

MECANISMOS FORMALIZADOS E INFORMALES PARA LA GESTIÓN DEL CAMBIO: CONVENIOS DE EMPRESA, ACUERDOS DE EMPRESA, OTROS PACTOS*

Edurne Terradillos Ormaechea**
(UPV/EHU)

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El tratamiento de la “gestión del cambio” en la unión europea. 2.1. El significado de la “gestión del cambio” en la UE con especial atención a las relaciones laborales: lecturas desde el “soft law”. 2.2. Las Directivas europeas que legislan sobre la “gestión del cambio” –3. Una rápida reflexión sobre la construcción del modelo de la gestión del cambio en la empresa española. 3.1. La Ley 1980 relativa al Estatuto de los Trabajadores en contraste con el Real Decreto Legislativo 1995, Estatuto de los Trabajadores. –4. Acuerdos y pactos para la gestión del cambio en la reforma laboral de 2012. –5. Una mirada breve al derecho de consulta de los representantes de los trabajadores en la empresa, en contraste con los acuerdos de empresa derivados de un período de consultas. –6. Conclusiones.

RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar los productos de la gestión del cambio desde la fuente comunitaria pero también desde la fuente nacional. Un análisis rápido de ambas legislaciones nos lleva a plantear la hipótesis de que mientras que con la legislación europea los acuerdos de gestión del cambio son productos de la participación de los trabajadores, por el contrario, con la legislación española –y con la nada despreciable interpretación efectuada por la jurisprudencia– esos resultados se inscriben a caballo entre el marco de la negociación colectiva y la participación de los trabajadores. Corroborar esta hipótesis o, si acaso, introducir dudas y/o plantear nuevas perspectivas de lege ferenda es la finalidad principal de este trabajo.

ABSTRACT

This work is focussed in analysing the legal tools from the point of view of the Labour Law to face the change in the firm. The analysis will be done from the European source but also from the national source. If we compared both of them, we get the following hypothesis: in the European legislation, the agreements to tackle the firm's change are inscribed in the field of workers' participation. On the contrary, the Spanish legislation and judgements tell us that these agreements are linked to the collective bargaining. The research will lead us to confirm or not this hypothesis.

*Recibido el 3 de octubre. Aceptado el 28 de octubre.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Palabras clave: gestión del cambio laboral –acuerdos de empresa– representantes de los trabajadores – empresa

Key words: labour changes – agreements – workers representatives- firm

1. INTRODUCCIÓN

Los años convulsos que nos ha tocado vivir desde que se inició la gran crisis de 2008 han traído consigo la multiplicación de los procesos de reestructuración empresarial. Los mercados son cada vez más abiertos, competitivos y complejos y la incertidumbre se ha impuesto en los últimos años, dando lugar a que empresas de cualquier sector y tamaño decidan reestructurar su capacidad de actuación, sin tener que pasar siempre por una modificación de su estructura organizativa; aunque también se recurra a esta modalidad.

El impacto de cambios de este tipo sobre la plantilla suele ser secuencial. Los ejemplos brindados por la literatura de la Economía de la Empresa¹ insisten en que no hay que olvidar que tanto como los resultados del cambio organizacional, es importante el proceso en sí mismo. Por ello, la involucración de los empleados, en el contexto de la participación sindical, puede ser percibido por parte de éstos como un procedimiento que se desarrolla en condiciones de justicia, con la sensación de que poseen algún tipo de control sobre cómo se va a remodelar su entorno de trabajo.

La sistemática que se presenta en este trabajo pasa en primer lugar por atender al tratamiento de la “gestión del cambio” en la UE, tanto desde el *soft law* como desde el *hard law*. A continuación, se hará un breve repaso histórico –a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980– de la regulación de esta materia a fin de conocer de dónde venimos, y quizás también para entender a qué elementos –si distintos– responde la legislación laboral actual.

Esta variedad de fuentes normativas, con finalidades no siempre coincidentes, puede estar en el origen, por ejemplo, de la casi permanente cohabitación de los planos de la consulta y la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico-laboral español que, quizás, debería aclararse. La complejidad de las fuentes colectivas ordenadoras de las relaciones laborales ha ido creciendo exponencialmente, y con ella, las posibles expresiones de la negociación colectiva en la empresa: si acaso la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio), por multiplicarlos, ha confundido aún más los segmentos que separaban a los mecanismos existentes para que la empresa se adapte a las nuevas circunstancias.

Como se apuntaba, los acuerdos de empresa, denominación que adoptan los variados resultados derivados del *período de consulta* en el marco del cual las partes deberán negociar de *buena fe*, con vistas a la consecución de un acuerdo, se han visto revitalizados por las últimas reformas laborales, a los cuales el legislador ha otorgado “una importancia aún más decisiva en la ordenación de las relaciones laborales”². Por eso el cuerpo central de este trabajo se destinará a analizar esos acuerdos de empresa aunque no todos, sino sobre todo los que se prestan decididamente como herramientas de la gestión del cambio de la empresa. Y así se ha optado por mirar con particular atención a los acuerdos de empresa obtenidos tras los períodos de consulta de los procedimientos de movilidad geográfica (art. 40.2 ET), de modificación sustancial

¹ Cfr. ALBIZU, E.; OLAZARAN, M.; SIMON, K. (2004): “Estudio de caso: La reingeniería como programa de cambio organizativo. Análisis de las claves del éxito desde la experiencia de Iberdrola”, *Revista de Economía y Empresa*, vol. XXI, nº. 51, pp. 117-137.

² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La reforma sobre el sistema de negociación colectiva: un análisis crítico”, en AA.VV., (RAMOS QUINTANA, M. Dir. Y GRAU PINEDA, M.C., coord.) en *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 35.

de las condiciones de trabajo (art. 41.4 ET), de transmisión de empresa (44.9 ET), de suspensión de los contratos de trabajo (art. 47.1 ET), de reducción de jornada (art. 47.2 ET) y de despido colectivo (art. 51.2 ET). Aunque tampoco se descarta reparar, siquiera brevemente³, en otros mecanismos incorporados en el Título III ET que pueden efectuar también esa labor de gestionar el cambio en la empresa. La Ley 3/2012 será analizada en el penúltimo epígrafe, en el previo a una conclusiones que cierran este trabajo.

En el trabajo que sigue a continuación, se ha descartado el análisis de la figura del convenio colectivo estatutario como instrumento de la gestión del cambio, por dos razones fundamentales: la primera porque la legislación española no lo potencia como instrumento ágil y apto para esos momentos; aunque en mi apresurada opinión esa herramienta se muestre especialmente eficaz para consensuar los necesarios protocolos anticipatorios del cambio. La segunda razón atiende a que la propia práctica de la negociación colectiva demuestra el papel residual de esta fuente jurídica en la regulación de las vicisitudes empresariales que se producen en el ámbito de las relaciones laborales⁴.

Por otra parte, tampoco se analizará la naturaleza de los convenios colectivos extraestatutarios. La eficacia limitada de estos podría conducir a la nulidad de las cláusulas que regulen materias previstas para el convenio colectivo⁵ o, incluso, entiendo que podría declararse la nulidad de convenios extraestatutarios que irrumpen (o afectan a) en materias destinadas por ley al acuerdo de empresa “estatutario”. Ha sido el legislador quien ha preferido invocar al acuerdo de empresa del ET en lugar de hacerlo al convenio extraestatutario; sin perjuicio de entender que *en ausencia de acuerdo de empresa*, las partes puedan alcanzar un pacto o acuerdo colectivo extraestatutario.

2. EL TRATAMIENTO DE LA “GESTIÓN DEL CAMBIO” EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. El significado de la “gestión del cambio” en la UE con especial atención a las relaciones laborales: lecturas desde el “soft law”

Con la eufemística expresión gestión del cambio la Comisión Europea se ha referido tradicionalmente a las reestructuraciones empresariales. Ya en el *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366 final⁶, aunque no se tratara de un documento enfocado específicamente a las reestructuraciones, contempló que “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones”⁷. “En la práctica, la forma es a menudo tan importante como el fondo para el éxito de las reestructuraciones. En particular conviene buscar la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y una consulta abiertas”. De modo que la participación de los trabajadores entendida en su más amplio sentido, *incluido el diálogo social*, tiene un peso importante en la denominada «gestión del cambio»⁸.

³ Me remito al trabajo de LAHERA J. “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva, su repercusión en la gestión del cambio y en la conceptualización del modelo español de negociación colectiva”, en el mismo número de esta *Revista*.

⁴ Últimamente, AMAADACHOU KADDUR, F., “La comisión paritaria en el modelo legal de negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral* 4-2015, p. 72.

⁵ Sirva la doctrina de la STSJ Comunidad Valenciana (Social) 17 febrero 2015 (AS 2015, 796) y, sobre todo, de la STS (Social)16 julio 2015 (RD 2014, 4536).

⁶ COMISIÓN EUROPEA, 2001. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM(2001) 366 final. Los documentos de la Comisión Europea están disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366> (último acceso: 20 mayo 2016)

⁷ Se sigue el apdo. 36 del Libro Verde de 2001 citado.

⁸ En efecto, según se relata en el Libro Verde citado, en 1998, el Grupo de alto nivel sobre las consecuencias económicas y sociales del cambio industrial, creado a petición del Consejo Europeo, invitó a las empresas con más de 1.000 trabajadores a publicar por propia iniciativa un «Informe sobre la gestión del cambio», es decir un

Además, el Libro estimaba que la reestructuración debe prepararse “identificando los riesgos más importantes, calculando todos los costes directos e indirectos de las estrategias y medidas alternativas y evaluando todas las opciones que permitirían reducir los despidos necesarios” (apdo. 36). La Responsabilidad Social de la Empresa se convertiría así, también en opinión del Comité Económico y Social Europeo, en un instrumento preventivo y de aplicación de la gestión de las transformaciones (Comité Económico y Social Europeo, CESE 1999⁹). En este sentido, en otra Comunicación de la UE dedicada más específicamente a las “Reestructuraciones y Empleo”¹⁰, la Comisión Europea animaba a las empresas a colaborar con las autoridades públicas a ofertar cursos de reciclaje para los trabajadores, etc. para favorecer la transición en el empleo. Y entendía la Comisión que “las empresas deberían asumir su cuota de responsabilidad por lo que respecta al mantenimiento de la empleabilidad de su personal”.

