

DESPIDO OBJETIVO VINCULADO A LA SUBCONTRATACIÓN
DE OBRAS Y SERVICIOS

CARLOS L. ALFONSO MELLADO
PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

1. Introducción.

2. La descentralización productiva: un problema abordado de forma insuficiente y complaciente.

3. La doctrina general de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de despido objetivo por descentralización de actividades.

4. Resumen y crítica de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia.

5. Conclusiones.

1. Introducción.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el despido objetivo, que legalmente se denomina, intentado suavizar la realidad que se esconde tras el nombre, como extinción por causas objetivas.

Entre esas sentencias también existen varias, lo que permite entender que hay una doctrina consolidada al respecto, en relación con las decisiones empresariales sobre externalización productiva, sobre descentralización, generalmente centradas en el recurso a la subcontratación de actividades que venían realizándose por el empresario y que posteriormente se encargan a terceros empleadores.

Como expondré, pese a que aparentemente exista una línea doctrinal uniforme, lo cierto es que en el conjunto de sentencias sobre la materia pueden detectarse algunas diferencias que, en muchos casos, consisten en una interpretación en extremo flexible de la propia doctrina que llega en ciertos casos a convertirse, al menos, en paradójica.

Claro es, la crítica anterior, se sustenta en atención a mi propia concepción sobre los límites que deberían fijarse al despido, lo que es lógico, pues el Derecho es una ciencia social y por tanto su interpretación está sujeta a las consideraciones más amplias que

sobre el marco socio-económico tenga quien la hace, sin que existan al respecto neutralidades pues toda aproximación a un problema jurídico es siempre ideológica.

Dicho lo anterior, no debe suponerse que no existen argumentos técnico-jurídicos sólidos para criticar, en parte, la doctrina del Tribunal Supremo. Los hay, como también, por la propia ambigüedad característica a las instituciones jurídicas, los puede haber y el propio Tribunal los utiliza en defensa de la solución que da al problema planteado.

Expuesto lo anterior, creo que la aproximación al problema requiere una primera consideración sobre el fenómeno general de la descentralización y su tratamiento en nuestro ordenamiento.

2. La descentralización productiva: un problema abordado de forma insuficiente y complaciente.

No parece necesario razonar la extensión que ha alcanzado la exteriorización de actividades empresariales en la actual configuración de los procesos productivos.

Sí que parece, por el contrario, importante subrayar que desde las iniciales razones que motivaron el recurso a la subcontratación como forma más típica de exteriorización, que se centraban mucho en la búsqueda de una especialización productiva, la motivación del recurso a ésta técnica ha basculado hacia otros aspectos.

En algunos momentos se utilizó la externalización pensando en un esquema productivo que condujese a unidades más pequeñas y especializadas, que en un sistema productivo moderno podían ajustarse más fácilmente a los cambios tecnológicos, en la demanda y en cualquier factor que influye sobre la actividad empresarial.

En la actualidad, fundamentalmente, en el recurso a estas formulas el criterio esencial es, por un lado, su consideración como una medida que permite fáciles ajustes de empleo, pues en definitiva una reducción de actividad en la principal se compensa mediante la supresión de empresarios contratados, lo que se enmarca en las relaciones mercantiles entre ellos y supone, en consecuencia, una real huida de las medidas laborales de ajuste de plantilla.

Por otro lado, estas medidas suponen en general un abaratamiento considerable de costes. El diferencial entre los costes de los trabajadores de la empresa principal y de la contratada puede ser amplio; no sólo se aplicarán convenios diferentes, sino que las condiciones de empresa, pactadas fuera del convenio, de las que disfruten los

trabajadores del principal – muchas veces una gran empresa –, no se aplican a los trabajadores de las contratas.

También pesa considerablemente en el recurso a estas técnicas la debilitación de la presencia sindical y el consiguiente reforzamiento del poder empresarial. En efecto, por un lado el empresario principal desvía el trabajo hacia empresas más pequeñas, en las que generalmente la implantación sindical es menor y que en muchos casos ni siquiera cuentan con representaciones unitarias o éstas no siempre representan correctamente los intereses de los trabajadores. Por otro lado, el empresario contratado o subcontratado tiene un argumento fácil frente a las reivindicaciones de sus trabajadores, las exigencias del principal y el riesgo de perder la contrata si no se atienden éstas, que son, así, las que “impiden” atender las demandas de los trabajadores o mejorar sus condiciones. No debe ignorarse que este argumento, del que se abusa, es real en ciertos casos en los que habría que hablar de auténticas relaciones de explotación entre empresas – similares a las que han dado lugar a una protección, bien que reducida y hasta ahora poco extendida, de ciertos trabajadores autónomos, los económicamente dependientes -.

Tampoco es despreciable el factor de huida en general del Derecho del Trabajo, por un lado mediante el recurso a la subcontratación con trabajadores autónomos; por otro mediante la contratación internacional, estableciendo relaciones de contratación con empresas ubicadas en Estados en los que la protección del trabajo es débil o casi inexistente o directamente ineficaz por ampliamente incumplida. No cabe ignorar que las nuevas tecnológicas y las facilidades de transporte han favorecido estas relaciones.

En estos supuestos, la descentralización, especialmente la subcontratación, cuestiona seriamente los fundamentos del régimen tuitivo del ordenamiento laboral, bien porque los elude directamente, bien porque utiliza sus propios resquicios para acudir a fórmulas de trabajo que reducen considerablemente la protección que el mismo depara y que rompen la relación tradicional que se establece en el contrato de trabajo entre el que presta su trabajo, el trabajador, y quien se aprovecha de él, su empleador, algo que en estas relaciones se rompe porque el aprovechamiento de la fuerza de trabajo se hace por dos – o más – empresarios; quien contrata al trabajador que obtiene una primera rentabilidad – plusvalía - y quien incorpora el trabajo a su producto, obra, servicio, etc., esto es, el empresario principal, que obtiene así una segunda rentabilidad – plusvalía –.

La reacción del ordenamiento laboral y de la jurisprudencia frente a esta situación ha sido insuficiente y, en ocasiones, en exceso complaciente.

Insuficiente porque la protección frente a estas situaciones se ha mantenido en la línea tradicional de establecer derechos informativos y algunos vínculos de responsabilidad frente al trabajador y las administraciones públicas y de exigencias preventivas, pero ello sólo, salvo en materia preventiva donde la regulación es más avanzada, en las situaciones de contrata en relación con la propia actividad de la empresa principal.

Realmente es insuficiente porque la externalización se produce hoy, también, a través de otros mecanismos, algunos directos, otros indirectos.

En los mecanismos directos aparecen con toda su crudeza las denominadas empresas multiservicios, que por su novedad no se contemplan expresamente por el ordenamiento.

En realidad son una forma de externalización evidente.

En mi opinión dichas empresas en algunas ocasiones realmente prestan servicios, no hay que ignorarlo, pero las más veces reconducen su actuación a una de estas tres funciones:

1ª) Actúan como encubiertas agencias privadas de colocación, lo que es abiertamente ilegal por la falta de autorización al respecto y por su actuación con ánimo de lucro.

2ª) Ceden directamente trabajadores, lo que constituye un supuesto evidente de aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que tampoco están autorizadas al respecto y su cesión es manifiestamente ilegal.

3ª) Actúan como empresas contratadas para otra principal, pero, con la excusa de ser una empresa de servicios, obviando incluso las garantías previstas para las relaciones de contrata.

Pues bien, todo ello se ignora por el ordenamiento, salvo que se entienda que, como tres ilegalidades acumuladas no se convierten en una situación legal, son suficientes con las normas que prohíben y sancionan estas actuaciones, algo que la realidad está demostrando que no es eficaz.

