de empresa a la hora de despedir a los trabajadores.

Cabe manifestar que la sentencia objeto del presente comentario no ha sido la única que ha plasmado la alta conflictividad de esta empresa al seguir, como *modus operandi*, la práctica de suscribir el pertinente acuerdo Colectivo con el firme compromiso de mantenimiento del empleo para luego decidir unilateralmente extinciones del contrato de trabajo de la plantilla. Además de los conflictos que han llegado a los Tribunales, obra apuntar que muchos otros conflictos similares han discurrido por otros cauces, como son la negociación de un acuerdo entre las partes o por mecanismos de solución extrajudicial de conflictos.

En este punto, y en un análisis de los conflictos planteados por los trabajadores a la empresa objeto de nuestro estudio cabe destacar que se trata de una organización que presentan una alta conflictividad laboral con numerosos recursos para atender demandas sobre materias tan importantes como son el derecho fundamental contra la libertad sindical, la reclamación de cantidades, los derechos de seguridad social, el recargo por omisión de medidas de seguridad, el despido disciplinario, el reingreso tras excedencia, la imposición de sanciones, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y ya más concretamente y de forma más intensa se han

<sup>36</sup> Se trata de una sentencia distinta a la que es objeto de este comentario, concretamente la SAN de 19 de marzo de 2013, confirmada por la STS de 21 de febrero de 2014.

<sup>37</sup> Así se infiere cuando acude a una sentencia anterior (STS de 30 de octubre de 2013) para advertir que en ese supuesto no se admitió la modificación de lo pactado con anterioridad por la empresa y los sindicatos porque en esa ocasión el acuerdo tenía la condición de convenio colectivo normativo en el que no regía la articulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Fundamento Jurídico Segundo apartado cinco de la STS de 21 de febrero de 2014. En la STS de 30 de octubre de 2013 se constata el acuerdo entre el Grupo PRISA y los representantes de los trabajadores suscrito en un procedimiento de mediación dentro de una convocatoria y proceso de huelga en el que ambas partes se comprometían a acometer cualquier proceso de reestructuración que pudiera afectar al volumen de empleo a través del cauce del diálogo y de la negociación. Omitiendo dicho acuerdo, la empresa procede a despedir sin consultar con los representantes de los trabajadores. Luego, se argumenta que los pactos que ponen fin a la huelga hay que dotarlos de igual eficacia que lo acordado en convenio colectivo. Por tanto, la decisión extintiva vulnera lo pactado y no es ajustada a derecho, pues no hay causa legal que justifique la causa extintiva del modo realizado, al vulnerarse lo pactado. Vid. Fundamento Jurídico Primero y Segundo de la STS de 30 de octubre de 2013.

interpuesto demandas contra la decisión empresarial de despedir por causas económicas existiendo un acuerdo colectivo suscrito por la compañía que los impedía.

### 2.3. La aplicabilidad al caso de la cláusula *rebus sic stantibus* habilitante para el despido

Pues bien, volviendo a la extinción del contrato de trabajo del actor, la empresa justifica su decisión obviando el acuerdo colectivo en base a la *cláusula rebus sic stantibus*. La empresa interpreta que ésta le habilita a inaplicar el acuerdo de empresa al haberse agravado las razones que le llevaron a la suscripción del acuerdo: motivos económicos.

En base a esta idea alega en su motivo de recurso la infracción de los art. 52 y 53 ET en relación con el art. 122 de la LRJS y lo dispuesto por los art. 1116 y 1184 del Código Civil<sup>38</sup>. Con este marco normativo, la empresa sostiene que puede proceder a inaplicar el pacto porque han variado de forma sustancial las circunstancias económicas de la empresa desde que se firmó el acuerdo al momento en el que decide extinguir el contrato de trabajo. En esta interpretación, la empresa mantiene que las condiciones que permitieron el acuerdo no han permanecido invariables.

Frente a este alegato, la Sentencia no aprecia las infracciones denunciadas por la empresa recurrente. Este pronunciamiento lo fundamenta en la doctrina de la Sala sobre esta materia que examina la validez de esta cláusula en procesos de expedientes de regulación de empleo<sup>39</sup>.