El CESE, como se anotaba más arriba, también ha mostrado su honda preocupación en relación con estos escenarios cambiantes. De esta forma, en el Dictamen sobre transformaciones industriales y cohesión económica, social y territorial de 2004¹¹, el organismo opinaba que era preciso estudiar las formas de abordar las consecuencias económicas y sociales de los cambios industriales y fomentar la información y consulta con los trabajadores. Además, el CESE criticaba –también lo hizo en otro Dictamen de 1999¹²– la no mención por parte de la Comisión Europea de la negociación colectiva como instrumento favorecedor de la *gestión del cambio*. Asimismo, recomendaba la elaboración de informes de gestión de cambio a las empresas de más de 1000 trabajadores y consideró fundamental que los trabajadores participasen en los mismos.

Más recientemente, en el Libro Verde «Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecturas sacar de la experiencia reciente?»¹³, en el apartado dedicado a las “Enseñanzas de la crisis”, se apunta que “el diálogo social y la negociación colectiva han tenido un papel más destacado que nunca a la hora de adaptar la producción, la organización del trabajo y las condiciones de trabajo a las circunstancias estrictas y en rápida mutación impuestas por la crisis”.

En esta trayectoria, es evidente que la participación de todos los principales interesados vuelve a ser destacada¹⁴. La participación de los trabajadores en el diseño de la política de reestructuración de empresa, tanto en ese estadio preventivo como en un hipotético estadio pa-

informe anual sobre el empleo y las condiciones laborales. El Grupo indicó que el Informe debería elaborarse después de consultar a los trabajadores y a sus representantes con arreglo a las prácticas nacionales (la cursiva es nuestra). El Grupo propuso un marco para abordar las políticas, prácticas y resultados en el ámbito del empleo y las condiciones laborales, en particular la previsión del cambio estructural, la comunicación, la participación de los trabajadores y el diálogo social, la educación y la formación, la salud y seguridad en el lugar de trabajo y la igualdad de oportunidades.

Véase, asimismo, el documento COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT RESTRUCTURING IN EUROPE 2011 Accompanying the document GREEN PAPER Restructuring and anticipation of change, what lessons from the economic crisis? {COM(2012) 7 final} en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=782&langId=en&furtherPubs=yes> (último acceso: 25.05.2016). Este informe describe las acciones desarrolladas por la Comisión para apoyar a los empresarios y trabajadores a fin de que se adapten rápidamente al contexto de cambio de negocios para sostener un alto nivel de empleo mientras se mantiene y se reforma la protección social.

⁹ CESE, Dictamen sobre gestión del cambio – Informe final del grupo de alto nivel sobre las consecuencias económicas y sociales del cambio, *Diario Oficial C* 258, de 10.9.1999

¹⁰ Comunicación de la Comisión, de 31 de marzo de 2005, «Reestructuraciones y empleo - Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea [COM (2005) 120 final - no publicada en el Diario Oficial].

¹¹ *Diario Oficial C* 302, de 7.12.2004, 11.

¹² Dictamen sobre gestión del cambio – Informe final del grupo de alto nivel sobre las consecuencias económicas y sociales del cambio, *Diario Oficial C* 258, de 10.9.1999, 1.

¹³ SEC(2012) 59 final, Bruselas, 17.1.2012. COM(2012) 7 final, pág. 8.

¹⁴ Libro Verde citado sobre la Reestructuración, 2012, p. 5

liativo, incluso curativo, debería ser impulsada. En ese último estadio de las reestructuraciones, se constata que las empresas europeas han aplicado distintas combinaciones de medidas de flexibilidad interna –y acaso, externa– y han llegado, tras intensas negociaciones, a muy diversos compromisos, como por ejemplo el intercambio de salarios más bajos por participaciones en el patrimonio de la empresa¹⁵.

Un paso más adelante en la plasmación de la trayectoria de la UE en la materia que nos ocupa lo aporta una Comunicación más reciente de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia renovada de la UE para 2011-14 sobre la responsabilidad social de las empresas*¹⁶. En ella la Comisión propone una nueva definición de RSE como “la responsabilidad de las empresas con impacto en la sociedad”. En lo que aquí interesa la Comunicación subraya que el “respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un requisito previo al cumplimiento de dicha responsabilidad.”

Como en la anterior Comunicación, también en ésta se reserva un espacio a la “gestión empresarial” y se anima a las empresas a adoptar un planteamiento estratégico a largo plazo sobre la RSE, que atienda al desarrollo de su mercado pero que también se centre en la creación de *modelos empresariales innovadores*, que contribuyan al bienestar social y la creación de empleos de mayor calidad y más productivos. Como son posibles los derivaciones desfavorables del mercado, la Comisión también conmina a las empresas a *identificar, prevenir y atenuar sus posibles efectos adversos*, vía la adopción de *medidas de diligencia debida basadas en el riesgo*, incluyendo a sus cadenas de suministro. Sin proveer de medidas más genéricas que las expuestas, sin embargo la Comunicación cita algunos tipos de empresas, *como las cooperativas, las mutuas y las empresas familiares, como modelos de estructuras de propiedad y de gobernanza que pueden ser especialmente propicias para una gestión empresarial responsable*.

Sin embargo, recientemente la Unión ha dado otro paso adelante, importante aunque tímido, y por descontento alejado del Derecho del Trabajo, y ha aprobado la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos¹⁷. Es cierto que el ámbito de aplicación de la Directiva son las grandes¹⁸ empresas y grupos de empresas de interés público, incluirán en el *informe de gestión* un estado no financiero que contenga información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y *el impacto de su actividad*, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, y que incluya, entre otros aspectos, una descripción de las políticas que aplica la empresa en relación con dichas cuestiones, que incluya los *procedimientos de diligencia debida aplicados*.

Con más profundidad, la Directiva exige que esos extremos que integran el “estado no financiero” de la empresa se extiendan a sus cadenas de suministro y subcontratación, cuando sea pertinente y proporcionado, con el fin de detectar, prevenir y atenuar los efectos adversos existentes y potenciales (medidas preventivas y paliativas). La Directiva ofrece todo tipo de facilidades normativas para proporcionar dicha información, pudiéndose basar en “marcos nacionales, en marcos de la Unión, como el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS), o en marcos internacionales, tales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que ponen en práctica el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», las Líneas Directrices de la Or-

¹⁵ Libro Verde reestructuraciones, 2012, p. 8

¹⁶ Comunicación de 25.10.2011, COM(2011) 681 final. Especialmente, apartados 3.1. y 3.2.

¹⁷ DOUE 15.11.2014, L330-1.

¹⁸ Número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio (nuevo art. 19 bis).

ganización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, la norma (ISO) 26000 de la Organización Internacional de Normalización, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo, la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes, u otros marcos internacionales reconocidos.”

En resumen, de los documentos y Libros examinados, se desprende que desde la UE se propugnan las reestructuraciones planificadas con diligencia, y responsables, prácticas que exigen la transparencia, la información y la consulta de los trabajadores e, incluso, en opinión del CESE y de la última definición proporcionada por la Comisión Europea de la Responsabilidad Social de la Empresa, “de la legislación aplicable y de la *negociación colectiva*”¹⁹. Pero, entre otros aspectos, destaca que con haberse aprobado una Directiva, la Directiva 2014/95/UE, norma de mínimos y de obligado cumplimiento que habrá de ser transpuesta a más tardar el 6 de diciembre de 2016, la UE prioriza que se aporte esa información a que se obligue a hacerlo en un marco jurídico determinado; sin perjuicio de que se detenga –o empiece a hacerlo– en las grandes empresas y grupos de empresas “de entidad pública”. En cualquier caso, el camino hacia la gestión del cambio proactivo ha empezado a andarse. No obstante, que esas empresas elaboren sus informes de gestión unilateralmente o a través de pactos –como puede estar ocurriendo en la actualidad, por otra parte–, es una cuestión que ni se contempla en la Directiva citada ni la conocemos en la práctica.

Sin embargo, la procedimentalización de las decisiones empresariales o la participación de los trabajadores en la gestión empresarial cuando ésta se enfoque al cambio ha sido motivo de regulación en el seno de otro tipo de Directivas, más conocidas que la última citada, por lo menos entre los laboristas, y que reproduciremos brevemente a continuación.

2.2. Las Directivas europeas que legislan sobre la “gestión del cambio”

Las directivas elegidas en base al criterio de contemplar la gestión del cambio y de procedimentalizarlo a partir de la apertura de un período de consultas son dos: la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio 1998, sobre Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; y la Directiva 2001/21/CE, de 12 de marzo, sobre Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Pero no haremos referencia a tres directivas concretas que conminan a las empresas a adoptar acuerdos que constituyan órganos o procedimientos de información y consulta, e implicación de los trabajadores²⁰. Las tres²¹ contemplan situaciones encuadrables en la gestión del

¹⁹ Posteriormente, el Parlamento Europeo (PE) reconocía la importancia de que las empresas divulguen información sobre la sostenibilidad, como pueden ser los *factores sociales* y medioambientales, con el fin de identificar riesgos para la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores y los consumidores. Véanse las Resoluciones PE de 6 de febrero de 2013 sobre responsabilidad social de las empresas, tituladas, respectivamente, «Comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible» y «Promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora».

²⁰ Se descarta el estudio de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (presentada por la Comisión) {SEC(2008) 2098} {SEC(2008) 2099} Bruselas, 25.6.2008 COM(2008) 396 final. 2008/0130 (CNS). Conforme a su objeto, el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (Societas Privata Europaea, SPE) forma parte de un conjunto de medidas encaminadas a ayudar a las PYME, que recibe la denominación de Ley de la Pequeña Empresa para Europa (LPE). El propósito de la LPE es facilitar la actividad de las PYME en el mercado único y, por consiguiente, mejorar sus resultados comerciales. En la propuesta, particularmente en el capítulo VI, se contempla la participación de los trabajadores pero con remisión a las legislaciones nacionales. En efecto, la propuesta no regula los aspectos relacionados con el Derecho laboral de modo que estos aspectos seguirán rigiéndose por el Derecho nacional y, en su caso, los instrumentos legales comunitarios vigentes.

