

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS EN CASO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

**FRANCISCO AGUSTÍN RODRIGO
SANBARTOLOMÉ**

Licenciado en Derecho

Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2010* en la modalidad de **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

EL objeto del presente estudio está constituido por el análisis de la virtualidad del reciente pero generalizado fenómeno de la descentralización de tareas en los esquemas organizativos de producción de las empresas –generalmente conocido como «descentralización productiva» u «*outsourcing*»– para producir efectos extintivos del contrato de trabajo al amparo de las causas previstas en los artículos 51.1 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Esto es, en él se trata de determinar la posible incidencia y peculiaridades, en su caso, que el fenómeno de la descentralización productiva pudiera determinar sobre la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de las relaciones laborales de los trabajadores afectados.

.../...

.../...

Para ello se siguen cuatro fases. Tras delimitar qué cuestiones quedan incluidas y cuáles excluidas en dicho análisis, en el segundo capítulo se realiza una aproximación a la forma en que tradicionalmente nuestra doctrina y jurisprudencia se ha acercado al tema objeto de este estudio para pasar, en tercer lugar, a la toma de posición y al planteamiento de la propuesta solución. Finalmente, lo anterior se acompaña de un detallado estudio de la jurisprudencia recaída sobre la materia con el fin de averiguar la evolución del criterio de nuestros Tribunales y tratar de vislumbrar así su posible tendencia.

Palabras clave: despido objetivo, subcontratación, descentralización productiva, extinción del contrato de trabajo y causas objetivas.

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT FOR OBJECTIVE REASONS IN CASE OF OUTSOURCING

FRANCISCO AGUSTÍN RODRIGO SANBARTOLOMÉ

Licenciado en Derecho

Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2010* en la modalidad de **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

THE purpose of this study comprises the analysis of virtuality of the recent but widespread phenomenon of decentralization of tasks in the organizational schemes of production—generally known as «outsourcing»— to produce extinctive effects on the employment contracts under the grounds provided for in articles 51.1 and 52 c) ET (Main Spanish Labor Law).

We try to determine the incidence and peculiarities, if any, that phenomenon of outsourcing could be produce on the termination for economic, technical, organizational or production reasons of the employment contracts of affected workers.

.../...

.../...

We have followed four phases. After defining what issues are included and what are excluded from this analysis, in the second chapter we make an approximation to how our doctrine and courts have approached the subject under study. In third place, we explain our stance and approach of the proposed solution. Finally, the above is accompanied by a detailed case study of relapse jurisprudence on the subject with the order to ascertain the evolution of the decisions of our courts and treat to discern trends.

Keywords: objective dismissal, outsourcing, productive decentralization, termination contract of employment and objective causes.

Sumario

1. Objeto de estudio.
 - 1.1. Cuestiones incluidas: descentralización productiva en sentido dinámico con efecto extintivo.
 - 1.2. Exclusión: las descentralizaciones sin efecto extintivo: la subrogación del artículo 44 del ET.
2. Extinción por causas empresariales y descentralización productiva.
 - 2.1. Concepción tradicional: la descentralización productiva como causa organizativa.
 - 2.2. ¿La descentralización productiva como causa del despido?
3. Aplicación del régimen ordinario de extinción a los casos de descentralización productiva.
 - 3.1. Aplicación de la normativa general a los casos de despido colectivo.
 - 3.2. Aplicación de la normativa general a los casos de despido por causas objetivas.
4. Análisis de jurisprudencia.
 - 4.1. Etapa inicial de admisión restrictiva.
 - 4.2. Incidencia inicial limitada de la reforma de la Ley 63/1997.
 - 4.3. Nuevas tendencias en la jurisprudencia.

1. OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Cuestiones incluidas: descentralización productiva en sentido dinámico con efecto extintivo

El cada vez más generalizado fenómeno de la *descentralización productiva* consistente en un desplazamiento hacia el exterior de actividades o servicios, tradicionalmente desarrolladas o prestados en el seno de la empresa, a través de la formalización de contrata y subcontratas con otras empresas o profesionales supone el surgimiento de un nuevo modo de organización empresarial que, en la mayor parte de los casos, contribuye a una reducción de costes y mejora de la eficiencia de aquélla pero que, a su vez, traslada el centro de imputación de las relaciones jurídico-laborales y de seguridad social fuera de la misma, originando problemas jurídicos interpretativos de diversa clase.

De entre los distintos problemas que dicho fenómeno suscita nos interesa aquí el estudio del que surge cuando la configuración descentralizada de la organización productiva de una empresa no aparece ab initio desde el momento de su creación sino que es resultado de un proceso de transformación que suele llevar aparejada la adopción de medidas de reducción de plantilla ¹ y, más concretamente, las cuestiones que plantea la posibilidad de utilización de las figuras legales extintivas del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en aras a la adopción de dichas medidas.

Debe tenerse presente la gran importancia del tema ya que en caso de concluir que no pueden utilizarse dichas figuras legales extintivas resultará un claro efecto desincentivador de estas medidas

¹ Aurelio DESDENTADO BONETE en «Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico» en la obra colectiva *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, dirigida por José Pablo ARAMENDI SÁNCHEZ, CGPJ, Madrid, 1996, (pág. 95 *in fine*) lo expresa con las siguientes palabras: «(...) la descentralización puede producirse también en el marco de una estrategia de reducción de costes, que en algunos casos afecta significativamente al factor trabajo». M.ª Amparo ESTEVE SEGARRA en «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: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001 (21), diferencia entre el «(...) surgimiento de empresas con organizaciones claramente descentralizadas» y «(...) la renovación de estructuras productivas de empresas ya creadas» y, para este segundo caso, aporta la expresión «estrategia de externalización sobrevenida» la cual, asimismo, se emplea por M.ª Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, en la pág. 409, de «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, como fuente también de los problemas más graves a diferencia de los *procesos de descentralización de actividades productivas (...) originarios* a los que apunta nada parece puede objetarse por ser, en principio, el resultado del ejercicio plural de la libertad de empresa *ex* artículo 38 de la Constitución y todo lo más susceptibles de ser sometidos a la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad solidaria prevista para los grupos de empresa.

externalizadoras –de especial interés para las empresas– dado que su utilización resultará notablemente más cara pues frente a un coste del despido por causas objetivas procedente de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades [art. 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET)] pasaríamos –de tener que pasar por el despido improcedente con abono de indemnizaciones– a un mínimo de 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, con carácter general [art. 56.1 a) ET] o 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades, si se trata de un contrato para el fomento de la contratación indefinida (de los introducidos por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre).

1.1.1. Descentralización productiva: marco normativo y concepto

Desde el punto de vista jurídico, el marco normativo de esta materia queda conformado por unos pocos preceptos que se ven claramente superados por las necesidades impuestas por una realidad económica y laboral en la que la descentralización productiva goza de notable presencia e imparable expansión como modelo organizativo empresarial.

Concretamente, la piedra angular sobre la que el legislador laboral de nuestro país hace girar la regulación de este fenómeno viene constituida por el artículo 42 del ET titulado «Subcontratación de obras y servicios» y situado en la sección segunda del capítulo III del título I, rotulada «Garantías por cambio de empresario». Dicho precepto viene completado, dentro del ET, por lo establecido en los artículos 43 y 44 a propósito de la cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa ², respectivamente, y fuera del mismo por lo previsto en los artículos 104 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en materia de seguridad social, y por los artículos 24.2 y 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) en el ámbito de seguridad y salud laboral, así como por la Ley 14/1994, de 1 de junio, (modificada parcialmente por la Ley 29/1999, de 16 de julio) reguladora de las empresas de trabajo temporal en la medida en que el propio artículo 43.1 del empresas de trabajo temporal se remite a ellas.