Tampoco se ha intervenido en materia laboral acerca de situaciones complejas, que ciertamente son formas de contratación mercantil y administrativa distintas de la contrata, pero que en muchos casos conducen a situaciones muy similares, por lo que las he denominado formas indirectas de externalización y en las que, en cualquier supuesto, se pueden producir situaciones laborales de disminución de la eficacia tuitiva de las normas laborales.

Aparecen aquí entre otros, pues la variedad de contratos que pueden articular fenómenos descentralizadores es muy amplia como ha estudiado la doctrina (García-

Moreno Gonzalo, pp. 68 a 99), ciertos contratos de franquicia, de gestión y servicios y de suministro e incluso contratos administrativos, ya de prestación de servicios o de gestión de servicios públicos, al margen de otros en los que normalmente sí que puede darse una situación abierta de contrata, como los contratos de obra.

Pues verse, pues, que la aplicación del ordenamiento da una respuesta insuficiente, además de que esa insuficiencia se acrecienta porque la protección se centra en la contrata, pero dentro de ella el núcleo tuitivo más intenso se proyecta, como avancé, sobre la contrata de propia actividad y el concepto ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial reduccionista que, como se ha expuesto, además de expulsar de la protección a trabajadores que hasta esa interpretación se entendían comprendidos en su ámbito, tiene un efecto “*dique*” que impide disfrutar de ese marco tuitivo a “*los trabajadores de las empresas que comienzan a ofertar la ejecución de obras o la prestación de servicios que forman parte de la segunda y ulteriores generaciones de los procesos de descentralización productiva*” (Valdés Dal-Ré, pp. 2), estimulando así el desarrollo de los propios procesos de externalización.

En efecto, como se sabe, la jurisprudencia se ha decantado por reconducir el concepto de propia actividad hacia la actividad inherente, la que corresponde al ciclo productivo de la empresa principal; esto es, las tareas inherentes a la producción de bienes o prestación de servicios específico que realiza esa empresa, excluyéndose pues las tareas complementarias o no nucleares ajenas a ese núcleo de actividades que necesariamente debería realizar directamente el empleador con sus trabajadores si no las hubiese contratado (por todos, Cruz Villalón, 1992, p. 130; Pedrajas Moreno y Sala Franco, pp. 34 y 35 y Pedrosa González, pp. 101 y 102).

Como la doctrina ha puesto de manifiesto, ninguna de las propuestas para delimitar el concepto de propia actividad es satisfactoria y aquella por la que se ha optado tiene ese efecto reductor de la protección al que se acaba de hacer mención (Nores Torres, pp. 116 y 117), además de olvidar que, realmente, ninguna de las tareas que se realizan en una empresa esta desprovista de conexión con su ciclo productivo y que la lógica tuitiva exigiría que el empresario que se aprovecha del trabajo de los empleados de un tercero, asuma frente a ellos las responsabilidades que deriven de esa situación (Gorelli Hernández, pp. 241 a 243).

Ello ha llevado a propuestas, tanto para redefinir el concepto de contrata al efecto de incorporar supuestos que hoy no se entienden como tales (por ejemplo Goerlich Peset, 2002, pp. 131 a 35 y Gorelli Hernández, pp. 226 a 232), como para acudir a un concepto

distinto al de propia actividad al efecto de delimitar la protección que el ordenamiento depara, señalándose con acierto que ese criterio delimitador debería atender a la finalidad primordial que se persigue con estas normas, que no es otra que la protección de los trabajadores frente a los riesgos de la insolvencia empresarial y frente a la aplicación de condiciones laborales inferiores (Nores Torres, p. 117).

En todo caso estas propuestas, lógicamente, son en general propuestas de lege ferenda, por más que alguna aproximación hacia las mismas podría hacerse revisando la jurisprudencia que al respecto existe para aproximarla a los objetivos deseables, que no deberían ser otros que una más eficaz protección de los trabajadores sometidos a procesos de descentralización productiva.

Por otro lado, la respuesta es abiertamente insuficiente cuando se contemplan contrataciones en el ámbito internacional, encargándose tareas a empresas radicadas fuera del Estado español. La territorialidad inherente a las normas laborales – tanto estatales como convencionales - impide que en esas relaciones puedan aplicarse los elementos tuitivos de nuestro régimen regulador de la contrata (Sanguineti Raymond, pp. 227). Sólo la reacción mediante la actuación del sindicalismo internacional y experiencias como los Códigos de Responsabilidad Social y otras similares intentan dar respuesta a estas situaciones, pero las más de las veces estas situaciones se producen sin regulación alguna.

Junto a estas respuestas insuficientes, la jurisprudencia ha sido especialmente complaciente con los fenómenos de externalización, especialmente en materia de subcontratación, cuando ha permitido que se vinculase la duración de la contrata con la del contrato del trabajador, admitiendo así realizar un contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata. La solución siempre me ha parecido criticable y ya tuve ocasión de referirme a ello en un pasado número de la Revista de Derecho Social.

Desde luego me parece que esa doctrina produce un desplazamiento del riesgo empresarial al trabajador que es inaceptable; la estructura de muchas empresas dedicadas a contratar con otras descansa, esencialmente, sobre el conjunto de los trabajadores; por ello si se elimina la protección frente al despido, prácticamente se elimina el principal y casi exclusivo riesgo de estos empleadores.

Por otro lado se admite esta contratación temporal en atención exclusivamente a un concierto de voluntades entre dos empleadores que no responde a ninguna causa objetiva y que, por tanto, deja en sus manos la eliminación de la estabilidad en el

empleo por su única y exclusiva voluntad. No quiere decir que no quepan situaciones temporales que justifiquen el recurso a la contratación para obra o servicio determinado; existirán siempre que la contrata atienda necesidades temporales del empleador principal; pero cuando se atienden necesidades permanentes de éste, la única razón de que la contrata tenga una duración limitada es la voluntad de los dos empleadores implicados en la operación que así lo acuerdan. Nada impediría, y es más sería lo lógico, que los servicios se atiendan mediante un contrato indefinido, sujeto a causas de resolución lógica que, de operar, podrían dar lugar al despido de los trabajadores afectados, tal como veremos ha admitido el Tribunal Supremo.

No hay pues razón objetiva lógica para que ese contrato entre los dos empleadores sea temporal y, por ello, no la hay para que se convierta en causa de contratación temporal con los trabajadores.

Puede matizarse lo anterior en el ámbito público, donde las reglas de contratación administrativa pueden conllevar la necesaria temporalidad de determinadas contrataciones, pero en ese caso, como ya manifesté, nada impediría que se entendiese razonable la utilización del contrato para obra o servicio determinado, pues en esos supuestos sí que la contrata tiene una dimensión temporal objetivamente justificada.

Razonablemente, pues, podría admitirse el uso de contratos de trabajo temporales en las contrataciones limitadas temporalmente por razones objetivas, entre las que podrían estar las reglas que regulan la contratación administrativa, pero no en aquellas que atienden servicios o trabajos permanentes para el empleador principal.

La jurisprudencia comentada no ha hecho esa distinción y es causa de un importante porcentaje de la contratación temporal excesiva que existe en nuestras relaciones laborales.

Sin duda ha imperado una lógica facilitadora de la flexibilidad empresarial y de la extensión de los fenómenos descentralizadores que, llevada hasta ese extremo, no puedo compartir, uniéndome desde luego a la doctrina que ha criticado abiertamente esta solución (por todos Cruz Villalón, 2000, p. 278, Sanguinetti Raymond, p.,248 a 252 y Valdés Dal-Ré, p. 2 y 3, etc.), que uno nunca desespera de pensar que se rectificará en el sentido matizado que he expuesto, sin dejar de olvidar, pese a esa interpretación matizada, que en la lógica del funcionamiento empresarial para muchas de estas empresas su actividad permanente es, precisamente, actuar como contratistas y subcontratistas (Alzaga Ruiz, I., p. 36) por lo que no tienen más causa de temporalidad que la de cualquier otro empleador que también atiende pedidos temporales, diversos

clientes, etc. y que, ante la falta de trabajo, siempre puede acudir a los mecanismos extintivos que nuestro derecho le ofrece.