²¹ La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002 que establece un marco general relativo a la información y

cambio como “los cambios sustanciales que afecten a la organización, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de las empresas, de establecimientos o de partes importantes de estos, y los despidos colectivos”; y en todos esos supuestos los órganos de representación creados al efecto ejercerán su competencia conforme a las disposiciones subsidiarias que se contemplan en las normas comunitarias pero cuyo núcleo ha sido reproducido, con mayor o menor simetría, en los acuerdos libres celebrados al margen de esos modelos subsidiarios²²; de ahí la alusión a estas Directivas y esos acuerdos. Pero la aproximación a estas directivas es también adecuada dado que los preámbulos de las tres recogen que las decisiones que afecten considerablemente a los intereses de los trabajador deben ser objeto de información de consulta a los representantes de los trabajadores designados por los trabajadores a la mayor brevedad²³ aunque por cuestiones de espacio no podrán ser abordadas.

La Directiva que regula particularmente la participación “débil” de los trabajadores en de las decisiones empresariales relativas al cambio es la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio 1998, sobre Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos resulta ser una Directiva que se aprueba con posterioridad a la importante reforma laboral de 1994 y que se traspone al ordenamiento español más allá de esa fecha (art. 51 ET). El contexto actual y reciente en que se han multiplicado las reestructuraciones empresariales han dado lugar a bastantes pronunciamientos del TJUE sobre la aplicación e interpretación de dicha directiva²⁴.

La Directiva, realiza una alusión en su Preámbulo, con referencia a la Carta comunitaria de los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, a que “La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estado miembros”.

la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea, por ejemplo, ya desde su preámbulo alude a las insuficiencias mostradas por los marcos jurídicos a nivel comunitario y nacional que si bien se destinaban a garantizar la participación de los trabajadores en la marcha de las empresas y en las decisiones que les conciernen, sin embargo se habían mostrado ineficaces ante la adopción de determinadas decisiones empresariales graves con impacto sobre la plantilla, habiéndose efectuado sin observar previamente procedimientos adecuados de información y consulta; en muchas ocasiones porque se trataba de marcos jurídicos “excesivamente orientados hacia el tratamiento a posteriori de los procesos de cambio” lo que interfería en las previsiones reales sobre la evolución del empleo en la empresa.

En esa línea, desde lo general a lo más particular, el propio Preámbulo listaba la batería de herramientas para preparar el cambio responsable (reforzar el diálogo social, fomentar las relaciones de confianza mutua, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, aumentar la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa, etc.).

Por su parte, la Directiva 2009/38/CE (comités de empresa europeos) –y su predecesora- se adoptó para garantizar un trato igual a los trabajadores afectados por las decisiones dentro de una misma empresa o de un mismo grupo de empresas de dimensiones comunitarias, ya que los marcos normativos existentes hasta la fecha no eran eficaces respecto de esas organizaciones empresariales (véase su preámbulo, apdo. 10): “solamente con un diálogo que se produzca al mismo nivel en que se elaboran las orientaciones y con una implicación efectiva de los representantes de los trabajadores se permite anticipar y acompañar el cambio” (apdo. 14)

Por último, se hará referencia a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, que traspone la Directiva 2001/86/CE, 8 octubre, que completa el estatuto de la sociedad anónima europea y la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (véanse los arts. 12 sobre la eficacia del acuerdo y 13, normas supletorias sobre vigencia prórroga, denuncia y renegociación).

²² Por todos, y respecto de los comités de empresa europeos, GÓMEZ GORDILLO, R., *El comité de empresa europeo: un estudio jurídico*, Consejo Económico y Social de España, 2003 y CRISTÓBAL RONCERO, R., “El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y la Inmigración*, nº 43, 2003.

²³ Por todas, apdo. 43 de la Directiva 2009/38/CE.

²⁴ Durante 2015, las SSTJUE 9 julio 2015, 229/14; 30 de abril, 80/14; 13 de mayo, 182/13; 13 de mayo, 392/13.

Pero la norma comunitaria, aunque de contenidos mínimos, señala unos contenidos necesarios e imperativos. La Directiva 98/59/CE prevé, en su art. 2.1 que "Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores, en vistas a llegar a un acuerdo". Tan importante como lo anterior es lo recogido en su art. 2.2, cuando exige, en referencia al contenido de las consultas, que versen «*como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despididos*»²⁵.

La jurisprudencia española, señaladamente la STS 24/11/2015²⁶, citando, entre otras, la Sentencia Akavan, ha declarado también que la empresa "debe proporcionar hasta el último momento de la consulta cualquier nueva información pertinente". Pero me referiré en este momento a la comparación que efectúa el TS entre la legislación española y el contenido de la Directiva. La sentencia citada del Alto Tribunal ha recogido que "El deber de negociar exige que las partes intercambien propuestas y contrapropuestas y que exista un esfuerzo sincero de aproximación, todo ello con el fin expresado en el art. 51.2 ET de explorar las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias". Y subraya la sentencia, citando otra, la STS/4a/Pleno de 27 mayo 2013 (rec. 78/2012), que "la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y —menos aún— a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una *mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1258 CC y que en el campo de la negociación colectiva específica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe comercial".*

En definitiva, no sólo acudiendo a las normas gramaticales de interpretación de las normas, que ya queda claro, sino que el propio TS vuelve a destacar la inserción de la buena fe "negocial" —con alguna variante respecto de la buena fe contractual— que debe presidir el periodo de consulta en las empresas españolas; y que no consta en el texto de mínimos de la Directiva. Por ello, el contenido más exigente del texto estatutario fue suficiente para transponer la directiva, por ser aquél más favorable para los trabajadores²⁷. La doctrina, sin embargo, sitúa la Directiva de referencia en el grupo de normas que fomentan la consecución de soluciones consensuadas a través del diálogo social y la negociación colectiva gestional²⁸, lo que en la práctica ha supuesto la adopción de diversas opciones de política legislativa por parte de los Estados que forman parte de la Unión en los supuestos de reestructuración de empresas.

²⁵ En relación con el efecto útil de la información, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta), *Caso Akavan, TJCE 2009\263, apdo. 52 dispuso que "De dicha disposición se desprende que esta información puede comunicarse durante las consultas, y no necesariamente en el momento del inicio de éstas".*

²⁶ STS 24/11/2015 (ROJ. 5659/2015). En ese sentido, asimismo, cfr., o en la 20/11/2014 ROJ: STS 5620/2014.

²⁷ Véase el art. 5 de la Directiva 98/59/CE. Lo mismo ocurrió con las Directivas 94/45/CE, luego 2009/38/CE- y 2001/86/CE. Respecto de la primera la Ley 10/1997, de 24 de abril, que traspuso la Directiva originaria, previó ya en su art. 10 que la dirección central y la comisión negociadora deberían "negociar de buena fe, con vistas a la obtención de un acuerdo". Esta vez el legislador español fue más explícito respecto de la naturaleza y eficacia del acuerdo, imprimiéndole las señas del acuerdo de empresa estatutario (véase el art. 13); y exigiéndole cumplir las reglas formales (forma escrita, registro, depósito y publicación oficial conforme a lo dispuesto en el ET. Por su parte, el acuerdo que dé fruto a la constitución de un órgano de representación de los trabajadores la sociedad europea, o, incluso, el establecimiento de normas de participación, será resultado de un proceso de *negociación de buena fe* entre la dirección central y la comisión negociadora que se constituya al efecto (art. 8.1 Ley 31/2006, de 18 de octubre); y por descontado, el acuerdo tendrá naturaleza jurídica.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...op. cit.*, pp. 171-172.

La Directiva 2001/21/CE, de 12 de marzo, Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, es la otra de las directivas relativas a la gestión del cambio. No por obvio se debe dejar de recordar que esta Directiva se traspuso al ordenamiento español tras la reforma laboral de 1995. Ya su Preámbulo determinaba que “La información, la consulta y la participación de los trabajadores debe desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros”; para continuar subrayando que “La información, la consulta y la participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores”.

Respecto del articulado, los preceptos dedicados a la información y consulta se contienen en el Capítulo III, capítulo que matiza cuándo deben acometerse esos derechos, sobre qué materias debe realizarse o por quién o en qué nivel de la empresa deben ejercitarse. Pero interesa ahora el apdo. 2 del art. 7 que exige que si el cedente o el cesionario previeran la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos “con el fin de llegar a un acuerdo”.

Sin embargo, el apartado 9 del art. 44 ET que recogió la transposición de este precepto de la Directiva –y que antes de la transposición tenía un tenor muy distinto²⁹– amplía las facultades de los representantes de los trabajadores españoles al obligar a negociar de buena fe durante el período de consultas, con vistas a la consecución de un acuerdo; y por supuesto debía –y deberá– llevarse a cabo una negociación de esas características si las medidas previstas consistieran en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Corresponde ahora analizar cómo se adoptan los acuerdos relativos a la gestión del cambio en la legislación española, esto es qué contrapesos “sociales” en las decisiones empresariales se contemplan desde la norma; cómo ha ido cambiado este escenario y hacia dónde transitamos tras la reforma laboral de 2012. La buena fe como principio que vela en muchos procesos de adopción de acuerdos de empresa de gestión del cambio presidirá esos viajes al pasado como al presente y actuará como referente sin par. Y nos referiremos a ella porque este principio persiste en muchos períodos de consulta³⁰, a pesar de otras reformas operadas sobre los procedimientos relativos al cambio en la empresa como la reducción del plazo del período de consultas, la desaparición de la autorización administrativa en el procedimiento de despido colectivo, el aligeramiento de las causas objetivas, la legitimación de las denominadas comisiones “laborales” ante la ausencia de representantes de los trabajadores, etc.

3. UNA RÁPIDA REFLEXIÓN SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE LA GESTIÓN DEL CAMBIO EN LA EMPRESA ESPAÑOLA

Sin pretender exponer una exhaustiva crónica de lo sucedido a lo largo de tantos años desde la inauguración del modelo de relaciones laborales de la democracia, lo cierto es que el reconocimiento de la eficacia jurídica del convenio colectivo que efectuó el Estatuto de los Trabaja-

²⁹ En efecto, el art. 44 del ET1995 carecía de cualquier alusión a los posibles derechos de información y consulta de los trabajadores con ocasión de las medidas derivadas de la transmisión de empresa. Tan sólo el art. 64.5 ET se refería al derecho de consulta en el sentido de emitir un informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de medidas reestructuradoras. Con más profundidad, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 438-442. Véase además el siguiente epígrafe de este trabajo.