Del análisis del citado bloque normativo, cabe destacar el problema fundamental originado por la renuncia del legislador laboral (tanto en la redacción original del ET como en las distintas oportunidades que le han brindado sus sucesivas reformas –especialmente las de 2001 y 2006–) a proporcionar una definición legal de lo que deba entenderse por descentralización productiva.

Por su indudable interés jurídico –y pese a que por falta de consenso no llegó a aprobarse– puede apuntarse la definición *trabajo en régimen de subcontratación* que se contenía en la propuesta del artículo 1 del Convenio sobre Subcontratación de la Organización Internacional del Trabajo, allá por los años 1997-1998 ³: «A efectos del presente Convenio, la expresión trabajo en régimen de

² Si bien –como podrá verse en este trabajo– no entiendo que el artículo 44 del ET juegue como un límite real al concepto de descentralización (pues a través de transmisiones parciales de empresa es posible desarrollar estrategias descentralizadoras de facto) sino más bien como un límite a su posible efecto extintivo en la medida en que, cuando exista transmisión de elementos organizativos suficientes, operará automáticamente la conservación de los contratos de trabajo a través del mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del ET (véase *infra*).

³ Vid. Pablo GÓMEZ ALBO, «Descentralización Productiva, Externalización y Subcontratación», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, pág. 159 *in fine* y ss.

subcontratación designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como empresa usuaria) por una persona (designada como trabajador en régimen de subcontratación), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria».

En esta definición es posible ver cómo el nacimiento de la nueva realidad organizativa empresarial descentralizada podría haber ocasionado el surgimiento de un nuevo concepto de trabajador en el que la nota de subordinación propia del mismo en nuestro derecho laboral podría haber sido sustituida por un nuevo elemento (más laxo) denominado *dependencia económica*⁴ y, de ahí, los temores del legislador nacional a la hora de proporcionar una definición para esta materia, quizás, por ser consciente del riesgo de desbordar los límites de la misma para producir efectos sobre el esquema básico mismo de todo nuestro sistema jurídico de relaciones laborales.

En cualquier caso y como ha ocurrido en tantas otras ocasiones, también en esta materia la falta de definición legal ha convertido en primordial la labor jurisprudencial y dentro de ésta, especialmente, por su importancia a estos efectos dogmáticos, la proporcionada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina⁵.

Conceptualmente, con relación al tema que nos ocupa, el artículo 42.1 del ET únicamente ofrece la expresión: *los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos (...)*, con lo cual nos encontramos ante el término **contrata**, extraño al derecho, pero que según el Tribunal Supremo incluiría los arrendamientos de obra o servicios recogidos en los artículos 1.583 y 1.588 del Código Civil realizados a través de una empresa (STS de 17 de diciembre de 2001) y también otras figuras análogas como los contratos y concesiones administrativas (STSS de 31 de diciembre de 1996 y 18 de marzo de 1997)⁶ y ante el término **subcontrata** que parece que el legislador adopta en su sentido tradicional para designar sucesivas contrataciones efectuadas a su vez por los contratistas en lugar de –el más moderno y hoy aceptado– concepto que entiende la **subcontratación** genéricamente como descentralización, en sentido amplio⁷.

Aparecen, asimismo, en el apartado 2 del mismo artículo los términos **empresario principal** y **contratista**. Hay que tener presente que, en la forma en que aparecen en texto legal, las posiciones de empresario principal y de contratista pueden coincidir en un mismo sujeto en las sucesivas sub-

⁴ Esta denominación ya vino proporcionada por el grupo de expertos creado por la Comisión Europea en 1998 para la elaboración de un Informe sobre Cambios en el Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa.

⁵ Muy interesante a estos efectos (ya antes de la reforma de 2006 la cual, como veremos, supone la incorporación legal en gran medida de la citada doctrina jurisprudencial) el trabajo de M. Luisa MOLERO MARAÑÓN, *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, Biblioteca de Unificación de Doctrina Social, que seguiremos en algunos momentos en el presente trabajo.