Como se aprecia, al menos en mi opinión, la respuesta del ordenamiento laboral y su interpretación jurisprudencial resultan insuficientes y en ocasiones complacientes.

No quiere ello decir que el recurso a la externalización y a la subcontratación deban ser ilegalizados, sería absurdo; de lo que se trata es de establecer mecanismos de protección eficaces, que conlleven un equilibrio entre la flexibilidad que estas fórmulas ofrecen a los empresarios y la protección de los trabajadores que se ven afectados por ellas (Cruz Villalón, 1994, p. 23), que eviten, en definitiva, que la única finalidad del recurso a las mismas sea abaratar costes y defraudar la aplicación del ordenamiento laboral (por todos Sanguinetti Raymond, p. 223), con los efectos dualizadores y precarizadores que ello conlleva.

3. La doctrina general de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de despido objetivo por descentralización de actividades.

En principio la vinculación del Tribunal Supremo con la materia de despido objetivo por descentralización de actividades tiene una doble vertiente.

Por un lado, en la solución que parece menos conflictiva, el Tribunal Supremo ha abordado la relación entre ambas circunstancias en la empresa contratada.

La relación es evidente, si ésta pierde el servicio contratado por causa lógica o pactada, se le produce una disminución de actividad que, en su caso, puede justificar el despido del personal con el que atendía las obras o servicios contratados que ya no ha de realizar. El supuesto, sin duda, es marginal por la alta utilización de los contratos temporales vinculados a la contrata, que en todo caso finalizarán por este mismo motivo, pero, de haberse producido contrataciones no vinculadas a la duración de la contrata, existirá causa de despido objetivo – y en su caso colectivo – por el motivo indicado, sin que obste a ello que la finalización de la contrata sea algo que en buena lógica podía entenderse como previsible (Goerlich Peset, 2008, p. 4), lo que no le priva de ser un hecho cierto que puede producir una disminución del número de trabajadores necesarios.

No es extraño, pues, que el Tribunal Supremo haya admitido en estas situaciones la procedencia del despido por causas objetivas, en alguna sentencia con cierta timidez, aludiendo a la concurrencia de circunstancias especiales sobrevenidas (STS de 7 de

junio de 2007, Rec. 191/2006) y posteriormente ya sin dudas (SSTS de 31 de enero de 2008, Rec. 1719/2007 y de 12 de diciembre de 2008, Rec. 4555/2007).

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha analizado la utilización del despido objetivo con posterioridad o como consecuencia de que una empresa decide externalizar parte de sus actividades.

Como ya he dicho, la existencia de una lista de sentencias que abordan la relación entre la descentralización productiva, en general relativas a la subcontratación de obras y servicios, y el despido objetivo motivado por la decisión de acudir a ella, permite apuntar que existe una doctrina del Tribunal Supremo en materia de despido objetivo por externalización de actividades.

En esta materia el Tribunal Supremo, antes de la reforma del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Ley 8/1997 y la Ley 63/1997, ó, sin entrar a mayores consideraciones sobre la misma, había admitido que la descentralización productiva o externalización de funciones no es en sí misma una causa para la extinción de los contratos de trabajo, aunque sí puede serlo cuando concurra ante ciertas circunstancias, concretamente cuando se demuestre que es medio hábil para asegurar la viabilidad o competitividad de la empresa, siendo decisorio, además, que se demuestre que la contrata es un medio racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un mero medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (Sentencias de 21 de marzo de 1997, Rec. 3755/1996; 30 de septiembre de 1998, Rec. 4489/1997; de 3 de octubre de 2000, Rec. 651/2000 y de 4 de octubre de 2000, Rec. 4098/1999, dictadas estas dos últimas en Sala General).

Se podía ver, pues, que inicialmente, aunque no se descartaba que la descentralización productiva pudiese conducir a la extinción por causas objetivas, en realidad ésta se admitía no por la descentralización, sino por la falta de viabilidad o competitividad de la empresa, marco en el que podía analizarse si la descentralización contribuía a superar esa situación o no.

Generalmente estos despidos se amparaban en causas organizativas, derivadas de que al optarse por la descentralización, como vía lógica de superación de los problemas existentes, si no se reducía la plantilla se producía una duplicidad de trabajadores, pero como se ha expuesto, en realidad, esa justificación u otras similares tenían cabida en general por las causas del artículo 52 c) del ET, dependiendo la alegación de una u otra del impacto en la actividad empresarial de los problemas a solucionar (Sola Monell, pp. 190 a 192).

En esta etapa la doctrina del Tribunal Supremo podía entenderse en general, aunque no todas las sentencias fuesen coincidentes y podían detectarse matices entre ellas (Fernández López, pp. 414 y 415), como restrictiva (Esteve Segarra, pp. 511 y 512) pero, pese a ello, también podía objetarse pues dejaba una puerta abierta bastante amplia, especialmente porque toda la regulación legal y la doctrina jurisprudencial en torno a la subcontratación podía permitir que ésta implicase un abaratamiento considerable de costes que se convirtiese en justificación del despido.

Conviene no olvidar que, como ya dije, legalmente la existencia de una contrata permite que a los trabajadores de ese empleador contratado o subcontratado se les aplique el convenio de su empresa o sector, que puede ser notablemente inferior al que venía aplicando el empleador principal; además no es un factor despreciable, tampoco, la posibilidad introducida por la jurisprudencia de que esos trabajadores sean contratados temporalmente mediante contratos para obra o servicio determinado. Incluso no debe ignorarse que por esta vía se sustituyen trabajadores con antigüedades considerables por otros nuevos con peores condiciones económicas y contratación más precaria.

En el fondo, esta doctrina, salvo que se aplique muy restrictivamente, favorece un cierto efecto de sustitución de empleo fijo por otro más precario y barato, contribuyendo así a la precarización del empleo, objetivo contrario a lo que parece necesario en nuestras relaciones laborales.

En todo caso en ese primer momento parece claro que, sin descartar la posibilidad y pese al riesgo de abrir la puerta, la interpretación del Tribunal Supremo no era lo amplia que ha llegado a ser, al menos en alguna sentencia concreta.

Cuando el Tribunal Supremo tuvo que reconsiderar las modificaciones introducidas en 1997 en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, que ahora admitía el despido objetivo por *“causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”*, pero sin olvidar que esa admisión sólo se produce *“cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”*, entendió en primer lugar que se exigía una presencia de dificultades actual, unos problemas perceptibles y objetivables, de tal manera que la amortización de los puestos de trabajo debía ser una reacción frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas y no frente a hipótesis o proyectos de mejora, iniciativas o anticipaciones del empleador, que justificarían otras medidas pero no el despido objetivo (Sentencias de 21 de julio de

2003, Rec. 4454/2002; 17 de mayo de 2005, Rec. 2363/2004; 10 de mayo de 2006, Rec. 725/2005; 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005; 11 de octubre de 2006, Rec. 3148/2004; 23 de enero de 2008, Rec. 1757/2007, etc.).

En segundo lugar, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, asumiendo que la nueva redacción del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores suponía desvincular las causas en él contempladas de lo previsto en el artículo 51 del mismo texto legal, lo que por cierto, como se ha puesto de relieve, implicaba individualizar el régimen causal de la modalidad más importante del despido objetivo (Baylos Grau y Pérez Rey, p. 93), optaba por la interpretación más flexible del citado precepto entendiendo que, tras su reforma, las dificultades para el funcionamiento empresarial no necesariamente habían de ser de tal entidad que pusiesen en peligro la viabilidad futura de la empresa o el empleo en la misma (Sentencias de 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005; de 23 de enero de 2008, Rec. 1757/2007, etc.).