En esta línea, y respecto a la aplicación de esta cláusula en el ordenamiento laboral la doctrina jurisprudencial indica que es una cuestión muy controvertida por la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en un ámbito como el Derecho del Trabajo y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en convenio colectivo. De modo que se posibilita la extinción si se alteran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido. A pesar de este reconocimiento, reitera que la propia jurisprudencia civil ha sido muy restrictiva en la aplicación de tal doctrina con la inclusión de una serie de exigencias estrictas<sup>40</sup>. Estas mismas exigencias se incorporaron a la

<sup>38</sup> La cláusula *rebus sic stantibus* no tiene norma expresa de acogida, sino jurisprudencial que se puede aducir frente a cualquier tipo de negocio contractual. De este modo, la empresa se trata de apoyar en ella para alegar como justificación su incumplimiento de una cláusula de un acuerdo que tiene únicamente eficacia contractual. De ahí el apoyo que aduce la empresa en los preceptos civilistas reseñados.

<sup>39</sup> Fundamentalmente han sido significativas las SSTs (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2013, nº de recurso 30/2012 y de 18 de marzo de 2014, nº de recurso 15/2013.

<sup>40</sup> En la misma Sentencia se señala que este tipo de medidas fueron ya calificadas como excepcionales, de equitativas como necesitada de aplicación muy cautelosa por la STS 14/12/40 que fue la primera en abordar frontalmente este tema. Unos años después la STS 17/05/57 fija sus requisitos

jurisprudencia social, limitándolas al principio conocido como *pacta sunt servanda*. De esta manera, se restringe a casos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto<sup>41</sup>.

Es concreto, la doctrina jurisprudencial ha venido a manifestar que, si ya en el ámbito del Derecho Civil es complejo aplicar la cláusula *rebuc sic stantibus*, lo es con mayor intensidad en el ámbito del Derecho del Trabajo. Esta afirmación descansa en que el ordenamiento laboral presenta mayores obstáculos en atención a dos tipos de consideraciones: por un lado, porque el Derecho del Trabajo dispone sus propias reglas ordenadas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (previstas específicamente en los art. 39 a 41 del ET); y por otro lado, porque el convenio colectivo es configurado como una fuente más de la relación laboral generadora de derechos y de obligaciones para las partes de la relación laboral (el art. 3.1 ET dispone al convenio colectivo como la segunda de las fuentes de derecho justo después y en orden jerárquico a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado).

En definitiva, por la teoría esgrimida del Alto Tribunal solo cabría aplicar la cláusula *rebuc sic stantibus* cuando se trataran de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo. La doctrina jurisprudencial justifica esta afirmación señalando que la cláusula no es predicable a las normas jurídicas y que el pacto colectivo tiene eficacia normativa en virtud del art. 37 CE. Con anclaje en este precepto se reviste al convenio colectivo de *cuero de contrato y alma de ley* en alusión a la célebre frase de Carnelutti. Es más, el Tribunal Supremo no ha dudado en afirmar que la aplicación de la cláusula *rebuc sic stantibus* a una condición individual de trabajo se tendría que invocar a través del procedimiento recogido en el art. 41 ET, y nunca justificaría una supresión unilateral por propia voluntad de la empresa.

En aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al caso planteado en este comentario jurisprudencial se puede concluir que la empresa tendría que haber propuesto la aplicación de la referida cláusula para proceder a revisar el acuerdo, pero su decisión extintiva en modo alguno es procedente obviado la existencia de un pacto colectivo. En este caso, para proceder a modificar el pacto colectivo tendría que demostrar que la situación económica experimentó un cambio radical e inesperado e imprevisible a peor. Pues en caso contrario, no procedería a aplicar la cláusula *rebuc sic stantibus*.

rigurosos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado; y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles. Este tipo de requisitos han seguido estando presentes en la jurisprudencia social de las siguientes décadas.

<sup>41</sup> Los pronunciamientos anteriores se acogen a la doctrina de las SSTS (Sala de lo Social) de 11 de marzo de 1998, nº de recurso 2616/97 y de 16 de abril de 1999, nº de recurso 2865/98.

Y es que no se puede pasar por alto en este análisis jurisprudencial que en el año 2011 existía una grave crisis económica internacional, estructural y sistemática. Desde estas líneas se entiende que los sujetos negociadores debieron incorporar al acuerdo colectivo la variable incertidumbre en los resultados económicos, es decir, la incidencia en el acuerdo Colectivo de posibles factores sobrevenidos que permitiera a la empresa ejercitar la medida extintiva en el caso en el que concurrieran razones extraordinarias y graves de carácter económico, organizativo, técnico o de producción<sup>42</sup>.

En cualquier caso, a pesar de que en el seno de la empresa se convengan este tipo de acuerdos colectivos flexibles, el criterio de los tribunales sigue acogiéndose, por lo general, a la obligación de la empresa de invocar el art. 41 ET, y a no justificar (por no ajustarse a derecho) la supresión o modificación por unilateral voluntad de la empresa<sup>43</sup>.