⁶ Margarita Isabel RAMOS QUINTANA, *Subcontratación de Obras o Servicios y Transmisión empresarial*, Editorial Bomarzo, 2006, pág. 16.

⁷ Germán BARREIRO GONZÁLEZ, «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94, 1999, pág. 168.

contratas que puedan encadenarse al encargo inicial en cuanto quien asumió el papel de contratista en el mismo será, a su vez, empresario principal o comitente en la siguiente y así sucesivamente.

El debate jurídico en este punto se ha residenciado básicamente en torno a la noción de **empresario principal** que debe manejarse a estos efectos; ya sea la mercantil –más estricta y que provocaría exclusiones importantes: cooperativas, comunidades de propietarios, profesionales o autónomos y, muy especialmente, las Administraciones Públicas– o la laboral –más amplia y que incluiría cualesquiera formas empresariales que ocupen a trabajadores por cuenta ajena en el sentido del art. 1.2 ET–.

El Tribunal Supremo, en reiterada doctrina jurisprudencial ⁸, ha optado –pese a la literalidad del artículo 42.2 del ET *in fine*, pensada claramente desde una perspectiva puramente mercantil al exigir que la contratación de la realización de la obra o servicio sea «por razón de una actividad empresarial»– por una interpretación teleológica a favor del sentido laboral del término empresario al indicar que «entenderlo de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto» ⁹.

Bajo este mismo prisma flexible de la noción empresa, en aras a dotar de efectividad a la protección legal a un nivel global comprensivo de todas las nuevas realidades descentralizadoras actuales, existen autores ¹⁰ que propugnan la ampliación del concepto empresario aun más allá de su sentido laboral para incluir supuestos de descentralización total del proceso productivo de la empresa principal en los que la misma no cuenta con trabajadores propios, ya se trate de pequeñas empresas principales sin asalariados o de empresarios principales constituidos por trabajadores autónomos que quedarían excluidos de la noción laboral comentada pero cuya exclusión –y consiguiente exención de responsabilidades– daría lugar a la desprotección de los trabajadores al servicio de las empresas subcontratadas y de cuyo trabajo se beneficia también el empresario principal.

Menos problemática se presenta la cuestión en lo que atañe a la noción **empresario contratista/subcontratista** dada la literalidad del artículo 42 del ET («las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores») que evidencia un claro matiz laboral y en tanto aquí no pueden plantearse supuestos de sujetos empresariales sin trabajadores a cargo ya que, de lo contrario, toda la regulación carecería de sentido al ser precisamente los trabajadores de las empresas contratistas el objeto de la protección legal. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de los criterios legales (de inspiración jurisprudencial) –a los que después nos referiremos detenidamente– previstos en orden a diferenciar a las *verdaderas empresas contratistas* respecto de los meros empresarios aparentes o simulados con fines interpositivos o fraudulentos (que dan lugar a una cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43.1 ET), en cuanto lógicamente coadyuvan a determinar subjetivamente el concepto de lo que puede entenderse por empresa contratista legal.

⁸ STSS de 15 de julio de 1996 (RJ 1996/5990), 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6910), 18 de noviembre de 1996, 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9464), 23 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9844), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9867), 3 de marzo de 1997 (RJ 1997/2194), 18 de marzo de 1997 (RJ 1997/2572) y 29 de octubre de 1998.

⁹ STS de 15 de julio de 1996 (RJ 1996/5990).

¹⁰ Señaladamente M. Luisa MOLERO MARAÑÓN en la obra citada.

