

# Externalización y novación de condiciones por Convenio Colectivo. Nulidad por mala fe en el procedimiento seguido. ¿Indemnización por daños morales?

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

## 1. Externalización de un servicio de la empresa. Procedimiento

- 1.1. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre del 2015, recurso 171/2015 (Ar. 300740), aborda el proceso de externalización del área logística de una empresa cuya ejecución supondría un excedente de ochenta y siete contratos de trabajo con justificación en causas económicas, organizativas y productivas. La empresa alcanza un acuerdo con la representación sindical de la UGT, que admite la necesidad de externalizar el servicio de logística de la compañía y acepta, como comisión negociadora del Convenio Colectivo, la inmediata entrada en vigor del pacto con la correspondiente comunicación a los representantes de los trabajadores de los centros afectados.

En el acuerdo se prevé la recolocación de una serie de trabajadores en diferentes centros de trabajo de la empresa y el despido colectivo del resto, si bien esta última medida sería suspendida con posterioridad sin haberse llegado a aplicar—. Si los trabajadores no admitieran la recolocación propuesta y conviniendo las partes que concurren causas económicas, organizativas y productivas que justifican la extinción de los contratos de trabajo, procedería el pago de una indemnización de veinticinco días por año

con un máximo de veinticuatro mensualidades. Finalmente, la empresa se compromete a gestionar con la empresa entrante la posibilidad de contratación de los trabajadores despedidos, bien que con la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa entrante al aceptar los firmantes del acuerdo que no concurre sucesión empresarial.

- 1.2. Como consecuencia de estos acuerdos, queda probado que la empresa ha novado el contrato de cuarenta y un trabajadores que han pasado de realizar funciones en el área logística a efectuar una prestación en el área de producción. Sin embargo, estos cambios no se han llevado a cabo siguiendo el procedimiento dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, en el entendimiento de la empresa de que la conformidad de los trabajadores constituye una novación voluntaria consensuada y no una decisión unilateral de la empresa.

Precisamente de este hecho deducen tanto el sindicato impugnante (CC. OO.) como el ministerio fiscal no sólo que se ha producido una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, sino que el proceso está viciado por actuación de mala fe. En efecto, ha quedado acreditado «cumplidamente» (en

---

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

términos de la Sala) que la alternativa a la novación era la extinción justificada de sus contratos de trabajo por concurrencia de causas económicas, organizativas y productivas, con una indemnización de veinticinco días por año de servicio con un tope de veinticuatro mensualidades, «lo cual vicia sobradamente su consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1267 CC, puesto que se obtuvo ante el temor fundado y racional de sufrir un mal inminente y grave en sus bienes, siendo notorio que un empleo fijo en un país con más del 20 % de paro es el bien máspreciado de los trabajadores» (SAN de 23 de noviembre del 2015, rec. 171/2015, Ar. 300740, FJ 4).

- 1.3. Este argumento sirve asimismo para rechazar la denominada excepción de «falta de acción». Ésta fue la excepción planteada por la empresa por entender que, en este proceso, no se cuestionaba modificación sustancial alguna porque no se había acordado nada al respecto ni tampoco se había decidido unilateralmente sobre tales modificaciones. Pues bien, el Tribunal Supremo ha establecido (STS de 8 de mayo del 2015, Ar. 2421) que la denominada «falta de acción» no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones, se la haya identificado —y no en todos los casos acertadamente— con: *a*) un desajuste subjetivo entre la acción y su titular; *b*) una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercida; *c*) la ausencia de un interés litigioso actual y real, especialmente cuando se ejercen acciones declarativas, o *d*) una falta de fundamentación de la pretensión ejercida. Y, así, en el caso objeto de litigio, la única forma de resolver la excepción planteada era entrar a valorar si se había producido o no una modificación sustancial colectiva, conclusión alcanzada por la Sala. Las medidas adoptadas por la empresa superan claramente los umbrales previstos en el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que

debiera haberse seguido el procedimiento establecido al respecto.