³⁰ Destacando la revalorización del deber de buena fe como paradoja de la reforma del 2012, que, por otra parte, rebaja la importancia del acuerdo en fase de consultas, cfr. CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, RDS, nº 57, p. 194

dores de 1980 (art. 82), en ejecución del mandato garantizador de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que el legislador constituyente le encomendó, se vio “ensombrecida o multiplicada”, según se entienda, por la pronta declaración de constitucionalidad de los llamados convenios colectivos extraestatutarios en los ochenta³¹. Este reconocimiento del convenio colectivo extraestatutario vino a posibilitar la penetración de las normas de contratación del Código Civil en el marco de la negociación colectiva española, normas que empezaron a cohabitar con las reglas del Derecho colectivo del trabajo.

Una primera aproximación al texto del ET1980 en relación con los procedimientos relativos a la gestión del cambio que ocupan este trabajo desprende una llamativa sencillez que, como es lógico, deviene de la escasa regulación del momento respecto de las medidas de flexibilidad empresarial que pudieran favorecer la permanencia de la empresa en detrimento de su desaparición o cese parcial. Esa apriorística mirada inicial revela también una bastante nítida separación de los planos de la consulta y de la negociación colectiva. La primera se regulaba, íntegramente, en el Título II (“De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa”) y, la segunda, por su parte, en el Título III (“De la negociación y de los derechos colectivos”).

El derecho de consulta, normalmente ejercitable en la fase anterior a la materialización del “cambio”, era entendido en el sentido de “emisión de informes”, competencia que tenían —y siguen teniendo— los órganos de representación unitaria de los trabajadores y que se preveía, salvo alguna excepción, en el art. 64 ET. En cuanto al ámbito objetivo sobre el que operaba el derecho de consulta “débil”, ese mismo precepto (concretamente, el art. 64.1 tres ET 1980) apelaba a materias relativas a la reestructuración de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de la empresa; reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones; planes de formación profesional de la empresa; implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo; estudio de tiempos, establecimientos de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo. Asimismo (64.1 cuatro) el comité de empresa tenía competencia (y tiene) para emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del “status” jurídico de la empresa supusiera cualquier incidencia que afectase al volumen del empleo.

En cuanto a la regulación de la participación de los trabajadores en el momento del “cambio empresarial”, se aprecia que ni en el supuesto del art. 40 (movilidad geográfica), ni en el del art. 41 (modificación sustancial de las condiciones de trabajo), por ejemplo, este último tan reformado en los últimos años, se contemplaba ningún período de consultas en el sentido de negociar de buena fe con vistas a la obtención de un acuerdo. Pero lo anterior ocurría, sin perjuicio de que la norma estatutaria contemplara la posibilidad del “acuerdo” entre la empresa y los representantes de los trabajadores respecto del supuesto de hecho en concreto³². El tenor de los arts. 40 y 41 ET1980 eran muy claros y ambos permitían el traslado o la modificación cuando existieran razones técnicas, organizativas o productivas que lo justificaran (o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial en el caso de los traslados) —de modo que era la empresa quien debía acreditar la justa causa— y lo autorizara “la autoridad laboral, previo expediente tramitado al efecto”.

El texto del art. 41.1 era sensiblemente diferente, aunque persistía el carácter unilateral del cambio autorizado por la administración laboral (en este caso, “previo informe de la Inspección de Trabajo): “la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que de no ser aceptadas por los representantes legales de los trabajadores habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral...”.

³¹ Así, en las SSTC de 27 de junio de 1984, de 29 de julio de 1985 y de 8 de junio de 1989

³² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del trabajo y los acuerdos de empresa”, en AA.VV. (Escudero Rodríguez, coord.): *Reforma de la legislación laboral*, Sevilla, 1997, p. 249.

La sucesión de empresas se simplificaba con la notificación de dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida (art. 44.1 ET1980); mientras que el procedimiento de la suspensión del contrato por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor se conducía al de despidos colectivos.

La exigencia previa de la “autorización laboral” para que la empresa procediera a ejecutar medidas tan relevantes con efecto certero sobre la plantilla de la empresa y sus derechos laborales como los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones colectivas de trabajo, la suspensión del contrato por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor o los despidos colectivos por esas mismas causas –al margen de que España no pertenecía todavía a la UE– se postulaba como la salvaguarda por antonomasia para preservar los intereses de los trabajadores.

Sólo respecto de la extinción (y suspensión, véase más arriba) por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor, contenida en el art. 51.3 ET, se encontraban alusiones a un “período de treinta días naturales de discusión y consultas con los representantes legales de los trabajadores”. Sin embargo, ni en el apartado mencionado, ni en otros, se contemplaba la combinación de las consultas y la negociación de buena fe. Así, por ejemplo, el apdo. 5 de ese art. 51 ET relataba que “Concluido el período consultivo con acuerdo de las partes, se comunicará éste a la autoridad laboral...”. Y prácticamente, nada más añadía el Reglamento que desarrollaba el art. 51 ET1980 (véase el art. 9, titulado “consultas previas”³³), salvo el requisito-obligación de forma escrita (art. 11 y 12).

A mayor abundamiento, la ley prescindía de reglas de legitimación estrictas para la celebración del acuerdo de empresa; menos aún se preveía el registro o depósito de los mismos (compruébese en el RD 3040/1981, de 22 de mayo vigente en la época) y, en fin, el único control previo sobre los mismos, no menor, volvía a caer sobre la autoridad laboral quien si “apreciase, de oficio o a instancia de parte, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial a efectos de su nulidad” (apdo. 5.II del art. 51 ET 1980).

La libertad de acordar una reducción de jornada, un traslado parcial de las instalaciones o un despido colectivo, por poner algunos ejemplos, era muy amplia; es decir, si el entendimiento entre las partes se presentaba factible, sencillo o fácil, esos acuerdos cuya procedimentalización era tan libre como informal³⁴, se convertían en pactos o acuerdos de empresa “impropios”. Sin embargo, la fuente de la que emanaban resultaba ser la autonomía colectiva, dado que las reglas de legitimación negocial, si bien genéricas –“representantes de la empresa y los representantes legales de los trabajadores”–, proyectaban sobre el pacto los efectos de los acuerdos colectivos³⁵. Y claro, si no existían representantes legales de los trabajadores con quienes acordar esas decisiones inicialmente unilaterales de la empresa, siempre quedaba la salvaguarda de la autorización del expediente por parte de la autoridad laboral.

³¹ Así, en las SSTC de 27 de junio de 1984, de 29 de julio de 1985 y de 8 de junio de 1989

³² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del trabajo y los acuerdos de empresa”, en AA.VV. (Escudero Rodríguez, coord.): Reforma de la legislación laboral, Sevilla, 1997, p. 249.

³³ Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo. los periodos de treinta días y de quince días, respectivamente, a que se refieren los número tres y trece del artículo cincuenta y uno del estatuto de los trabajadores se entenderán máximos, y dentro de los mismos las partes podrán darlos por terminados antes de expirado el plazo, por acuerdo entre ellas, o por desacuerdo expreso, reflejados en el acta correspondiente.

³⁴ En desarrollo del contenido estatutario, había que acudir al Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo, reglamento que tan sólo exigía que el pacto o acuerdo constara por escrito (art. 2.1).

³⁵ Sobre la actuación colegiada del comité de empresa y sus efectos sobre las decisiones que se adoptan en su seno, véase NIETO ROJAS, P., “La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la posible existencia de varios sujetos legitimados”, en este mismo número de *Documentación Laboral*.

En conclusión, con la legislación laboral de 1980 los acuerdos sobre la “gestión del cambio” eran acuerdos que podían –o no– derivar de unas consultas que podían equipararse a la negociación “libre” como a la consulta propiamente dicha pero donde se prescindía de la negociación de buena fe³⁶. En mi opinión, entonces, la gestión del cambio, cuando no interfería la administración laboral, se enmarcaba más en los espacios de la participación que en los de la negociación colectiva; y los espacios entre los dos modelos estaban mucho más claros.

Dicha cohabitación de la consulta y la procedimentalización de las decisiones empresariales sufrió una importante convulsión al aparecer los acuerdos de empresa “en masa” con el ET1995.

Los denominados acuerdos de empresa se generalizaron en la Ley 11/1994, de 19 mayo, cuyo objetivo central, de acuerdo con su Exposición de Motivos, fue proporcionar a la empresa “instrumentos para una *gestión de los recursos humanos* que incida favorablemente en su buena marcha” aunque allí se declarara que la reforma se movía “en una doble dirección: potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral”.

Concretamente, respecto de la negociación colectiva, se partía de la idea de que “debe ser un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas”. Tan fue así que, de conformidad con su EM, se añadía que “Para ello, espacios hasta ahora reservados a la regulación estatal pasar (sic) al terreno de la negociación colectiva”. Actuar frente al riesgo de pérdida de empleo era, como lo fue en la reforma laboral de 2012, el fundamento último de incidir en los aspectos relacionados con una gestión más flexible de los recursos humanos; aunque, y esto es importante “La revisión y la reforma de la normativa laboral debe hacerse conservando los elementos diferenciadores de la cultura política europea, que se expresan en términos de libertad sindical, negociación colectiva y protección social”. Aunque la doctrina incluyó un nuevo objetivo, más difuso en el texto legal: ir abriendo vías nuevas a la participación de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa³⁷. En tanto que los períodos de consultas constituyen ejemplos de una “procedimentalización del poder empresarial³⁸, laboralista de la doctrina autorizada los catalogaron como fórmulas participativas y no estrictamente de negociación³⁹.