1.1.2. Formas lícitas de descentralización y cesión ilegal de mano de obra: criterios de distinción

En los términos expuestos, tal y como aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico, la descentralización productiva en sus distintas formas y técnicas posibles ¹¹ es totalmente lícita y deriva directamente del principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución (CE) que se concreta no sólo en la libertad de iniciativa de actividad económica sino también en el derecho o capacidad de la empresa para auto-organizarse libremente ¹² con un único –pero importantísimo– límite en el ámbito jurídico-laboral que viene impuesto por la arraigada prohibición de cesión de mano de obra entre empresas ya que la contrata que tenga por objeto el mero traspaso de personal está plenamente prohibida en nuestro derecho por el artículo 43.1 del ET, salvo que la misma se instrumente a través de un empresa de trabajo temporal debidamente autorizada.

Este es, precisamente, el sentido de la normativa existente en esta materia la cual revela una profunda preocupación del legislador por evitar que, en este marco originario de libertad descentralizadora, la utilización de estas técnicas de flexibilidad sirva a fines distintos de los propios de ésta; específicamente para aprovechar el menor potencial económico e incluso la eventual insolencia de los contratistas/subcontratistas para menoscabo de los derechos de los trabajadores ¹³. De ahí que los esfuerzos del legislador ¹⁴ vayan principalmente dirigidos a la extensión de responsabilidades en todos los ámbitos (salariales, seguridad social, seguridad e higiene en el trabajo) entre empresario principal y contratista y, en su caso, también entre empresarios contratistas y subcontratistas sucesivos.

En definitiva, la ley trata de asegurar que, en todo caso, nos encontremos ante una descentralización real y no ante situaciones ficticias ideadas para ceder los servicios de sus trabajadores entre empresas con el fin de burlar sus derechos.

Por ello, cobra una importancia radical dilucidar cuáles son los *criterios que permiten discernir entre auténticas descentralizaciones productivas y cesiones de mano de obra prohibidas* para lo cual el papel de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha sido trascendental hasta tal punto que, como veremos, ha llegado a ser objeto de recepción legal tras la reforma operada sobre el ET por el Real Decreto-Ley 5/2006 (posteriormente Ley 43/2006).

¹¹ Transmisiones de empresa, arrendamientos de obra o servicios, encargos a filiales de un mismo grupo de empresas, etc.

¹² En este sentido, la STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/8531) señala que en el ordenamiento jurídico no se «contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa (...) y (...), con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores». Así pues, cabe concluir que desde el propio ordenamiento laboral se reconoce que las empresas no tienen por qué organizarse de manera cerrada y autosuficiente (según el modelo taylorista-fordista) sino que es posible recurrir a terceros para completar su ciclo productivo.

¹³ Particularmente, trata de evitarse la creación de empresas inviables e insolventes con el fin de reducir plantilla de modo poco o nada oneroso (MARTÍNEZ GARRIDO).

¹⁴ Para M. Luisa MOLERO MARAÑÓN, *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, ob. cit., en la regulación legal de la materia se persiguen objetivos en un triple ámbito: a) Garantías sociales destinadas a proteger al personal laboral que se desenvuelve en el marco de la contrata, b) La seguridad social sobre la que puede repercutir y c) con la imposición de garantías y deberes de comprobación se colabora en la selección de las empresas más solventes o regulares, saneando el mercado de las contratas.

En efecto, ya desde los años ochenta las sentencias del Tribunal Central de Trabajo y, posteriormente, las de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, fueron diseñando una serie de criterios *indiciarios* que, ante la falta de definición legal, sirvieron de base para distinguir las contrataciones verdaderas de las simuladas o aparentes y, por tanto, ilegales.

Así, inicialmente, el dato «**la realidad de la empresa contratista**» se convirtió en crucial, de modo que si podía comprobarse que dicha empresa poseía una estructura patrimonial y medios de producción propios, domicilio social, medios personales y, en general, una organización empresarial suficiente, se consideraba directamente que la contrata existía y si, por el contrario, no disponía de esos elementos se entendía que nos encontrábamos ante una empresa ficticia o aparente que tenía como único fin proporcionar mano de obra a la empresa principal y que, por ello, daba lugar a la cesión de mano de obra prohibida por el artículo 43 del ET ¹⁵.