## 2. Vulneración del derecho a la negociación colectiva. Mala fe al eludir el periodo de consultas preceptivo

- 2.1. No se limita la pretensión a calificar de modificación sustancial la actuación empresarial realizada, sino que persigue la declaración de nulidad de las medidas adoptadas por vulneración de un derecho fundamental (libertad sindical) en su vertiente funcional (negociación colectiva). Y todo ello porque los acuerdos alcanzados se produjeron sin el conocimiento (consentimiento) de otro de los sindicatos más representativos, CC.OO. Bien es cierto que la pretensión empresarial se trató en sucesivas reuniones de la comisión negociadora en la que participaron tanto la sección sindical de la UGT como la de CC.OO., habiéndose acreditado que ambas secciones se opusieron inicialmente al planteamiento empresarial. Pero, con posterioridad, UGT decidió tratar tanto la externalización de servicios como la flexibilización de la jornada como cuestiones unitarias, sobre lo cual el sindicato CC.OO. manifestó su desacuerdo y no asistió a la reunión correspondiente. Este último sindicato acudió a una reunión posterior, pero admite que en ella no se produjo ningún tipo de negociación, sino que la empresa y el sindicato UGT se limitaron a poner sobre la mesa los acuerdos que ya habían alcanzado previamente.

Sin embargo, la Sala entiende que CC.OO. no participó en la reunión en la que se alcanzó el acuerdo final no por exclusión ajena, sino propia, al decidir ausentarse de aquélla, de forma tal que, si no participó en la gestación final del acuerdo, fue porque decidió autoexcluirse. Tal consideración no ha de extenderse, sin embargo, a validar la actuación empresarial y la de la UGT. Para alcanzar un acuerdo cuyo objeto esencial era validar la externalización del servicio logístico de la empresa con la consiguiente producción de un excedente de ochenta y

siete contratos de trabajo, debían haber seguido el procedimiento regulado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que posibilita alcanzar acuerdos en materia de recolocación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre). No haberlo hecho así conduce a admitir una vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional relativa a la negociación colectiva del sindicato impugnante puesto que la negociación del periodo de consultas constituye una manifestación propia del derecho a la negociación colectiva (SAN de 21 de julio del 2015, rec. 17/715, Ar. 194090).

- 2.2. En estos términos se pronuncia la Sala en la sentencia objeto de análisis por considerar esencial el pacto alcanzado. En primer lugar, porque supone validar acríticamente —sin que se alegara nada al respecto por parte de la empresa— que la externalización del servicio logístico no constituía transmisión de una unidad productiva autónoma, aunque al menos en uno de sus centros de trabajo se continuara prestando idénticos servicios. En segundo término, porque el acuerdo comporta que, sin someterse al procedimiento del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores ni aportar documentación alguna que justifique la concurrencia de causas y su adecuación, la actuación empresarial concluye con un excedente de ochenta y siete contratos de trabajo cuya extinción contractual se declara justificada por causas económicas y organizativas.

Ambas razones ponen de manifiesto que se privó al sindicato CC. OO. de su derecho a negociar, pues, si bien admitió negociar sobre la externalización durante el periodo de consultas, no aceptó nunca —al igual que la UGT hasta una de las últimas reuniones—, que concurrieran causas objetivas para extinguir ochenta y siete contratos de trabajo, entre otras razones, porque en las actas de la comisión negociadora jamás se identificaron dichas causas ni se justificó de ningún

modo su adecuación. Por consiguiente, si el periodo de consultas es una manifestación propia de la negociación colectiva de la que se ha privado frontalmente al sindicato impugnante, no cabe sino concluir que se vulneró el derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional relativa a la negociación colectiva. Y, así, descartada —por no combatida— la concurrencia de sucesión empresarial del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores y decidida por la empresa la externalización de su servicio logístico —con la consiguiente necesidad de reducir plantilla—, debió seguirse el procedimiento de despido colectivo (regulado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores) procurando alcanzar un acuerdo a través del preceptivo periodo de consultas. Ciertamente y con posterioridad, la empresa decidió no extinguir ningún puesto de trabajo pese a la externalización y suspendió su actuación inicial, lo que no modifica esta conclusión. Lo que sí hace la empresa fue novar los contratos de algunos trabajadores, lo que constituye, como se ha expuesto, una modificación sustancial colectiva que debió tramitarse por el procedimiento del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores y que habría exigido también recurrir a un periodo de consultas.

A juicio de la Sala, queda cumplidamente probado que el acuerdo alcanzado entre la empresa y el sindicato UGT tuvo por objeto eludir el procedimiento previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, si es que la empresa pretendía extinguir los ochenta y siete puestos de trabajo del personal de servicio de logística, lo que le habría permitido alcanzar acuerdos de recolocación como medidas de acompañamiento *ex artículo 8* del Real Decreto 1483/2015 citado. Si no pensaba extinguir sino modificar condiciones de trabajo —que es lo que hizo con posterioridad— debería haber acudido al procedimiento del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. No seguir ni uno ni otro procedimiento y optar por negociar un Convenio Colectivo

vació de contenido lo dispuesto en los artículos 51.2 y 41.4 del Estatuto de los Trabajadores puesto que, de esta forma, ni se efectuó el preceptivo periodo de consultas ni se aportó la documentación necesaria para que los representantes de los trabajadores pudieran conocer exactamente cuál era la situación de la empresa a fin de ofrecer alternativas a la propuesta extintiva o modificativa de aquélla. Un procedimiento viciado de mala fe que, en virtud de lo previsto en el artículo 138.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sobre la nulidad de las decisiones adoptadas en fraude de ley, permite declarar nulas las medidas empresariales alcanzadas como consecuencia de dicho acuerdo.