Ello no fue óbice para que el Título III del ET se reformara sustancialmente, en palabras del legislador de la época, y en lo que respecta al tema que nos ocupa, a fin de “proporcionar a los convenios una mayor capacidad de fijación de sus contenidos; de forma que, en los términos acordados por las partes negociadoras “lo regulado se ajuste lo más posible a las características

³⁶ A favor de separar las funciones contenido de la negociación colectiva en la empresa (el salario y la jornada) de las demás condiciones de trabajo que son consustanciales a la gestión del cambio (introducción de nuevas tecnologías, promoción y movilidad, conciliación, formación, sistemas de trabajo y rendimiento, estructura del salario, primas de productividad, calendarios de vacaciones y permisos, horarios y distribución de la jornada, horas extraordinarias, planes sociales, etc..) de la consulta por consulta y los períodos de consulta, cfr. LANDA ZAPIRAIN “Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: la co-determinación como posible solución”, en este mismo número de *Documentación Laboral*.

³⁷ GARCÍA MURCIA, J., “Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa”, *DL*, n.º 46, 1995, p. 43.

³⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a E., “El papel del convenio colectivo como fuente de derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, *AL*, n.º 1, 1995, p. 46. Para LANDA ZAPIRAIN, “Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: la co-determinación como posible solución”, en este mismo número de *Documentación Laboral*, p. 32, “España es un claro ejemplo de la pérdida de importancia de los mecanismos de participación (consulta) a cambio de una mayor incidencia de la procedimentalización negociadora de la toma de decisiones sobre la gestión y organización del trabajo”.

³⁹ GARCÍA MURCIA, J., “Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa”, *DL*, n.º 46, 1995, pp. 54-55.

de sus ámbitos de aplicación y a las condiciones tenidas en cuenta en el momento de su suscripción”. Y así, este objetivo se tradujo en la incorporación al texto estatutario de “reglas en materia de cláusulas de descuelgue, derogación y disponibilidad por el convenio del contenido del convenio anterior y de los derechos reconocidos en el mismo; así como la facultad del propio convenio para determinar su eficacia temporal más allá del periodo pactado”.

Pero también se amplió el número de los acuerdos de empresa, los cuales sin perjuicio de la diferenciación entre sus distintas funciones, se intercalaron en los Títulos I y II de la Ley, concretamente, y como es sabido, en los artículos 14. 15. 16. 22. 23. 25. 26. 29. 34. 35. 36. 37. 38. 39.40. 41 y 51. Ahora bien, conviene resaltar, parafraseando de nuevo al legislador de la época, que el encomendarse algunos contenidos de la ley a los acuerdos de empresa se hizo desde el respeto “al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva”. Y tan claro estuvo que es entonces cuando se deslizó la “obligación de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo” en el marco de los periodos de consulta; no sólo en los procedimientos de los que la autoridad laboral se desmarcaba y desaparecía de la gestión del cambio (movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando éstas no se regulen en convenios colectivos del Título III) sino también en aquellos en que aquélla seguía teniendo la llave de la decisión empresarial.

Como es conocido, tales acuerdos, a través de los cuales se ordenan tanto medidas de flexibilidad interna (traslados colectivos, modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, suspensión colectiva de contratos, reducción de jornada e inaplicación del convenio) como de flexibilidad externa (despidos colectivos) son el resultado de un proceso negociador que el legislador ha venido en denominar “período de consultas”. Fase que se desenvuelve, principalmente, en el seno del Capítulo III del ET, titulado “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo” e ínsito en su Título I, titulado “De la relación individual de trabajo”. El propio término “consulta” llama al equívoco dado que las “partes deberán negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo”, aunque la temprana jurisprudencia matizó qué debía entenderse por “negociar de buena fe”. Es decir, en esa fase de consultas se exige una auténtica negociación, una voluntad real de negociar, de llegar a acuerdos, que no tiene que equipararse con una obligación de obtener el acuerdo⁴⁰, pero que no admite ni la mera apariencia de negociación, ni la exclusión anticipada de alcanzar un acuerdo. De manera que si no se produce esa negociación por causa atribuible al que insta el proceso, el empresario, esto sigue igual, es la fase entera la que queda sin realizar.

La referencia a la “buena fe” alcanza una relevancia sin par en la comprensión del alcance de ese “período de consultas”. Lo que inicialmente es un concepto jurídico indeterminado, la “buena fe” en la negociación, ha sido profusamente delimitado por nuestros jueces⁴¹. Ahora

⁴⁰ Véase, últimamente, la SAN (Social) 11 de Febrero de 2014 (id Cendoj 28079240012014100025)- FD 17^º, aunque refiriéndose a los procedimientos de inaplicación de convenios colectivos: “Lo primero que ha de decirse es que en el caso de los procedimientos de inaplicación de convenios colectivos, la existencia de una negociación previa suficiente de buena fe durante el periodo de consultas es un requisito ineludible para que el órgano administrativo pueda asumir su competencia. Por consiguiente la falta de dicho período de negociación en el cual la parte solicitante haya hecho todos los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo es un supuesto no solamente de vulneración de la obligación de negociar colectivamente, que en el caso de los artículos 40, 41, 47 y 51 dan lugar a la nulidad de la medida adoptada, sino además un supuesto de falta de competencia del órgano negociador para decidir, que en el caso de las resoluciones administrativas también es constitutivo de nulidad de pleno derecho (art. 62 LEJPA). Pero dicha nulidad resultaría de la falta de competencia y la asunción de la competencia por la administración exige ineludiblemente el fracaso de la negociación previa por causa no imputable al solicitante” (la cursiva es nuestra).

⁴¹ Dicho periodo de consultas constituye, como ha defendido la jurisprudencia (por todas STS (Social) 27-05-2013, rec. 78/2012) una manifestación propia de la negociación colectiva, cuyo requisito constitutivo es que el interlocutor del empresario sea la representación de los trabajadores, ya sea sindical, unitaria, o mediante la constitución de una comisión *ad hoc*.

bien, la obligación de negociar no implica la obligación de llegar a acuerdos y tampoco es aceptable que la negociación haya de implicar necesariamente una reducción del alcance de la medida inicialmente propuesta. La buena fe de la empresa en la negociación ha de valorarse por algunos principios básicos (principio de transparencia y principio de razonabilidad)⁴².

Sin embargo, el procedimiento *negociador* que ha de desarrollarse no determina la naturaleza jurídica del acuerdo de empresa que se alcance; porque es un lugar común que hay negociación colectiva que desemboca en convenios colectivos estatutarios pero también la hay que produce convenios colectivos extraestatutarios, por no adentrarnos en la peculiar negociación colectiva de la función pública, a desarrollar bajo la buena fe (art. 33.1 EBEP), pero con resultados tan dispares. Es decir, si bien se ha discutido mucho acerca de la eficacia contractual o normativa de los acuerdos de empresa, ya entonces, cuando aparecieron, empezaron a imponerse las tesis –tanto en la jurisprudencia⁴³ como en la doctrina científica⁴⁴–, que les reconocen una eficacia contractual, si bien en combinación “paradójica”, y a priori, con sus efectos *erga omnes*, efecto propio de las normas jurídicas⁴⁵. Pero esos acuerdos de empresa, cuando se refieren a la participación de los trabajadores carecen de una de las características elementales de las normas jurídicas: la automaticidad de sus cláusulas. Quizás el hecho de que se recojan en el Título I, Capítulo III ET, esto es en un lugar titulado “De la relación individual del trabajo”, concretamente en la fase de “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo”, reporta suficientes pistas de la intención del legislador; no otra que permitir la alteración de lo pactado en base a la autonomía individual siempre que exista una causa justificativa por parte de la empresa; y, en segundo lugar, y con las normas civiles de referencia ineludible, intentando el acuerdo entre las partes; acuerdo de naturaleza contractual, en todo caso, aunque con eficacia “*erga omnes*”.

En efecto, en el caso del art. 41 ET1995 se añadía (apdo. 4) que “Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos”. Con todo, el propio art. 41, independientemente de que hubiera habido acuerdo o no, expresaba que “tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación”. A mayor abundamiento, de conformidad con el art. 138 RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL), el trabajador afectado por la “decisión empresarial”, podría iniciar, por ejemplo, el proceso de “modificación sustancial de condiciones de trabajo”. Insistiendo en lo anterior, el apdo. 2 del art. 138 LPL exigía que fueran también demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida contase con su conformidad, de modo que a pesar del acuerdo, y esto es importante, a través del procedimiento del art. 138 se sustanciaban las impugnaciones planteadas por un trabajador que resultase afectado por la movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales, la suspensión, o la reducción de jornada⁴⁶.

⁴² Véase la misma SAN (Social) 11 de Febrero de 2014 (id Cendoj 28079240012014100025), mismo FD.

⁴³ Por todas, STS (Social) 4 mayo1994, ROJ. 3239/1994, F.J. 2º.

⁴⁴ Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La reforma sobre el sistema de negociación colectiva: un análisis crítico”, en AA.VV. (Ramos Quintana, M., dir. y Grau Pineda M.C., coord.), *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 35.

⁴⁵ Evidentemente, aunque los acuerdos de empresa aquí tratados pertenezcan a la naturaleza de acuerdos de “gestión de cambio”, y se aborden conjuntamente, es conocido que, en algunos casos, dependerá de la fuente donde se residencia la condición de trabajo que cambia para que el legislador exija o no la conclusión de un acuerdo, sin perjuicio del condicionamiento del factor cuantitativo. Nos referimos al caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas (art. 41 ET) y de los traslados geográficos colectivos (art. 40 ET). Y así, será ineludible el acuerdo de empresa si la fuente se corresponde con el convenio colectivo estatutario y no lo será cuando la jerarquía de la fuente sea inferior a éste (convenios colectivos extraestatutarios, incluidos). Sobre este último extremo, véase CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, RDS, nº 57, 2012, p. 236.

⁴⁶ En el caso del despido colectivo, como se sabe, la LPL (art. 124) permitía que el órgano judicial declarara nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa.

Esta observación procesal de los procedimientos señalados es determinante a la hora de decidir sobre la naturaleza jurídica de los “acuerdos de la gestión del cambio”. Y lo es porque la vigente ley rituarial laboral, por el contrario, no permite que un convenio colectivo se impugne por el trabajador individual, por muy disconforme que esté con su contenido.

En ese contexto, con aquella legislación la no existencia de representantes legales/sindicales de los trabajadores para abordar la consulta-negociación no suponía un gran problema a los efectos de celebrar el acuerdo. El Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos contemplaba, en su art. 4, que estarían legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, los sujetos señalados en el artículo anterior. En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrían intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones.