Normalmente para esta jurisprudencia esas dificultades se reflejarán en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado, etc., pero es una lista abierta sujeta a lo que en cada caso pueda establecerse (Sentencia de 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005).

Esta interpretación más flexible de la causa de despido contemplada en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, ya fue advertida prontamente por alguna doctrina como uno de los principales riesgos de la reforma laboral de 1997; esta doctrina entendía que se asumía y legalizaba la interpretación jurisprudencial flexibilizadora del precepto (por todos Alarcón Caracuel, pp. 78 a 81) o, cuando menos, que existía un riesgo evidente en la interpretación que al respecto podían efectuar los órganos judiciales (Escudero Rodríguez, 52 y 53).

Si ya antes se dijo que la puerta se había abierto, ahora se abre mucho más, especialmente porque la jurisprudencia ha insistido en la interpretación flexibilizadora, olvidando el inicio del mandato legal: la exigencia de que el despido se admita solamente cuando *“exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”*.

No cabe legalmente el despido en otros supuestos y ello obliga al órgano judicial a razonar al respecto, sin renunciar en ese sentido a sus facultades de control para determinar si realmente el despido es necesario.

Sorprendentemente es aquí donde más criticable se vuelve la doctrina comentada, pues las soluciones del Tribunal Supremo renuncian parcialmente a sus facultades, con la consiguiente quiebra de la tutela judicial efectiva que el trabajador debe obtener en este sentido, señalando reiteradas sentencias que el control judicial, previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para superar las dificultades que impidan su buen funcionamiento, se ha de limitar a comprobar si la medida (la subcontratación y consiguiente extinción contractual) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, si se ajusta o no al estándar de conducta del buen comerciante (Sentencias de 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005 y de 2 de marzo de 2009, Rec. 1605/2008). Se resuelve así el debate acerca de si la medida debía justificarse en la necesidad o podía basarse en la mera conveniencia (Albiol Montesinos, p. 71), en gran medida en favor de esta última opción.

Esta limitación de la función judicial no está en la norma, más bien quiebra esa norma, pues impide que se compruebe el elemento esencial de la misma, que no es otro que determinar si realmente se está ante una amortización de puestos de trabajo que es necesaria o si, por el contrario, aun siendo una decisión mejor en términos empresariales no es necesaria, en cuyo caso legalmente no procede.

La ley no acoge el estándar de la prudencia, de la razonabilidad empresarial, sino expresamente el de la necesidad de la medida, bastante más exigente y riguroso.

Cuando menos habrá que convenir en que, como se ha expuesto, las causas que justifican el despido habrán de tener “gravedad”, lo que si bien puede no asociarse necesariamente a que de no solventarse aquellas se produjese el cierre de la empresa, si requiere que las alegadas constituyan obstáculos de importancia que pongan en algún peligro la supervivencia de la empresa (Del Valle Villar, p. 75).

No se entiende, pues, la relativa renuncia a aplicar la norma legal y a ejercer las funciones de control que de ella se derivan, en aras a otras consideraciones muy respetables pero que deben subordinarse al claro mandato legal.

No hacerlo es olvidar que el régimen del despido, todo él, descansa sobre un equilibrio que encuentra razón constitucional, no sólo en el derecho al trabajo, sino también en el mandato de igualdad.

El derecho al trabajo debe implicar una eficaz protección de la estabilidad en el empleo y por tanto debe deparar una protección frente a extinciones injustificadas o no necesarias.

Pero, además, el mandato de igualdad en un Estado Social, comprometido, pues, con la eficacia de los derechos reconocidos a sus ciudadanos, exige constitucionalmente la protección del contratante débil.

Al respecto no se puede ignorar que la empresa es el ámbito en el que se produce un conflicto de poderes, conflicto además muy complejo en el que se contraponen el poder del empleador al del trabajador, pero también se producen otros muchos conflictos de poderes como el que se da entre lo individual y lo colectivo.

En este sentido un elemento esencial en esa contraposición, en ese conflicto, es el despido. Éste es una poderosa arma empresarial y por eso históricamente siempre el Derecho del Trabajo ha intentado establecer contrapesos en la materia. Nuestro sistema legal ha establecido esos contrapesos llegando a una solución equilibrada que, en todo caso y al margen de lo que los agentes sociales y económicos pudieran negociar, sólo a la voluntad de los ciudadanos a través de sus representantes elegidos corresponde alterar.

Como se ha expuesto, el despido no puede valorarse en clave estrictamente contractualista, prescindiendo de la consideración de ciudadanía del trabajador y de la radical negativa de la igualdad que el despido implica, constituyendo un auténtico acto de violencia privada (Baylos Grau y Pérez Rey, p. 49).

Sorprendentemente estamos asistiendo a una jurisprudencia que, no siempre pero sí en ciertos casos, altera ese equilibrio o, cuando menos, aprovecha cualquier resquicio que deja el legislador para realizar las interpretaciones más favorables a la admisión del despido y, por tanto, al poder del empresario, del conjunto de los empresarios.

Ejemplos tendríamos muchos pero se podrían señalar algunos que encontramos en la jurisprudencia o en la práctica habitual de nuestros órganos judiciales: la desaparición de la consideración como despido nulo del despido sin causa, desvirtuando así el régimen causal del despido; la consideración como mero despido improcedente del despido motivado por enfermedad del trabajador; la aceptación del reconocimiento de improcedencia del despido y consignación de la indemnización como alternativa al despido colectivo, olvidando que en esos casos, existiendo un despido colectivo, el despido efectuado prescindiendo de los correspondientes trámites debe ser considerado nulo, incluso de oficio, conforme al artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral; o, en referencia a este comentario, la interpretación flexible de las causas de despido objetivo.

En esa quiebra de la protección frente al despido, ese control judicial limitado, débil, del acto del despido contribuye esencialmente al reforzamiento de las estrategias empresariales y debilita aún más al contratante débil, al trabajador, por lo que ni legal ni constitucionalmente resulta admisible.

Es más, por esa vía se llegan a admitir despidos objetivos que parecen responder más bien a la mera conveniencia empresarial, como pone de relieve el voto particular a la sentencia de 31 de mayo de 2006 ya reiteradamente citada, o a soluciones tan sorprendentes como la de la sentencia que se comentan a continuación.

En efecto, si bien la descentralización parece que se admite como causa de despido solamente si responde a una dificultades previas y se convierte, al menos, en una contribución a superarlas, lo cierto es que un análisis de algunas sentencias evidencia que se están admitiendo despidos objetivos sin que así ocurra.

Al respecto son paradigmáticas dos sentencias, habitualmente citadas, las de 3 de octubre de 2000 (Rec. 651/2000) y de 4 de octubre de 2000 (Rec. 4098/1999).

En estas sentencias se contempla la necesidad de amortizar puestos de personal médico y sanitario por una empresa que había concertado y externalizado los servicios de prevención internos, en los que aquellos venían trabajando, que pasaban a ser asumidos por una Mutua.

Pues bien, en ambos casos, la solución admite la razonabilidad del despido siempre que los servicios concertados cubran todas las actividades que venían realizando los despedidos, porque, según se afirma, lo contrario conduciría a una duplicidad de personas y un solapamiento de actividades que serían contrarios a una adecuada organización de los servicios.

Claro, si atendemos a esta doctrina y al supuesto de hecho resuelto, pese a que el Tribunal Supremo afirme que estas sentencias continúan su línea anterior, la misma se ha desbordado pues nada indica en estas sentencias que existiese una dificultad precedente a la decisión de externalizar los servicios, ni nada indica, antes al contrario visto el razonamiento del órgano jurisdiccional, que la dificultad posterior estuviese provocada por motivo distinto que el de recurrir a una medida, la externalización de los servicios, que no se justifica en modo alguno que fuese necesaria.