Esta conclusión se basa en el hecho ya argumentado por el que la cláusula *rebus sic stantibus* no se aplica a las garantías de estabilidad pactadas en los convenios colectivos, pues su ámbito de actuación queda limitado a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Así las cosas, y como en el acuerdo colectivo no existe ningún factor económico sobrevenido, no procede que la empresa vaya contra los propios actos que la comprometen y vinculan dado acuerdo al que está sometida.

Con ello deseamos anotar que la empresa firmó el acuerdo colectivo en un periodo de recesión económica en la que era previsible el deterioro económico, sin que ello fuera un obstáculo para acordar una garantía de estabilidad en los términos expuestos. En este punto se ha venido subrayando que “la empresa no puede ir

<sup>42</sup> Un modelo sería el acuerdo de modificación del Convenio colectivo de Unipost S.A. (BOE, número 142 de 14 de junio de 2012). Este acuerdo contiene un compromiso de estabilidad en el empleo flexible por el que se dota a la empresa de un cierto margen de gestión para hacer frente a las situaciones sobrevenidas. De este modo recoge que en el supuesto de agravamiento de la situación económica de la empresa o pérdida de clientes relevantes durante el 2012 que puedan tener impacto crítico y que requiera un relevante ajuste de plantilla inmediato con el fin de mantener los niveles de productividad, la Comisión de seguimiento podrá suspender la eficacia de este pacto de estabilidad con el fin de acordar las medidas necesarias. Para la verificación del acuerdo y para garantizar el seguimiento de la situación económica de la empresa se crea una Comisión de control y seguimiento paritaria y compuesta por miembros de ambas partes. Además, se prevé la obligación de la empresa de informar y dar a conocer los datos que requiera la justificación de la situación económica la empresa para en su caso establecer las medidas que mejor se adecuen a la evolución productiva y económica la empresa y del mantenimiento de los puestos de trabajo. Otros ejemplos de convenios colectivos en los que se recogen medidas parecidas son analizados por Muñoz Ruíz, A.B., “Los compromisos de empleo estable en la negociación colectiva de empresa: garantías anti-ERE y reducción progresiva de la temporalidad”, *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Thomson Reuters, Navarra, 2015, pp. 201 y ss.

<sup>43</sup> Recuérdese tal y como se ha señalado en la nota anterior que la empresa Unipost S.A. tenía suscrito un acuerdo de modificación del Convenio Colectivo por el que se suscribía una cláusula de estabilidad en el empleo flexible. Al ser un acuerdo de eficacia normativa porque modifica o complementa un convenio colectivo que tiene ya esa eficacia se tendría que acudir al art. 41 ET. No obstante, ello no es óbice para que la empresa altere de forma unilateral lo previamente pactado, sino que queda obligada a acudir al procedimiento recogido en el art. 41 ET. Fundamento Jurídico Único de la STSJ de Andalucía de 18 de diciembre de 2013, nº de Recurso: 3292/2012.

contra sus propios actos y decisiones en las que intervino dando su consentimiento como también lo prestaron los representantes de los trabajadores<sup>744</sup>.

### 3. VALORACIÓN FINAL

Ya se ha planteado en la doctrina constitucional con respecto a este art. 41 ET que la actuación empresarial está relacionada con la propia libertad de gestión de la empresa y con la defensa de la productividad sobre la que descansa la economía de mercado y su potencial de crecimiento y creación de empleo. Y que este precepto facilita el ajuste racional de las estructuras productivas a las circunstancias sobrevenidas del mercado que sean resultado de la situación económica.

El objetivo de fondo que ha esbozado el Tribunal Constitucional es que este tipo de medidas (modificación sustancial de las condiciones de trabajo) persiguen el mantenimiento del empleo en lugar de su destrucción y que atienden a fines constitucionalmente legítimos como garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE) y la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). No puede pasar por alto que la habilitación hecha por la norma al empresario para modificar las condiciones de trabajo unilateralmente o incluso contra el parecer de los representantes de los trabajadores recogidas en un acuerdo colectiva ha sido tachada por un sector doctrinal de inconstitucional y nula por vulnerar el art. 37.1 CE y que alcanza al derecho fundamental de la libertad sindical (art. 28.1 CE)<sup>45</sup>.