Posteriormente, el criterio anterior –existencia de una empresa contratista real– quedó matizado por la exigencia de un requisito adicional destinado a comprobar **el comportamiento del contratista como empresario efectivo** en el negocio objeto de la contrata pues, además de disponer de los elementos patrimoniales y organizacionales anteriores, pasaba a ser necesario acreditar que los ponía en juego en la ejecución de la obra o servicio objeto de la misma, evitándose de este modo las cesiones ilegales de mano de obra entre empresas que disponían de una estructura real que, sin embargo, en el caso concreto no era utilizado y que conforme al criterio anterior hubieran escapado a la consideración de fraudulentas ¹⁶.

Dicha actuación como verdadero empresario se controlaba básicamente a través de la comprobación de la presencia de dos tipos de indicios:

- a) **De carácter mercantil**, destinados a comprobar que la empresa contratista-auxiliar ejercía los poderes de organización, control y dirección sobre la actividad contratada. Debería controlarse, a estos efectos, la existencia de poder sobre los medios patrimoniales propios de la empresa así como la asunción de los riesgos propios derivados de la actividad empresarial ¹⁷.
- b) **De carácter laboral**, por medio de los cuales se controlaba que el empresario contratista ejercía autónomamente la política de recursos humanos sobre su personal. En este sentido, la empresa contratista debería ser la que controlara los procesos de selección de sus trabajadores, formalizara los contratos de trabajo decidiendo sus modalidades, asumiera las obligaciones salariales, de seguridad social, las formativas y adoptara las decisiones extintivas correspondientes.

Sin embargo, dado que el cumplimiento de dichos requisitos formales normalmente resultaba cumplido por la empresa auxiliar (también en el caso cesiones de trabajadores fraudulentas) se ter-

¹⁵ SSTS de 17 de enero de 1991 (RJ 1991/58), 17 de febrero de 1993 (RJ 1993/1177), 17 de julio de 1993 (RJ 1993/5688), 11 de octubre de 1993 (RJ 1993/7586), 18 de marzo de 1994 (RJ 1994/2548) y 25 de octubre de 1999 (1999/8152).

¹⁶ SSTS de 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352), 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9315), 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/8152), 17 de enero de 2001 (RJ 2001/2059), 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002/582), 17 de enero de 2002 (RJ 2002/3755) y 30 de mayo de 2002 (RJ 2002/7567).

¹⁷ Margarita Isabel RAMOS QUINTANA, *Subcontratación de Obras...* ob. cit., pág. 18.

minó por recurrir en orden a averiguar la auténtica realidad al dato determinado por el ámbito de organización y dirección al que quedaban sometidos los trabajadores implicados en la contrata, según éste fuera el correspondiente a la empresa principal o el de la contratista. Esto es atendiendo, en la práctica, a datos concretos tales como: quién impartía las instrucciones y daba las órdenes, controlaba los tiempos de trabajo y descanso, fiscalizaba el resultado final o ejercía el poder disciplinario.

Ello, no obstante, en el caso de las contratas este último tipo de controles presentaba la dificultad añadida que marcaba el hecho de que en ellas es habitual que la prestación de servicios se realice en locales o lugares propios de la empresa comitente con lo que no es extraño el sometimiento a la disciplina de trabajo e incluso el uso de herramientas o medios de producción de ésta por los trabajadores de la empresa contratista. Lo cual, sin embargo, no debe confundir más de lo necesario en la medida en que, doctrinalmente, se coincide en considerar que las facultades de control del empresario comitente no pueden ir mucho más allá del control de calidad del resultado final y sin poder implicar poderes de organización, dirección o disciplina sobre los trabajadores de la contratista pues lo contrario debería ser considerado un claro indicio de existencia de cesión ilegal de trabajadores¹⁸.