Ya no se exige causa previa, ya no se exige dificultad distinta de la que deriva de la propia externalización o contratación de obras o servicios, lo que, como se expuso, supone un alejamiento considerable de la línea interpretativa tradicional del propio Tribunal y justifica los despidos en atención a un elemento que está en toda decisión de

subcontratar, pues no es otro que la mera decisión de externalizar (Esteve Segarra, p. 519).

Es verdad que, como razonaré, posteriormente el Tribunal Supremo en otras sentencias insiste en la necesaria concurrencia de dificultades previas frente a las que la externalización se convierte en una reacción admisible, pero, en mi opinión, de nuevo se vuelve a un criterio flexibilizador exagerado en la STS de 2 de marzo de 2009 (Rec. 1605/2008), sobre la que ya he tenido ocasión de pronunciarme en extenso en un número de la Revista de Derecho Social.

En esa sentencia se señala como una dificultad previa, que justifica la externalización, el hecho de que una lavandería de un hospital se encontraba en un patio interior de manzana fuera de ordenación. Nada se dice de las dificultades adicionales que planteaba ello, ni se analiza el concepto urbanístico de fuera de ordenación que, de por sí, puede suponer simplemente una imposibilidad de hacer obras de futuro sin ajustarse al planeamiento establecido, ni se indica que haya habido alguna actuación administrativa que objetase la continuidad de los servicios en la forma en la que se venían produciendo. Conforme a la sentencia, nada puede deducirse al respecto.

Es verdad que formalmente no se rompe con la tendencia que exige dificultades previas a la decisión de subcontratar la actividad, pero sí con la exigencia de que esas dificultades sean reales y actuales y no meramente hipotéticas; en este supuesto las dificultades se convierten en una abstracción, en una mera posibilidad futura de que existan, lo que por otro lado podría no ocurrir jamás y basta hacer un paseo por nuestras ciudades para apreciar cuantos edificios están fuera de ordenación sin que eso implique problema alguno.

La sentencia se enmarca en una comprensión frente a la descentralización, en concreto frente a la subcontratación, técnica que la sentencia califica, no sólo como razonable, sino casi como un derecho derivado de una técnica de explotación empresarial cada vez más extendida y que encuentra su apoyo legal en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 38 de la Constitución, lo que, sin dejar de ser cierto, no debería hacer olvidar que también el derecho al trabajo y la consiguiente protección frente al despido deberían limitar a sus justos términos ese derecho empresarial.

Como ya dije, es innegable que otras sentencias del Tribunal Supremo son más rigurosas al respecto y rechazan despidos que aparentemente no son necesarios aunque puedan mejorar la situación de la empresa, especialmente fundando ese rechazo en la inexistencia de dificultades reales y actuales (por ejemplo sentencias de 11 de octubre

de 2006, Rec. 3148/2004 y de 23 de enero de 2008, Rec. 1575/2007), pero la puerta abierta que implica la doctrina general en los términos antes expuestos lleva a esas otras soluciones que, en mi opinión, sujeta lógicamente a otras consideraciones distintas, cabe calificar cuando menos de poco acertadas y que evidencia, como dije, que la doctrina no es tan uniforme como parece.

De hecho algún autor percibe y destaca esa falta de uniformidad pese a que el Tribunal Supremo, a salvo de algún voto particular, se refiera a su doctrina como si no hubiese en ella diferencias (Rodrigo Sanbartolomé, pp. 106 a 151). Incluso alguna opinión doctrinal procedente del ámbito judicial percibe también esas diferencias, pero las intenta justificar entendiendo que la casuística es muy diversa y que, por tanto, cada supuesto ha de ser analizado en concreto, por lo que la solución descansa en buena medida en el ámbito de la prueba y las amplias facultades para su valoración por el órgano judicial, añadiendo que *“no se puede dejar de significar que el rigor de la exigencia en orden a la demostración de la referida conexión causal debe guardar una adecuada proporción con la dimensión de la empresa y con su concreta capacidad para aportar pruebas, y que sólo puede ser ponderada en cada caso concreto”* (Morales Vallez, pp. 55 y 56), observación que, por cierto, ya había sido hecha por alguna de las sentencias que más flexibilizan la admisión de los despidos, como la de 4 de octubre de 2000 (Rec. 4098/1999), que había indicado que en la materia no caben soluciones absolutamente unificadoras sino que las soluciones debían hacerse ponderando cada caso en concreto, lo que, por otro lado, para alguna doctrina científica enlazaba con el supuesto muy particular resuelto en la sentencia que permitía pensar que la solución adoptada en la misma, en extremo complaciente con el despido por externalización, no llegase a generalizarse (Esteve Segarra, p. 520).

Al margen de esto último, lo que se está exponiendo es, sin duda, un buen ejemplo de la razonabilidad y comprensión hacia los intereses empresariales que evidencia en muchos casos la doctrina judicial, cuando en estas situaciones el perjudicado principal es quien pierde su puesto de trabajo.

Por cierto, a la vista de estas soluciones parece que se eliminaría el temor a que unos despidos basados en la lógica de la gestión de la empresa, reciban un control que no se ajuste a dichos criterios y la consiguiente utilización de vías alternativas, como el despido con reconocimiento de improcedencia (Lahera Forteza, pp. 512-514)

En todo caso, es justo reconocer que en la doctrina del Tribunal Supremo existen elementos que permitirían, al menos, limitar considerablemente el recurso al despido

objeto por subcontratación y reducirlo a límites más razonables, sobre todo si, como exigen bastantes sentencias, el mismo se reduce a supuestos de reacción frente a dificultades ya actualizadas, acreditadas y que no derivan del simple hecho de haber externalizado los servicios, sino que son previas a esa decisión pues, en caso contrario, ésta no sería una reacción frente a aquellas.

Se conecta así con la doctrina científica mayoritaria que rechaza que estos despidos puedan deberse simplemente a razones de oportunidad o al mero incremento del beneficio empresarial (por todos, Fernández López, p. 414; Gorelli Hernández, pp. 88 y 89; Molina Navarrete, p. 27; Sola Monell, p. 172, etc.).

Ello me lleva a hacer un resumen de la doctrina del Tribunal Supremo que permita identificar los elementos limitadores del despido de aquellos otros que lo facilitan, en mi opinión, excesivamente.

4. Resumen y crítica de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia.

Una vez que se ha expuesto que el Tribunal Supremo admite que ciertas decisiones de descentralización productiva pueden conducir al despido objetivo y se ha expuesto su doctrina al respecto, contrastándola con las opiniones doctrinales y con mis valoraciones sobre la misma, aún a riesgo de alguna repetición, cabe recapitular esa jurisprudencia, para resumirla, identificar los términos concretos en los que se admite la mencionada posibilidad y expresar una valoración última al respecto.

Lo anterior puede hacerse contestando a una serie de preguntas básicas:

- 1ª) ¿Es la descentralización, en sí misma, la concreta causa de despido objetivo?
- 2ª) ¿El despido ha de responder a dificultades reales previas a la decisión descentralizadora?
- 3ª) ¿El empleador ha de justificar la necesidad del despido y, por tanto, que no son viables otras medidas y que las mismas son eficaces para superar la situación? O, por expresarlo en otras palabras ¿Hasta dónde alcanza el control judicial?.

Sin duda, conocer las respuestas puede permitir valorar el grado de admisión de estos despidos en la jurisprudencia.

Por otro lado, es cierto que algunas de estas cuestiones son comunes a todos los despidos objetivos pero, aún así, es bueno que se analice su aplicación en el supuesto concreto porque, ciertamente, como ya tuve ocasión de exponer, si es verdad que ya en esta materia es difícil reconstruir una doctrina jurisprudencial general, más aún lo es en el caso del conjunto de las extinciones objetivas por causas económicas, técnicas,

organizativas o de producción, en el que las soluciones están muy influenciadas por el supuesto concreto y adolecen muchas de veces de dificultad para generalizarse, lo que por otra parte deriva de que en muchos casos esa doctrina ha de extraerse de decisiones de inadmisión por falta de contradicción, de comentarios *obiter dicta* lo que hace relativa su importancia en cuanto doctrina general.