En cualquier caso, estas medidas de flexibilidad interna en la empresa redundan en cimientar la garantía de estabilidad en el empleo. Y en este particular (la gestión de la flexibilidad interna) es capital el rol a desempeñar por la negociación colectiva. No se duda de los mimbres de los acuerdos interprofesionales antes estudiados, y tampoco del sostén de los convenios negociados en el ámbito supra empresarial. En cualquier caso, las directrices genéricas dadas por aquellos deben ser concretadas en la empresa. La concertación de medidas exige la apertura de procesos de diálogo permanentes para alcanzar la adaptación de la empresa a las circunstancias reales de las empresas. Del modo dibujado, los convenios o los acuerdos de empresa están llamados a articular sus propias reglas considerando las peculiaridades de su propio ámbito, pues de lo contrario la gestión interna quedará al albur unilateral de la empresa, sin considerar los criterios marcados por la representación de los trabajadores. Con este apunte,

<sup>44</sup> Fundamento Jurídico Décimo Tercero de la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2013, nº de recurso: 3023/2013.

<sup>45</sup> Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez a la STC 8/2015, de 22 de enero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012 (BOE número 47 de 24 de febrero de 2015).

las decisiones empresariales sobre los asuntos que se han planteado en este comentario deben ser bidireccionales con la activación real, que no aparente, de mecanismos de participación y consulta de los representantes de los trabajadores para poder consensuar los pactos. En este planteamiento es imprescindible dar efectividad real a los procesos de información y consulta. En definitiva, se ha apostado por buscar fórmulas para darle protagonismo a las medidas de flexibilidad interna en la empresa. Estas pueden ser de diverso calado, pero siempre que sean negociadas en la empresa y que se asuma “un compromiso serio y riguroso de mantenimiento del empleo”. Junto a este tipo de fórmulas también consideramos recomendable la creación *ad hoc* de comisiones en representación de quienes han signado el acuerdo. En el propio acuerdo se pueden formular las funciones y competencias de esta comisión, principalmente orientada a garantizar el seguimiento de la evolución de la empresa y el cumplimiento del mismo en los términos expresados. Esto es, esta comisión podría encargarse de avalar que se cumplen las condiciones económicas o productivas extraordinarias e impredecibles que habilitan a la empresa a volver a negociar los términos del acuerdo, de forma que se controle internamente el respeto de las cláusulas de mantenimiento de empleo en la empresa. En la misma línea, las decisiones unilaterales desconectadas del proceso comentado no podrán ser “una alternativa eficaz a la destrucción del empleo (...) y desnaturalizan y desvirtúan el contenido de los grandes acuerdos interconfederales”<sup>46</sup>.

Ahora bien, esta negociación bidireccional exige que necesariamente exista un proceso de negociación con propuestas y contrapropuestas e impregnado de una actitud flexible y con predisposición a ampliar la posición de partida y a realizar concesiones ofreciendo opciones y poniendo sobre la mesa de negociación alternativas y propuestas para debatir. Con esta tesis, se incoa a los sujetos negociadores de los futuros acuerdos colectivos que a la hora de recoger cláusulas de mantenimiento del empleo consideren estos procesos de diálogo bidireccional y permanentes para evitar medidas unidireccionales más traumáticas y conflictivas, como es la destrucción del empleo. No podemos quedar ajenos a la realidad proclamada por el legislador en las últimas reformas laborales en las que ha venido a debilitar la posición negociadora de los representantes de los trabajadores. Es por ello que surge el interrogante de si el cambio de ordenación (laboral) ha provocado una alteración de la negociación en los ajustes de plantilla en la que la mayor debilidad negociadora de la representación de los trabajadores propicia la adopción

<sup>46</sup> Es una idea que compartimos con Merino Segovia, A., “Las mutaciones en el empleo y el nuevo sentido de las normas sociales del empleo. Los nuevos papeles del derecho del trabajo y la negociación colectiva”, *Gaceta sindical: reflexión y debate* (Ejemplar dedicado a “Cambios sociales y retos sindicales en un mundo en transición”), N°30, junio 2018, pp. 109 y ss. La autora concluye que se trata en definitiva de recuperar el carácter negociado de las propuestas de flexibilidad interna protagonizada por los agentes sociales y que la legislación vigente ha suprimido.



de medidas, alternativas al despido, que garanticen la estabilidad en el empleo en detrimento de la adopción de mejoras en las condiciones de trabajo<sup>47</sup>.