### **3. Rechazo de la petición de indemnizar individualmente los daños morales ante la vulneración de un derecho fundamental y admisión de la indemnización colectiva**

- 3.1. El sindicato impugnante, CC. OO., solicitó una indemnización de seiscientos euros para cada trabajador afectado por los daños morales sufridos como consecuencia de la vulneración del derecho a la libertad sindical. Conviene precisar, a este respecto, que, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no resulta unánime en este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio del 2015 (Ar. 5010) destaca algunos elementos de interés sobre este tipo de reclamaciones. Inicialmente, se procedía a una concesión automática de la indemnización por los daños morales causados sin necesidad de acreditar un perjuicio específico, toda vez que este último se presume efectuado. Con posterioridad se optó por exigir las bases y los elementos clave de la indemnización reclamada, requiriendo que ésta se justificara con la correspondiente prueba o indicio para poder basar la condena correspondiente. Pero en la actualidad el Tribunal Supremo aplica un criterio más amplio sobre el resarcimiento del daño moral ante la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que

tal daño [moral] esencialmente consiste [...] [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración [...] y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica» (STS de 11 de junio del 2012, Ar. 9283, FJ 3).

Tal conclusión se alcanza teniendo en cuenta la nueva regulación introducida por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Por una parte, su artículo 179.3 dispone que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada» y, por otra, al referirse a las indemnizaciones que se han de fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, el artículo 183.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social señala que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa para resarcir suficientemente a la víctima, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. De todo ello deducen los tribunales que el precepto viene a atribuir a la indemnización por atentar contra derechos fundamentales no sólo una función resarcitoria (*restitutio in integrum*), sino también una función preventiva general.

Finalmente, y admitiendo que, si bien la fijación del importe de la indemnización por daños morales es misión del órgano de instancia, ello no obsta para que sea fiscalizable en vía de recurso extraordinario y que quepa su corrección o supresión cuando se estime desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable (STS de 2 de febrero del 2015, Ar. 762). Partiendo de la base de que

es difícil que el daño moral pueda llegar a ser verdaderamente resarcido y que sólo cabe compensar en cierta medida el perjuicio sufrido, es cierto que las dificultades se acrecientan cuando tal daño se produce por la reiterada vulneración de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el de la libertad sindical en su faceta de derecho a la negociación colectiva, por lo que —aun sin atender a la faceta preventiva que el artículo 183.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social atribuye a la indemnización— puede llegar a afirmarse que una determinada cifra es desproporcionada o escasa, según las circunstancias, por no cumplir la función preventiva que la ley le atribuye. Mas, finalmente, en el supuesto analizado, el tribunal decide no atender a la reclamación individualizada para cada uno de los trabajadores afectados por entender que la lesión del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional relativa a la negociación colectiva se predica únicamente del sindicato —CC.OO. en este caso— y no de los trabajadores afectados por las medidas. Por ello, no pidiéndose cantidad alguna por parte del sindicato impugnante, que es el sujeto

pasivo de la vulneración del derecho, no procede la concesión de la indemnización reclamada.

#### 4. Conclusiones

En conclusión, tres advertencias. La primera, que aquellos procesos (de externalización, sucesión, venta, etc.) que supongan extinción colectiva de contratos o modificación colectiva de condiciones han de respetar los procesos de negociación (colectiva, aunque exista acuerdo individual en la novación contractual) y han de hacerlo mediante el correspondiente periodo de consultas ante el riesgo de declaración de nulidad de las medidas adoptadas por parte de los tribunales laborales. La segunda, que, aunque la empresa y uno o varios sindicatos consigan la mayoría legalmente establecida para alcanzar acuerdos, no pueden privar del derecho a la negociación al resto de los representantes de los trabajadores —aunque finalmente no logren acuerdos con ellos—. Y, la tercera, que, en general, el resarcimiento del daño moral por vulneración de derechos fundamentales específicamente laborales suele admitirse con carácter colectivo (puesto que los derechos fundamentales específicamente laborales —huelga y libertad sindical— poseen dicha naturaleza) y no individual.