Intentaré dar respuesta crítica a cada una de las interrogantes formuladas.

1ª) Si se atiende a lo que sustenta la teoría general del Tribunal Supremo que se ha reflejado, la decisión empresarial de descentralizar no puede justificar por sí misma el despido objetivo.

Esa decisión puede adoptarse en el marco de un contexto normal que no justifica la extinción de los contratos de trabajo.

Ni siquiera el ahorro de costes que la medida implica y que por tanto reportará en mayores beneficios para la empresa justifica de por sí el despido, pues el despido objetivo se concibe como una medida reactiva frente a dificultades empresariales, tanto en la ley, como en la doctrina del propio Tribunal Supremo (Sentencias de 21 de julio de 2003, Rec. 4454/2002; 17 de mayo de 2005, Rec. 2363/2004; 10 de mayo de 2006, Rec. 725/2005; 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005; 11 de octubre de 2006, Rec. 3148/2004; 23 de enero de 2008, Rec. 1757/2007, etc.).

Por eso no parecen ajustarse a esta dirección sentencias como las de 3 y 4 de octubre de 2000, ya citadas, en las que la única causa del despido es la duplicidad de plantillas que provoca la decisión de subcontratar ciertos servicios hasta entonces asumidos con personal propio. Admitir el despido en estos casos supone convertir a la decisión descentralizadora en la única causa del mismo, pues es esa opción empresarial la que provoca la duplicidad de personal. Pretender separar esa situación de existencia de personal que ya no se necesita del hecho que la motiva, la propia decisión empresarial, que no era necesaria, es absolutamente artificial y sólo puede entenderse para hacer aparentar que se respetaba la doctrina general a la que se ha hecho mención.

Tampoco, pese a que reiteren esa doctrina general, son comprensibles, no los fallos, sino ciertos razonamientos que introducen las sentencias de 10 y 31 de mayo de 2006, que se acaban de citar, que dan mucha relevancia al ahorro de costes que la empresa obtiene al descentralizar los servicios que prestaban los trabajadores despedidos, lo que, como se ha visto, no justificaría sin más el despido, aparte de que posiblemente la dimensión económica de la cuestión reconduciría la causa a la económica y exigiría en

consecuencia que el empresario acreditase una situación económica negativa. No obstante lo anterior, es bien cierto que las citadas sentencias se cuidan de señalar que existían, además de ese ahorro de costes, otras dificultades y problemas objetivos que conducían a la medida adoptada. Si esos problemas existían es evidente que las sentencias no pueden entenderse como una ruptura de la línea general, por más que podían haber prescindido absolutamente de la mención al ahorro de costes que, si no se enmarca en el supuesto resuelto en cada una de las sentencias y se pretende generalizar, puede conducir a resultados inaceptables.

En consecuencia hay que responder que la descentralización y en concreto la subcontratación no son causa de despido objetivo.

En todo caso, y aquí puede debatirse el mayor o menor sesgo restrictivo aplicable, la descentralización puede admitirse como una medida que tienda a superar dificultades reales y, por tanto, son esas dificultades las que hacen inviable la continuidad de los puestos de trabajo, conduciendo a la adopción de medidas descentralizadora para mantener la producción, servicio, trabajo en general que prestaban los trabajadores cuyos puestos se amortizan, lo que, como ya se sabe, en la doctrina general del Tribunal Supremo no implica necesariamente que las funciones que realizaban desaparezcán, doctrina que precisamente está en la base de admitir que pueden simultanearse la amortización de puestos en la plantilla de la empresa y la contratación con otro empresario de las funciones que esos trabajadores venían realizando.

Partiendo de esa premisa y salvando la crítica a las sentencias que se apartan de la doctrina que parece general ésta, hasta aquí, puede admitirse, no sólo como fundada, lo que obviamente siempre lo está, sino como razonable, sin perjuicio de que quepan interpretaciones más restrictivas.

2ª) En cuanto a la segunda cuestión está, evidentemente, muy relacionada con la que se acaba de exponer. Si el despido objetivo es una medida reactiva, es obvio que sólo procederá ante una situación que exija una reacción. Por lo tanto el despido sólo puede proceder si es la respuesta a la presencia de dificultades que sean actuales, la respuesta a unos problemas objetivos que ya se estén produciendo o que necesariamente van a producirse en plazo inmediato.

Si se quiere mantener este despido en unos términos razonables, el mismo sólo es concebible como una reacción frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, sin que pueda fundarse en hipótesis de futuro, en proyectos de mejora que han de realizarse

posteriormente pero que no responden a dificultades concretas o en iniciativas y anticipaciones del empleador que tampoco respondan a esa existencia actual y cierta de problemas (Sentencias de 21 de julio de 2003, Rec. 4454/2002; 17 de mayo de 2005, Rec. 2363/2004; 10 de mayo de 2006, Rec. 725/2005; 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005; 11 de octubre de 2006, Rec. 3148/2004; 23 de enero de 2008, Rec. 1757/2007, etc.).

Es más, esta jurisprudencia insiste en muchos casos en que frente a situaciones en las que no existan dificultades, problemas ciertos, luego veremos la intensidad que éstos deben tener, los proyectos, iniciativas o anticipaciones empresariales pueden encauzarse a través de otras medidas, incluso acudiendo a las medidas de movilidad y modificación sustancial de condiciones de trabajo, para las que las normas legales exigen menos condicionantes que para el despido y que, normalmente, no resultan tan gravosas para el trabajador.

Se introduce así, un aparente escalonamiento en las medidas empresariales.

Un primer escalón serían aquellas medidas que no conducen al despido y que pueden adoptarse, en ciertos casos, cuando existan razones, pero razones que ha de valorarse en términos más flexibles que los previstos para el despido, tal como también parece deducirse del tenor literal legal si se comparan los artículos 39, 40 y 41 del ET, con los artículos 51 y 52 del mismo texto legal.

Después estarían en otros escalones los despidos, como veremos en opinión del Tribunal Supremo, realmente en dos escalones, el segundo el despido objetivo que exigiría ya razones más importantes (dificultades o problemas actuales, concretamente superar una situación económica negativa o dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su situación competitiva o por exigencias de la demanda), pero, salvo en la causa económica, no tan intensas como las exigidas para el despido colectivo (superar una situación económica negativa, garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo).

Nuevamente y hasta aquí puede entenderse que la doctrina del Tribunal Supremo es razonable, pues el escalonamiento de medidas parece esencial para conseguir un equilibrio entre los intereses empresariales y los de los trabajadores, es más ese escalonamiento debería llevar a evitar que la medida más perjudicial para éstos, el despido, se adopte cuando otras soluciones son viables.

Es más ese escalonamiento resulta la interpretación más ajustada a los términos legales y en parte, como se ha dicho, se asume en la jurisprudencia, por más que también aquí

aparezcan sentencias en las que su aplicación parece obviarse y que, aunque manifiesten no romper con la línea jurisprudencial indicada, realmente son muy difíciles de encajar en la misma.

Por un lado, en algún caso existen discrepancias en el propio Tribunal Supremo acerca de si realmente hay una situación de dificultad o no en la empresa o si el despido simplemente mejora lo que ya está funcionando razonablemente. El debate puede verse en la sentencia de 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005, con voto particular al respecto. En todo caso, realmente ninguna de las dos posturas – la del fallo y la del voto particular – cuestionan la doctrina general, sino que más bien se centran en la discrepancia sobre la valoración de si la situación de dificultad existía o no. Cabe la sospecha acerca de si en la decisión mayoritaria pesó esencialmente el ahorro de costes que se obtenía, al que ya me referí, pero en todo caso conforme al texto de la sentencia sí que se consideró que existían otras dificultades.