En el contexto histórico de la sentencia, se ubica en un momento en el que importantes reacciones jurisprudenciales a los conflictos en las empresas fruto de las reformas laborales de los años 2011 y 2012 y como desencadenantes de la crisis económica. Precisamente, y como resultado de estas reformas, la debilidad de la representación de los trabajadores ha llevado a reubicar sus puntos de negociación para orientarse con estrategias veladoras del mantenimiento del empleo, en detrimento de propuestas de mejora creciente de las condiciones de trabajo. En este plano, se sitúan las cláusulas de mantenimiento de la plantilla incluidas como cláusulas de empleo para la negociación colectiva. Este tipo de cláusulas se pueden acompañar con elementos condicionales sujetos a una mayor flexibilidad, que tengan en cuenta por ejemplo las circunstancias concurrentes y extraordinarias que afecten a las circunstancias económicas y funcionales de la empresa, pero nunca al arbitrio empresarial. Esto es, el cumplimiento estricto de estas cláusulas no puede quedar al albur de las empresas de forma que ante una simple pérdida económica obvie el compromiso adquirido y proceda a ajustar la plantilla. Con ello, se proclama la formación de comisiones *ad hoc* en representación de las partes que firmaron el Acuerdo con funciones de seguimiento y control de los compromisos adquiridos y de la comprobación de los sucesos habilitantes para proceder a una modificación consensuada y bidireccional de lo previamente pactado.

En este contexto, se trata de apostar por la autonomía colectiva para los momentos de bloqueo existentes en toda empresa y por la flexibilidad interna en detrimento de medidas más contundentes. Éstas no son medidas en absoluto novedosas, pues ya han sido reveladas por los propios Acuerdos marco que han venido marcando los derroteros de la negociación colectiva en ámbitos inferiores. Los acuerdos de empresa se configuran en este caso como mecanismos de ajustes o como instrumentos de flexibilidad interna para evitar la destrucción de empleo y favorecer la estabilidad en el empleo. Los Acuerdos marco han venido a pivotar sobre este eje para asegurar la competitividad de las empresas en un escenario de incertidumbre económica.

Desde luego, el protagonismo de este tipo de acuerdos de empresa permite reflexionar sobre la funcionalidad del propio modelo de negociación colectiva español. En ello se puede debatir si los amplios márgenes de adaptabilidad y flexibilidad que exige el “mercado” a la negociación colectiva condenan a ésta al ostracismo, o si, por el contrario, impera un cambio más intenso en la funcionalidad del sistema que permita a las empresas acudir a mecanismos de negociación constantes para adaptarse en el que la negociación colectiva siga siendo un mecanismo y una fuente de derecho en el sistema de relaciones laborales español.

<sup>47</sup> Es un interrogante planteado por Garrido Pérez, E., “Los acuerdos de reestructuración...”, op. cit. p. 414.

En todo caso, cabe estimar que el procedimiento seguido por la empresa en el caso narrado no es ajustado a derecho. En el Acuerdo Colectivo debió incluirse las alusiones a las circunstancias concurrentes y extraordinarias que habilitase a la empresa a proceder a una modificación del mismo. En consecuencia, la empresa no debió haber suscrito ese Acuerdo Colectivo pues tendría que haber sopesado la evolución en su situación para negarse a suscribir un Acuerdo en los términos en las que lo firmó. Desde luego, la previsibilidad y el empeoramiento de la situación con la acreditación de malos resultados económicos deviene del año 2009, dato que debió sopesar la empresa para declinar un Acuerdo con las características descritas.

En definitiva, no cabe aplicar sin más la cláusula *rebus sic stantibus*, pues la empresa con la suscripción del acuerdo asumió los riesgos del futuro, de lo contrario la empresa iría en contra de sus propios compromisos. Del modo dibujado, y sin que el Tribunal se pronuncie sobre la naturaleza del acuerdo de empresa, hay que respetar los compromisos adquiridos porque hay sacrificios y ventajas mutuas. Ante el supuesto en el que el acuerdo tuviera naturaleza contractual, y se presentara una situación económica ciertamente adversa y totalmente imprevisible, la empresa podría estar justificada en atención a la doctrina del Tribunal Supremo y a la legalidad vigente para proceder a promover medidas de flexibilidad interna que revisaran el acuerdo, pero no para proceder a extinciones porque al final y al cabo era a lo que se había obligado la empresa, a que a pesar de tener circunstancias que justificaran los despidos, de tener una causa justificativa en el futuro, no iba a efectuarlos. El motivo ese que el compromiso adquirido por la empresa en la cláusula se limitaba a tomar medidas extintivas o de suspensión por causas empresariales, pero no a tomar otro tipo de medidas. En este caso, la empresa, incumple lo pactado y, en consecuencia, el Tribunal Supremo rechazó su alegato, su recurso, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.