En resumen, desde mi punto de vista, éstas son las claves con las cuales se ha ido construyendo el alambicado panorama de los mecanismos de la gestión del cambio en España: el re-entramamiento controlado de la administración laboral a favor del período de consultas y del acuerdo; la inserción de los acuerdos de empresa en el texto del Estatuto de los Trabajadores, que arrasó la procedimentalización del acuerdo de empresa hacia la regla del convenio colectivo estatutario y que incluye la obligación de buena fe en el art. 89 ET, en íntima relación con el factor anterior, y a pesar de que los acuerdos de empresas se proyectan, básicamente, en el Título II ET; y las especialidades citadas del Derecho procesal del Trabajo⁴⁷. Una lectura conjunta de todo ello me lleva a concluir que los acuerdos de empresa del Título II ET presentan más diferencias con los convenios de empresa que las que, a priori, pudiera parecer. Otra cosa será decidir que los acuerdos o pactos de empresa se inscriben en la mera participación de los trabajadores en la gestión empresarial o son productos de la negociación colectiva. En realidad, para parte de la doctrina científica, el legislador sustituyó de ese modo un paradigma legal por otro⁴⁸. Para otro sector de la doctrina esos mecanismos de la gestión del cambio se corresponderían con un “procedimiento de adopción de decisiones” empresariales⁴⁹, entiendo que en esa línea de defender los postulados de la libertad de empresa ínsita en el art. 38 CE⁵⁰.

⁴⁷ El Profesor LAHERA J. “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva, su repercusión en la gestión del cambio y en la conceptualización del modelo español de negociación colectiva”, en el mismo número de esta Revista, defiende otras razones, entre las cuales destacan el problema del sujeto-actor de la negociación colectiva y las funciones a éste atribuidas, de confrontación y conflicto de intereses.

⁴⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Unidad y pluralidad de los acuerdos de empresa en la reforma de 1994”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, pág. 149.

⁴⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.J. “Los pactos de reorganización productiva”, en AA.VV., *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, 198, p. 145. Tesis que entroncaría con el contenido de la libertad de empresa que proclama el art. 38 CE.

⁵⁰ Libertad de empresa entendida no tanto como libertad de iniciativa empresarial sino como libertad para organizar los medios de producción. Con la doctrina jurisprudencial del TC, el contenido esencial de la citada libertad, como manifestación del sistema económico, tiene tres dimensiones básicas: la primera, en la que descartamos abundar en este momento, la libertad de acceso al mercado, libertad que, por otra parte, necesita que se reconozcan otros derechos adicionales y anteriores (arts. 33.1, 35.1 CE) y que se ampare, proteja y facilite la libertad contractual (art. 1255 Código Civil). La segunda, la libertad de ejercicio de la empresa que, a su vez, tendría dos manifestaciones: la libertad de decisión, o facultad del empresario de establecer sus propios fines u objetivos económicos, para, de esta forma, organizar la empresa y orientar su actividad; y la libertad de competencia, que tampoco se ajusta a este estudio ya que obliga a los particulares a evitar conductas que favorezcan prácticas o arreglos comerciales con carácter de monopolio o cártel, y de las que pudiera resultar un aumento artificial de los precios o una restricción de la producción.

En efecto, el contenido esencial de la libertad de empresa ha sido debidamente perfilado por el TC. Sirva en este momento la doctrina contenida en la STC 112/2006 (F.J. 8), que a su vez cita otras sentencias anteriores.

4. ACUERDOS Y PACTOS PARA LA GESTIÓN DEL CAMBIO EN LA ACTUALIDAD

La derivada de la descentralización de la negociación colectiva hacia el espacio empresarial continuó en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ahora de la mano del objetivo de aumentar la flexibilidad interna. Se actúa entonces sobre el régimen de la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o las reducciones de la jornada, y se hace perturbando significativamente el sistema de fuentes al permitirse la novación por acuerdo de empresa de las condiciones establecidas no ya en convenio empresarial, sino también en convenio colectivo de ámbito superior⁵¹; y se hace por obra de la técnica del “descuelgue” que ya no se limita como hasta entonces a la materia salarial sino que permite la inaplicación de las condiciones de horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración sistema de trabajo y rendimiento y funciones (cuando excedan de los límites para la movilidad funcional)⁵².

Siguiendo con el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva la arquitectura de la reforma se asentó sobre tres ejes básicos, imposibles de desarrollar en este trabajo: la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenio colectivos; las nuevas reglas sobre el contenido y vigencia de los convenios colectivos y, por último, una mejor y más completa definición de los sujetos que negociarían los convenios y de las reglas de legitimación en cada caso⁵³.

En cualquier caso esta evolución demuestra cómo procede situar a los acuerdos de empresa en el epicentro de varios giros legislativos irrefutables: el repliegue de las normas estatales a favor de la autonomía colectiva, el enriquecimiento de la negociación colectiva, la descentralización, flexibilización y dinamización de aquélla, la potenciación de la negociación colectiva de empresa, el incremento de la participación de los trabajadores y la facilitación de los descuelgues⁵⁴.

Pero la flexibilidad y adaptabilidad de las normas a la concreta situación de la empresa adquieren su máxima expresión en la Ley 3/2012. Los denominados en esta investigación “acuerdos para la gestión del cambio”, que también han sido designados como “pactos de reorganización productiva” y cuya misión consiste en adoptar decisiones sobre el empleo o la plantilla⁵⁵, responden a una serie de características comunes o denominador en común que, en parte, ya han sido anticipadas en las páginas anteriores. Por ello, en este momento se destacará algunas de las novedades que ha incorporado esta ley, en una lectura conjunta de los Títulos I y III del ET.

El primer grupo de mecanismos de la gestión del cambio se hallan, sobre todo, diseminados en el Título I ET y se refieren, de nuevo, a las medidas ínsitas en los arts. 40. 41. 47.1 y 2, y 51. En todos ellos el procedimiento se inicia a *propuesta empresarial*, con la apertura de un período de consultas donde los representantes de los trabajadores deberán hacerlo al amparo de la buena fe. Y todos ellos son procedimientos vinculados a la existencia de una causa empresarial cuya entidad ha sido rebajada.

Pero también se quiere hacer referencia a una selección de mecanismos que, entiendo, son útiles para la “gestión del cambio” y que han aumentado recientemente o cuyo acuerdo se ha agilizado en la reforma de 2012: el mecanismo de la inaplicación del convenio colectivo (art.

⁵¹ GÁRATE CASTRO, J., “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *AL*, nº 1, 2011, p. 14.

⁵² GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *AL*, nº 4, 2011, p. 406.

⁵³ Exposición de Motivos del RD-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (IV).

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, Madrid, 1998, pp. 25 y ss.

⁵⁵ APILLUELO MARTÍN, M., “Acuerdos de empresa: funciones y eficacia”, *AS*, n. 6, 2006, pp. 46-54.

82.3.) el acuerdo para la revisión anticipada del convenio (art. 86 ET), la previsión del nuevo régimen de ultraactividad del convenio (art. 86 ET) y la inaplicación por parte de la empresa de su propio convenio⁵⁶. Obsérvese, que en este segundo grupo, salvo en el caso del art. 82.3 ET, se ha perdido la coyuntura causal que permitía a la empresa adaptarse a las circunstancias económicas, etc., desvinculándose el acuerdo de causa justificativa alguna; como también se rebaja la procedimentalización de la adopción del acuerdo, desapareciendo del principio de la buena fe en los dos últimos.

En la línea continuista iniciada por la reforma de 1994, la Ley 3/2012 ha seguido promoviendo la utilización de instrumentos de la negociación colectiva distintos del convenio colectivo estatutario; de modo que, se avanza ya, el legislador continúa en la senda de alterar el sistema de fuentes instaurado por el propio ET (art. 3), de modo que los acuerdos de empresa siguen afectando la eficacia general y la vigencia temporal de los convenios colectivos vigentes⁵⁷. Por eso merece un lugar destacado, siquiera breve, la técnica de la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET)⁵⁸. Creemos que su categorización como acuerdo de empresa de la gestión del cambio se ha consolidado con la “penúltima” reforma de este instrumento en la Ley 3/2012. La explicación reside en que se ha ampliado la lista de materias –lista cerrada– susceptibles de dejarse de aplicar en el ámbito empresarial, aproximándose su contenido al elenco de materias listadas en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A mayor abundamiento, el acuerdo “inaplicador” se podrá lograr conforme al procedimiento descrito en el art. 41.4 ET, mientras que sólo si éste fracasa, se seguirá el procedimiento más específico que acoge el propio art. 82.3 ET.

El legislador dejó claro, ya con la Ley 35/2010, que el procedimiento del art. 82.3 ET es un “procedimiento reactivo”⁵⁹, presumiendo que concurren las causas justificativas en los casos de acuerdo modificativo logrado con la representación de los trabajadores⁶⁰. La opción legislativa de mezclar los planos de la participación de los trabajadores y de la negociación colectiva va cobrando fuerza.

Por otra parte, con el fin de procurar la adaptación del contenido de la negociación colectiva a los variables escenarios económicos y organizativos, la Ley 3/2013 introdujo la posibilidad de anticipar la revisión del convenio, incluso antes de que éste pierda su eficacia. Si durante la vigencia del convenio colectivo –cualquier convenio colectivo y de cualquier ámbito⁶¹– las partes legitimadas conforme a los arts. 87 y 88 ET acuerdan negociar su revisión en vez de esperar a la denuncia, podrán hacerlo⁶² vía el acuerdo de empresa⁶³. Pero la ausencia de causa justa

⁵⁶ El laudo arbitral emitido a instancia de la CCNCC, por GONZÁLEZ DE LENA, en el expediente 9/2013, justifica acudir a este instrumento a partir del “cambio sobrevenido de circunstancias que pueden afectar a la ejecución de las obligaciones contractuales”, véase en ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Algunos efectos de un nuevo modelo de negociación colectiva más dinámico y cercano a la empresa: conexiones, relaciones e interferencias entre convenios y acuerdos colectivos”, *RDS*, 2014, p. 217, nota nº 21.