Por otro lado y en clara ruptura, en mi opinión, con la línea general, están las dos sentencias ya citadas de 3 y 4 de octubre de 2000, y puede traerse aquí a colación la también citada, de 2 de marzo de 2009.

En cuanto a las dos primeras, como ya se dijo, no consta ninguna dificultad o problema que conduzca a la necesidad de externalizar el servicio que prestaban los despedidos. Se alude simplemente al derecho de la empresa a concertar con una entidad externa los servicios de prevención, pero obviamente ese derecho no refleja de por sí ninguna dificultad, ni es causa que justifique el despido.

Aunque se pretenda argumentar que es una facultad empresarial legalmente admisible y que deriva de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida, no puede obviarse que, de admitirse esto, en general, la descentralización también es una facultad reconocida por la ley y que deriva de la libertad de empresa, con lo cual la simple decisión de descentralizar podría justificar los despidos, lo que no parece lógico ni se acepta por la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo y es que, ciertamente, no puede aceptarse porque frente a esa opción empresarial se alza, como se dijo, el derecho al trabajo, constitucionalmente reconocido y que implica, entre otras cosas, la tutela frente al despido sin causa, frente al despido por simple voluntad del empleador.

No puede anteponerse sin más la libertad de empresa a esos otros derechos, de rango constitucional también en cuanto al derecho al trabajo.

Como siempre que colisionan derechos constitucionalmente reconocidos ninguno puede anular al otro y la conciliación debe establecerse en términos lógicos, términos que en el

despido el legislador introduce claramente mediante su causalización. En materia de despido objetivo la propia definición identifica la conciliación entre los derechos, estamos ante situación que se justifican objetivamente y no por la simple voluntad del empleador, por ello, si no existen problemas o dificultades que objetivamente justifiquen la decisión empresarial, ésta no puede ser adoptada, al menos, no si implica el despido de trabajadores.

En cuanto a la sentencia de 2 de marzo de 2009, estamos ante un supuesto de clara actuación no reactiva frente a dificultades presentes, sino de anticipación frente a hipotéticos problemas de futuro.

En efecto la sentencia alude a las evidentes dificultades que la empresa tenía, pero éstas no debían ser tan evidentes porque al final la única que aparece es que la lavandería estaba ubicada en un local fuera de ordenación urbanística. Si esto es así y si, como se razonaba con acierto por alguno de los órganos inferiores, esa situación venía de muchos años atrás y no había ocasionado problema ninguno, ni ahora se apreciaba cambio alguno de situación y ni siquiera había habido actuación administrativa alguna relativa a la falta de adecuación al planeamiento urbanístico, no se entiende dónde estaban las dificultades actuales y reales frente a las que el despido debía ser la reacción. Al final se acaba aceptando el despido objetivo, posiblemente en atención a una hipótesis de que en el futuro esa situación generará problemas, hipótesis además aleatoria pues no necesariamente ha de ocurrir así.

Estamos, pues, ante un despido no reactivo y por tanto fuera de lo que admite la doctrina generalizada, por más que la sentencia pretenda acomodarse a ella.

3ª) La tercera pregunta que requiere respuesta enlaza directamente con el sistema de control de la decisión judicial.

En efecto se trata de determinar si el empleador debe demostrar que el despido, entendido como una medida de “ultima ratio” es necesario y puede efectivamente ser eficaz, al menos en hipótesis realista, para solventar las dificultades o problemas detectados, lo que permite a los órganos judiciales un control más intenso de la razonabilidad, de la oportunidad de la medida empresarial; o si, por el contrario, basta con acreditar que existiendo dificultades y problemas reales y actuales, la descentralización puede ser una medida, una de entre las posibles, que pueda contribuir a superarlas y, por tanto, justifica el despido, sin que el empleador tenga que acreditar que no había otras alternativas menos gravosas para la estabilidad en el empleo,

rompiendo así con la lógica a la que debería conducir la tesis del escalonamiento de medidas a que antes hice mención.

La opción jurisprudencial se ha decantado por entender que el control judicial es limitado y se centra, exclusivamente, en determinar si la medida (la subcontratación y consiguiente extinción contractual) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, si se ajusta o no al estándar de conducta del buen comerciante (Sentencias de 31 de mayo de 2006, Rec. 49/2005 y de 2 de marzo de 2009, Rec. 1605/2008, entre otras). Incluso en la última de ellas se razonará que no se acredita la posibilidad de otra alternativa, invirtiendo lo que serían los términos probatorios lógicos, pues si es el empleador el que rompe la relación contractual, en su caso a él le correspondería probar que no existen otras alternativas y no hacer recaer esa prueba sobre los trabajadores, que además pueden tener una seria dificultad en tal sentido pues ni controlan el proceso productivo, ni la situación de la empresa, ni gestionan la misma, lo que justificaría en atención a la regla de la facilidad y disponibilidad probatoria, establecida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la carga de la prueba correspondiese totalmente al empleador. Al margen de que cabe cuestionarse el interés que habría tenido examinar la posibilidad de otras alternativas, si al final va a acabar reconociéndose una especie de derecho de opción del empleador entre las diversas medidas razonables.

Es cierto que el derecho de elección que se concede al empleador no es ilimitado, sino que se concreta en los términos de lo que sería la actuación de un empleador prudente, pero éstos son lo suficientemente ambiguos como para justificar bastantes cosas, especialmente si se introduce en ellos el componente de ahorro de costes lo que, como ya razoné, no debería hacerse si no se alega causa económica.

En mi opinión este es el elemento que más problemas de aceptación plantea en la doctrina del Tribunal Supremo, especialmente porque el precepto aplicado es susceptible de otra lectura que se ajusta mucho más a su tenor literal.

En efecto, en la tesis del Tribunal Supremo parece entenderse que si se dan las causas que cita el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, concretamente situación económica negativa o dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, y si éstas son realmente actuales y reales, el despido estaría justificado, correspondiendo al empleador decidir si lo aplica o si acude a otras medidas distintas, sin que le sea

exigible presentar una especie de plan de solución que justifique la posibilidad de solventar las dificultades.

En mi opinión esa interpretación supone una lectura incompleta del precepto, pues este contiene dos mandatos adicionales.

El primero, que aparece tras haber concretado las causas, es muy claro exigiendo que el empleador acredite *“una mejor organización de los recursos”*.

Sorprendentemente esta exigencia queda en el olvido, no ya en este supuesto de descentralización, sino en general en toda la interpretación del precepto.

En realidad, analizado rectamente ese requisito, se requiere que el empleador justifique que las medidas adoptadas van a suponer una reorganización que mejore la situación y ello difícilmente se puede hacer si no se acredita alguna de estas dos cosas: o bien que la existencia de una contratación externa y los consiguientes despidos van a contribuir decisivamente a solventar la situación, o bien que los mismos se enmarcan en un plan más amplio que puede llevar a la misma finalidad.

En un caso o en otro, el esfuerzo de justificación que debería exigirse al empleador parece ser mayor que el que se está exigiendo en la jurisprudencia.

No se excluiría con esta interpretación totalmente el derecho de elección del empleador entre las diversas medidas posibles, pero sí, cuando menos, se le obligaría a justificar una relación muy directa entre la superación de la situación y la medida descentralizadora que está en el origen de los despidos; es cierto que alguna sentencia razona al respecto, como ya se analizó, pero esta exigencia de justificación debería formar parte de la doctrina general de la Sala y no es claro contemplando ciertas sentencias que se mantenga así.

Pero es que, como dije, hay un segundo mandato que también se omite.

Las causas indicadas son las que pueden justificar el despido objetivo, pero no lo justifican sin más, porque no siempre esas causas darán lugar al mismo; si se lee íntegramente el precepto aplicable, esas causas sólo darán lugar a un posible despido, si de ellas se desprende que *“existe la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”*.

Es decir, la norma no contempla un automatismo: si se dan las causas ya hay necesidad de amortización; sino que exige un segundo elemento de justificación y, por tanto, está demandando, como ya avancé, una exigencia de control judicial más intenso; la norma requiere, en concreto, un juicio de necesidad, no de oportunidad, ni siquiera una remisión al patrón del buen empleador; es más, en términos exactos, si existen otras

alternativas razonables y que pueden conducir al mismo objetivo, la extinción contractual no es necesaria; será una de las alternativas posibles, pero no desde luego una medida necesaria.

Esta lectura se ajusta perfectamente al tenor literal del precepto, a su sentido íntegro e incluso al escalonamiento razonable de medidas que parece desprenderse de la norma legal; medidas menos intensas requieren menor justificación, medidas más intensas – y el despido lo es – exigen mayor justificación.

Es la lectura que además mejor se ajusta a un ordenamiento que sigue predicando la estabilidad en el empleo como un objetivo deseable, que respeta el derecho al trabajo sin ahogar la libertad de empresa, y que tiene en cuenta tanto los elementos contractuales como los de política social presentes en la tutela frente al despido.

Lógicamente que se predique un juicio de necesidad tampoco significa que ésta haya de ser una necesidad casi imposible de demostrar, se está aludiendo a una necesidad en los términos de un funcionamiento lógico de una empresa, una necesidad razonable si se quiere pero que excluya el despido cuando aparezcan otras alternativas como posibles o que impida el despido sin exigir al empleador que razone sobre la imposibilidad de otras alternativas que, en principio, en el supuesto que se contempla, la descentralización productiva, siempre podrían existir.

Creo que este es el elemento esencial que debería recuperarse en la interpretación jurisprudencial para situarla en unos términos más ajustados a la literalidad del precepto.

Mientras no se haga así me parece que sigue lanzándose un mensaje de complacencia hacia la descentralización productiva y que, de alguna manera, se potencia la sustitución de empleo fijo en las empresas principales por empleo temporal, y generalmente más precario, en las contratadas y subcontratadas.

5. Conclusiones

Como acabo de exponer, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia hay sin duda elementos razonables e incluso la que se presenta como doctrina general aparece como mucho más razonable que la expansión de la misma que producen algunas sentencias que, aunque afirmen no romper con esa doctrina general, son difícilmente compatibles con la misma.

En todo caso, creo que en algún aspecto cabe una interpretación que se ajuste mejor a una lectura más literal del precepto y que, en consecuencia, responda mejor a las garantías que en materia de despido la norma legal intenta imponer.

En este sentido es importante resaltar que las normas legales en el ámbito de las relaciones laborales responden en no pocas ocasiones a ejemplos de legislaciones pactadas y casi siempre son fruto de un complejo equilibrio entre los intereses en juego. Esto se hace patente especialmente en materias como el despido.

La regulación del despido no atiende exclusivamente al interés contractual de las partes, aunque ciertamente también lo tiene en consideración; atiende a muchas consideraciones: de política de empleo, de protección social, de equilibrio en las relaciones de poder en la empresa, de determinación del nivel de intervención sindical.

Es además una regulación que ha de valorarse en conjunto con otras disposiciones relativas a la contratación, a la flexibilidad interna (movilidad, modificación de condiciones, etc.) y con la evolución de la negociación colectiva.

Es evidente que en los despidos relacionados con el funcionamiento empresarial la libertad de empresa y el poder de organización empresarial son elementos importantes a tener en cuenta, pero también lo son el derecho al trabajo, la exigencia de igualdad, la protección del conjunto de derechos fundamentales del trabajador en la empresa y como ciudadano.

Por otro lado, no debe dejarse de lado que, desde la pura óptica contractualista, se está resolviendo sobre una ruptura contractual decidida unilateralmente por uno de los sujetos de la relación y que, cuando esto se produce, parece exigible deparar una suficiente protección al contratante débil, el trabajador, que es quien además no adopta la iniciativa de romper la relación contractual.

Si a ello se anuda el respeto a las otras finalidades presentes en la regulación del despido, es posible que haya que reconsiderar algún aspecto de la doctrina jurisprudencial en materia de despido objetivo por subcontratación, especialmente para exigir un mayor esfuerzo de justificación de la medida a quien decide subcontratar trabajos que hasta ese momento venía realizando.

Bibliografía citada:

- Alarcón Caracuel, M.R. “EL Fomento de la Contratación Indefinida y la Facilitación del despido”, en AA.VV. (Asociación española de Iuslaboralistas), *Las Reformas Laborales de 1997*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Albiol Montesinos, I. “El RDL 8/1997, de 16 de mayo y el Acuerdo Interconfederal sobre estabilidad en el empleo”, en AA.VV. *La reforma laboral de 1997*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- Alzaga Ruiz, I. *Contratación temporal: un estudio jurisprudencial*, Madrid, Edersa, 2000.
- Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J. *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.
- Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 114 a 162.
- Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo*, nº 13, 1994, pp. 7 a 33.
- Cruz Villalón, J. “Outsourcing y relaciones laborales” en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2000, pp. 249 a 326.
- Del Valle Villar, J. M. “El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 8, 1998, pp. 67 a 85.
- Escudero Rodríguez, R. “El Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el empleo y su traslación legislativa: significación general”, en AA.VV. (Asociación española de Iuslaboralistas), *Las Reformas Laborales de 1997*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Esteve Segarra, M. A. “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa. A propósito de las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000, Recursos 651/2000 y 4098/1999”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 2001, pp. 503 a 522.
- Fernández López, M. F. “Descentralización productiva, contrata y despido por causa organizativa” en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- García-Moreno, J. M. “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico”, en

AA.VV., (Pedrajas Moreno, A., director), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Goerlich Peset, J. M. “Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata”, *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, 2008.

Goerlich Peset, J. M. “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, en AA.VV., (Pedrajas Moreno, A., director), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Gorelli Hernández, J. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007.

Lahera Forteza, J. “Procedencia del despido objetivo por externalización de la actividad: la juridificación del interés empresarial en el despido (STS 4ª de 10 de mayo de 2006)”, *Relaciones Laborales*, I, 2007, pp. 509 a 514.

Morales Vallez, C. E. “La externalización productiva como causa en el despido objetivo”, *Tribuna Social*, nº 179, 2005.

Molina Navarrete, C. “Los despidos <<por causas empresariales>> en el ámbito de las empresas con estructura de grupo”, *Tribuna Social*, nº 98, 1999, pp. 19 a 28.

Nores Torres, L. E., *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

Rodrigo Sanbartolomé, F. A. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y su aplicación al supuesto de descentralización productiva*. Inédito, Valencia, 2009 (no es habitual citar trabajos inéditos, pero hay ocasiones en que es imprescindible. Esta obra, que sin duda antes o después verá la luz, es un magnífico trabajo de investigación hecho por un profesional, bajo la dirección del Profesor Goerlich Peset en la Universidad de Valencia, que realiza un análisis de la jurisprudencia en la materia – y en general de toda esta materia -extraordinariamente clarificador).

Sanguinet Raymond, W. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, en *Revista de Derecho Social*, nº 33, 2006, pp. 219 a 258.

Sola Monell, X. “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva”, en AA.VV (Del Rey Gunter, S., director), *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Valdés Dal-Ré, F. “Contratas y subcontratas : las reformas pendientes”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007, pp. 21 a 30). Versión electrónica utilizada disponible en <http://revista-relacioneslaborales.laley.es/vaps/generico/rrlabo/rrlabo.cfm?sgid=7287817.369.3.1071328500.24221844>, pp. 1 a 5.