⁵⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Algunos efectos...”, *op. cit.* p. 237.

⁵⁸ *Vid.*, por todos, CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista Derecho Social*, 2012, núm. 57, pp. 238-244.

⁵⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, R.L., “La flexibilidad interna en la reforma laboral”, *La Ley*, nº 7488, 2010, p. 14.

⁶⁰ DEL REY GUANTER, S., “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *TL*, nº107, 2010, p. 187.

⁶¹ MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *RDS* nº, 57, 2012, p. 262.

⁶² Según ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Algunos efectos...”, *op. cit.* p. 212, estaba posibilidad existía ya en 2011, aunque se confería a la comisión paritaria del convenio. Esta herramienta fue ya planteada por DE LA VILLA GIL, L.E./GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La modificación del convenio colectivo durante su vigencia”, *Actualidad Laboral* nº 32, 1992, pp. 555-565.

⁶³ Comparto con LAHERA FORTEZA, “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva en la empresa : repercusión en la conceptualización del modelo español de convenio colectivo y en la gestión del cambio laboral”, en este mismo número de Documentación Laboral, p. 7, que “Los ahora regulados, con carácter general en el

para adaptar el convenio empresarial a otro revisado no es óbice para que la ley exija acuerdo entre la empresa y los legitimados para negociar conforme a los arts. 87 y 88 ET; aunque no se exija un deber de negociar conforme al art. 89 ET⁶⁴. Y, cómo no, la falta de consenso impedirá anticipar, en todo o en parte, por decisión unilateral, la revisión del convenio⁶⁵.

5. UNA MIRADA BREVE AL DERECHO DE CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA, EN CONTRASTE CON LOS ACUERDOS DE EMPRESA DERIVADOS DE UN PERÍODO DE CONSULTAS

En España, la consulta, tal como se contempla en el Título II ET, con el encabezamiento “De los derechos de representación colectiva y de reunión de los representantes de los trabajadores en la empresa”, concretamente en el art. 64, o en la directivas referenciadas, apenas se promociona –ni se ha cambiado, salvo por la transposición de la Directiva sobre procedimientos de información y consulta de 2002–, y ese plano se diluye en el período de consultas, que opera ya en la fase paliativa o curativa del cambio. Es cierto, en cambio, que hay alguna previsión preventiva sobre la gestión del cambio en el art. 64.1 “in fine”, cuando recoge que “En la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con *espíritu de cooperación*, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta los intereses de la empresa como de los trabajadores”. Este trabajo propugna apoyar esos instrumentos de información y consulta del estado previo al cambio, sin perjuicio de que mi decidida opción pase por reforzar la importancia del diálogo social en materia de reestructuraciones⁶⁶, en esa clave previsoras y proactivas que subraya la Comisión Europea⁶⁷; y que no ha sido la guía o referencia de la última reforma laboral de 2012⁶⁸. Como es conocido, las últimas reformas legales se han librado a golpe de decretos leyes, aparte de prescindir del contenido del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para 2012, 2013, 2014, cuando éste procedió por primera vez a diseñar un conjunto de fórmulas específicas de adaptación de las condiciones de trabajo, tanto de carácter ordinario como extraordinario⁶⁹.

En efecto, desde organismos de muy distinta índole se ha insistido de forma reiterada en la importancia del diálogo social en materia de reestructuraciones (OIT, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo) aunque también esas instancias internacionales han subrayado la preocupación por el lugar que el sindicalismo debe ocupar en la gestión del cambio. Más allá de resistirse en el plano “micro” del cambio, debería reflexionarse sobre

art. 82.3 ET, procedimientos de inaplicación por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del convenio colectivo estatutario en las materias allí designadas consolidan escapes, a través de acuerdos colectivos de empresa, de la eficacia general del convenio modificado”.

⁶⁴ MERCADER UGUINA, J. “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2012*, Lex Nova, 2012, p. 381.

⁶⁵ MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012...”, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁶ Con más profundidad, PÉREZ AMORÓS, F./YSÁS MOLINERO, H., “Diálogo social y reestructuraciones empresariales” en AA.VV. *Tres años de cambio laboral*, Lex nova, Thomson Reuters, Tomo I, 2013, pp. 181-211.

⁶⁷ Se destaca en el citado Libro Verde sobre “La reestructuración y la previsión del cambio”, SEC(2012) 59 final, Bruselas, 17.1.2012. COM(2012) 7 final, p. 16-17, que los directivos y los representantes de los trabajadores son actores clave para debatir las estrategias de reestructuración de cara al futuro a nivel de las empresas, además de que la Comisión potencia las medidas *previsoras y proactivas*, en detrimento de la mayor cantidad de prácticas analizadas, que suelen ser reactivas. De este modo la Comisión apuesta por sentar condiciones de confianza que permitan a todos los segmentos de la sociedad (empresas, trabajadores y sus representantes, etc.) afrontar el futuro de la empresa de manera más dinámica.

⁶⁸ Lamentando que no se aprovechara el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013, 2014, por todos, véase SANGUINETTI RAYMOND, W., “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, RDS, nº 57, p. 128.

⁶⁹ Lamentando que no se aprovechara este importante instrumento del diálogo social, véase SANGUINETTI RAYMOND, W., “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo...”, *op. cit.*, p. 128.

su actuación en el plano “marco”, en el ámbito de la participación institucional de los sindicatos ante el fenómeno de las reestructuraciones en general y sobre las reestructuraciones individualmente consideradas; también en la identificación de esos supuestos y en los procedimientos para abordarlos⁷⁰. Aunque la apuesta por el diálogo social se está deshaciendo también en el ámbito de la UE⁷¹.

Por otra parte, las llamadas recíprocas entre los instrumentos de la participación (derechos de información y consulta) de los trabajadores, “abocados al acuerdo”, y los instrumentos de la negociación colectiva son tan frecuentes que, como se apuntaba ya en la introducción de este trabajo, resulta difícil decantarse por la naturaleza jurídica de los acuerdos de la gestión del cambio. La doctrina⁷² que se ha posicionado a favor de incluir los acuerdos de empresa entre las distintas manifestaciones de la negociación colectiva se ha inclinado por remachar su posición recordando la fuente originaria de la que son tributarios esos acuerdos, esto es, la autonomía colectiva. En tanto que los acuerdos de empresa, en su variada tipología, se deben a esa fuente colectiva, se despejarían las dudas respecto de su naturaleza jurídica. La propia jurisprudencia insiste en que el período de consultas se corresponde con una auténtica negociación y la definición que aporta el Convenio 154 OIT sobre “negociación colectiva”⁷³ aporta otro elemento de peso a favor de catalogar esos mecanismos como de negociación.

Otro cosa es la consulta “stricto sensu”, principalmente la recogida en el art. 64 ET, que no requiere ni la apertura de un “período de consultas” ni se exige en la ley negociación alguna de buena fe. Lo expresa claramente ese mismo artículo, apdo. 1 “in fine”, apelando, ahora sí, a que en la definición y aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actúen *con espíritu de cooperación*, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores. Ciertamente, esa consulta se desempeña en España desde los órganos de representación de los trabajadores externos a la empresa; nada que ver con otros sistemas en los que se impone la cogestión donde, normalmente los sindicatos participan desde el seno de los órganos societarios⁷⁴. Y aunque en esos modelos del Derecho comparado sean también los sindicatos quienes negocien colectivamente, no puede establecerse una equivalencia entre esta “actividad de participar” y la negociación colectiva, básicamente porque los instrumentos que rodean y/o garantizan ambas acciones no tienen nada que ver; como tampoco, a priori, muchas de las materias objeto de uno y otro procedimiento. La única participación en clave de cogestión recogida por la ley española sería la descrita en el art. 64.7 b) ET, que pasa por gestionar las obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares, y cuyo modo de funcionamiento podrá determinarse en convenio colectivo.

⁷⁰ Podría explorarse la vía de la virtualidad de los CES autonómicos y estatal para reforzar la anticipación del cambio.

⁷¹ “Análisis de la gobernanza económica de la Unión Europea”. Informe 1/2016 del Consejo Económico y Social del Reino de España.

⁷² Véase doctrina científica en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico” en AA.VV. *Tres años de cambio laboral*, Lex nova, Thomson Reuters, Tomo I, 2013, p. 243-244.

⁷³ En efecto, el artículo 2 del citado Convenio dispone que “A los efectos del presente Convenio, la expresión *negociación colectiva* comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. Con una definición tan vasta y laxa del término “negociación colectiva”, no parece que haya muchos impedimentos en integrar los acuerdos de empresa entre los muchos y variados productos resultantes de la negociación colectiva; señaladamente, cualquiera de los acuerdos de empresa que se han tratado en este trabajo consistiría, lato sensu, en “fijar las condiciones de trabajo y empleo”.

⁷⁴ Cfr., MIMENTZA, J., en el mismo número de esta Revista.

Como se expresaba anteriormente, el dato de que los sujetos legitimados para participar y negociar colectivamente sean (o puedan ser) los mismos, o coincidan, no es suficiente para equiparar la negociación colectiva con la participación en sentido estricto. Un ejemplo diáfano lo tenemos en el ordenamiento jurídico-laboral español, dado que, por poner algún ejemplo, también los mismos sujetos que negocian en el ámbito empresarial o inferior español, vigilan el cumplimiento de las normas sobre prevención y salud laboral [art. 64.7 a) 1] o colaboran con la empresa en la implantación de medidas de conciliación laboral en la gestión de obras sociales [art. 64.7 a) 3].

En mi opinión, sin embargo, incluir en las consultas “*stricto sensu*” –que no incluyen períodos de consulta/negociación– variables relacionadas con la evolución de la empresa, la introducción de nuevos métodos de trabajo, o las fusiones que se prevén en un corto o medio plazo, materias en principio distintas del salario y las condiciones laborales no es otra cosa que proyectar a medio y largo plazo estas mismas materias. Pero también es cierto que esa participación “*stricto sensu*” en la gestión de la empresa no actúa a *corto plazo* sobre las condiciones de trabajo ni tampoco sus resultados se incorporan a los contratos de trabajo de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. Como sí ocurre con las materias sobre las que recae la obligación de negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo de empresa; fallado el cual el empresario adoptaría su decisión.

En definitiva, si el sindicato, por ejemplo, pudiera co-gestionar los esfuerzos inversores y la eficiencia de los mismos, el nivel tecnológico, la capacidad de ahorro y reinversión de la empresa, etc., con ello actuaría en pos de la estabilidad y la calidad del empleo a medio y largo plazo: ello se traduce en que la empresa tendría más expectativas de mantener o aumentar su capacidad de pago de los salarios y la calidad de las condiciones de trabajo. Y ello entronca bien con el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al “contenido de los convenios colectivos”, en la medida que dispone que estos “podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, *cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...*”. Entiendo, pues, que este precepto contiene un “cajón de sastre” lo suficientemente amplio para expresar que “la esfera de producción” de la empresa puede estar presente en una futura mesa de negociación. ¿O no utilizan los sindicatos la información recibida en el marco de la cogestión para negociar más tarde con la empresa? Esta conclusión conecta, además, con el discurso de este trabajo, que enlaza la intervención del sindicato en este espacio con la mejora de las condiciones de trabajo y empleo a corto, medio y largo plazo; sin que deban confundirse los planos de uno y otro ámbito de actuación.

En resumen, la ley española aboga por el acuerdo tras un proceso de negociación de buena fe, cuando los cambios propuestos por la empresa afecten a los trabajadores y a sus condiciones laborales a corto plazo o en un plazo inmediato: modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reestructuración de plantilla por cambio de titularidad en la empresa, suspensión por causas económicas, reducción de jornada o despido colectivo. En cambio, la legislación se queda en la fase de la simple consulta respecto de temas o cuestiones que afectan a la esfera de producción empresarial, materias normalmente más conectadas con el núcleo duro de la libertad de empresa del art. 38 CE.

6. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores se ha demostrado que la legislación española sigue actuando, especialmente, sobre los efectos paliativos o curativos del cambio en la empresa. Con las últimas reformas de la legislación laboral se ha pronunciado la opción que ya realizara el legislador de supeditar los convenios de empresa estatutarios a los acuerdos de empresa, unidos, las más de las veces, a la concurrencia de una causa empresarial que justifica el cambio; pero también, sin causa evidente; de modo que aquéllos se van convirtiendo en otra herramienta de gestión de los recursos humanos en el sentido de que cada vez están más supeditados al acuerdo de empresa, aunque la fórmula sea la inversa: sigue siendo el convenio colectivo estatutario el que llama al acuerdo⁷⁵.

⁷⁵ CASAS BAAMONDE, M.E., “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de interés” (I), *RL*, 4, 1995, pp. 1 y ss.

Pero, como se exponía más arriba, la reforma de 2012 ha actuado con instrumentos paliativos y/o curativos para afrontar la gestión del cambio que más que atenuar, aceleran las consultas a fin de permitir que la gestión del cambio sea más unilateral que nunca: la suavización de las causas justificativas de esos cambios ha actuado también en pro de esta conclusión. Y en esa tesis de precipitar el acuerdo abunda la figura de la comisión representativa “*ad hoc*” o “laboral”⁷⁶ que actúa en los procedimientos vistos del Título I pero también en el del art. 82.3 ET, y que ha adquirido *mayor relevancia* que la que ya tenía antes de la Ley 3/2012⁷⁷.

Por otra parte, la buena fe sigue ocupando un lugar central si no en todos, sí en los clásicos procedimientos de la gestión del cambio *abocados al acuerdo*. A pesar de que tanto la jurisprudencia como cierta doctrina corroboran la contractualización del convenio colectivo estatutario⁷⁸, llama la atención que persista la negociación de buena fe en algunos procedimientos. Y este principio acerca la procedimentalización de los acuerdos de empresa al del convenio colectivo estatutario porque, al contrario de lo que hacen las Directivas de referencia, la normativa española convierte el “espíritu de colaboración” recogido en aquéllas en “negociación de buena fe”. Éste es el marco jurídico-laboral español; el “deber ser” o el “poder ser”, podría ser otro⁷⁹. Probablemente el modelo doméstico sea tributario de su historia, y la autorización administrativa tenga un peso indeleble, habiendo sido sustituida por un modelo de negociación de buena fe en lugar de que el legislador español haya apostado por transponer las directivas europeas “al pie de la letra”. Pero es un hecho que la presencia de la autoridad administrativa se ha ido suplantando por la negociación de buena fe con una interpretación por parte de nuestra jurisprudencia que deja escaso o nulo espacio para la duda. Esta interpretación se ha construido a partir de las deficiencias de la buena fe en el lado empresarial pero este principio debería servir también para “medir” la buena fe de la parte social en la participación de los trabajadores⁸⁰.

En definitiva, en 2012 se han relajado las reglas de la procedimentalización de la gestión del cambio abocada al acuerdo (menos días de consulta, legitimación de las comisiones ad hoc ante la ausencia de representantes de los trabajadores para negociar el cambio, etc.), o a la decisión unilateral del empresario, pero no se ha modificado un ápice el Título II, el de la consulta “ex ante” para adaptarlo a las mutantes circunstancias empresariales⁸¹, como la previsión de más formación para los representantes de los trabajadores para ejercer sus funciones, o fórmulas más eficaces de participación de los trabajadores, más allá de la información y la consulta, cuando se cumplen; todo ello sin perjuicio de que el art. 64.9 ET permita que la negociación colectiva amplíe las *materias* objeto de información y consulta.

⁷⁶ DE LA VILLA GIL, L.E., “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010”, *RGDTSS*, vol. 23, 2011, p. 10.

⁷⁷ Efectivamente fue el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE nº 147) el que consagró estas comisiones. Para NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Lex Nova, 2015, p. 24, la reforma de mayor calado en relación con las instancias de representación de los trabajadores en el ámbito empresarial.

⁷⁸ De nuevo LAHERA J. “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva, su repercusión en la gestión del cambio y en la conceptualización del modelo español de negociación colectiva”.

⁷⁹ El Profesor LAHERA J. “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva, su repercusión en la gestión del cambio y en la conceptualización del modelo español de negociación colectiva”, en el mismo número de esta Revista, formula un escenario a construir de la participación de los trabajadores en la empresa, llamando al impulso de la ley para que atribuya a los sindicatos las funciones exclusivas de negociación y conflicto. Sin embargo, yo entiendo que también en la participación “stricto sensu” hay intereses contrapuestos, sin perjuicio de que las discrepancias se resuelvan por el empresario; y también apelo a que sirva de ejemplo el modelo alemán, donde habiendo comités y sindicatos, son estos últimos quienes están presentes en los consejos de vigilancia. Cfr., MIMENTZA, J., en el mismo número de esta *Revista*.

⁸⁰ En consonancia con esta percepción, el estudio Delphi que contiene este número apunta que la buena gobernanza, la participación de los trabajadores en el proceso y la actitud sindical no contraria a la gestión del cambio integran el tercer grupo de factores influyentes en la gestión del cambio, por detrás del buen liderazgo y la comunicación adecuada, una dirección de RRHH que monitorice adecuadamente el cambio y una actitud favorable (no contraria) de los trabajadores. Véase LANDETA, J./OTROS, en este mismo número.

⁸¹ Así también, CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa...”, *op. cit.*, p. 190.

En fin, como partía, también acabo con la idea de que enfrentarse a la crisis y al cambio pasa por contar con una relaciones laborales saneadas que quizás deban incluir un cambio de la cultura empresarial, que pase por implicar a los trabajadores y sus representantes, por ejemplo, en el propio diseño de los Planes Estratégicos de la empresa o en su Informe Anual de Gestión. La opción del legislador por actuar en estos ámbitos sería también bienvenida. Que los cauces de información y consulta estén saneados, es decir, se implementen en épocas de no cambio, facilitaría, sin duda, el acuerdo ante el cambio. Es más, abogo por que se refuercen esos derechos de consulta en "stricto sensu" desde la ley, en un recorrido que desemboque en la cogestión.

El acuerdo de empresa logrado tras los períodos de consulta será fruto de un proceso de negociación colectiva pero presenta notables diferencias con el convenio colectivo estatutario, tanto respecto de su eficacia jurídica como respecto de su eficacia personal erga omnes⁸². La negociación colectiva de la función pública, bajo la tutela del principio de buena fe, vale también como razón de peso para defender los distintos contenidos —y resultados— que procura el término "negociación colectiva"; incluso, en relación con esa última, el posible distinto fundamento constitucional. Todo lo anterior sin perjuicio de que la legislación vigente permite que los posibles acuerdos creadores del comité de empresa europeo y de los órganos de representación de los trabajadores en la SE y en la Sociedad Cooperativa europea se correspondan con acuerdos de empresa que se ubican en textos legales extramuros del ET. Sin embargo, el legislador, pudiendo haber residenciado la negociación de aquéllos en el art. 37.1 CE (convenios colectivos extraestatutarios), optó por reconducirla al paraguas del acuerdo de empresa estatutario. Y aunque sea difícil que en España se acuerden normas de participación fuerte de los trabajadores —o que incluyan a éstos dentro los órganos "internos" de la empresa—, a causa del modelo de participación de los trabajadores "externa" que tenemos instaurado⁸³, lo cierto es que, sobre todo mirando a la Ley 31/2006, se concluye que el mecanismo de la negociación colectiva, en versión del acuerdo de empresa con las formalidades del convenio de empresa estatutario (forma escrita, registro, depósito y publicación oficial) es el elegido por el legislador español para engendrar normas de participación de los trabajadores, por lo menos en el sentido de la Directiva SE. Y con esto último quiero expresar que, a falta de ley, el convenio colectivo es un instrumento propicio para incluir normas sobre participación de los trabajadores. Un último ejemplo claro de esta línea de actuación es la remisión al convenio colectivo que efectúa el art. 64.7 b) ET, cuando llama a la participación en forma de cogestión de las obras sociales de la empresa.

⁸² Véase, ahora en la ley rituarial laboral vigente, los sujetos que pueden demandar en los procedimientos del art. 138 y 124.

⁸³ Para un estudio comparativo y más amplio sobre la transposición de la Directiva SAE, véase SEIFERT, A., "El modelo alemán de participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas en Alemania", en este mismo número de *Documentación Laboral*.