Los criterios jurisprudenciales anteriores quedaron consolidados y generalizados de tal forma que, finalmente, han sido objeto de recepción legal. Así, tras la reforma operada en el ET por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio (posteriormente Ley 43/2006) dichos criterios han sido incorporados al texto del artículo 43 del ET, estimándose que se produce cesión ilegal de trabajadores cuando concorra alguno de los siguientes requisitos:

- a) El objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria.
- b) La empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable.
- c) No cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- d) No ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

1.1.3. *La noción de «propia actividad»*

En nuestro objetivo de desentrañar lo que debe ser entendido por descentralización productiva¹⁹ tienen un papel esencial los requisitos –ya comentados– exigidos por el artículo 43 del ET que, en sentido negativo, vienen a configurar lo que no puede ser entendido legalmente por una contrata junto con lo que, de acuerdo con el artículo 42 del ET puede considerarse contrata en sentido positivo, con la limitación –ya advertida inicialmente– que nos impone el hecho de carecer de una definición legal de la misma.

¹⁸ La STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9315) nos recuerda que sólo está permitida la separación de los poderes directivo y disciplinario en el caso de las empresas de trabajo temporal que es el único supuesto de cesión de mano de obra legalmente permitido de modo que, a sensu contrario, los demás casos de disociación de estas facultades son cesiones ilegales.

¹⁹ Con miras en el objetivo final de determinar si ésta puede motivar las extinciones objetivas de los contratos de los trabajadores ocupados en las tareas que se descentralizan.

Y, en este último sentido, cobra trascendental importancia el dato proporcionado por el legislador en dicho artículo 42 del ET al indicar que la contrata debe referirse a «**la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad**» con lo cual sólo podrán entenderse por tal, a efectos legales, aquellos encargos de obras o servicios inherentes a la actividad principal a que se dedica la empresa contratante ²⁰.

Esta restricción legal implica una reducción del ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria establecido en garantía y protección de los derechos de los trabajadores implicados en estos procesos en la medida en que sólo será aplicable cuando la subcontratación se refiera a tareas inherentes a la actividad que constituye el objeto principal de la empresa.

La consecuencia más importante de dicha restricción derivada del concepto «propia actividad» consiste en que quedan fuera del régimen de protección legal aquellas subcontrataciones referidas a tareas accesorias o no esenciales para el cumplimiento del fin principal de la empresa sin que, por ello, sean ilegales, salvo que concurriera alguno de los elementos previstos en el artículo 43 del ET.

Nos encontramos pues ante un nuevo campo de actuación en materia de subcontratación, lícito pero no regulado legalmente y que comprenderá aquellas contratas que tengan por objeto tareas no correspondientes a la «propia actividad» de la empresa principal, las cuales coincidirán normalmente con servicios comunes o generales, tales como: limpieza, seguridad, mantenimiento, mensajería, servicios informáticos, etc. ²¹ con la excepción, claro está, de que la empresa principal que descentraliza tenga por objeto principal alguna de estas actividades en cuyo caso sí estaríamos ante una contrata con todas las garantías legales ²².

Este nuevo campo de actuación ha facilitado la reciente proliferación del fenómeno de las denominadas *empresas multiservicios* que con una estructura organizativa y patrimonial escasa y

²⁰ Como señala Margarita Isabel RAMOS QUINTANA (ob. cit., pág. 19) este concepto restringido de «propia actividad» entendida como *actividad inherente* a la producción de los bienes y servicios específicos que la empresa se propone prestar al público o colocar en el mercado termina por imponerse: STSS de 18 de enero de 1995 (RJ 1995/514), 29 de octubre (RJ 1998/9049) y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10034), 10 de julio (RJ 2000/8295) y 27 de octubre de 2000 (RJ 2000/9656), frente a la tesis –más amplia– de considerarla como aquella *actividad indispensable* para la realización de todas las labores, específicas o inespecíficas, necesarias para el correcto desarrollo de las funciones asociadas al desempeño de la actividad productiva de que se trate.

²¹ Esto viene a ser aquello a lo que, genéricamente, se refería MARTÍN ARTELES en la página 54 de su obra *Flexibilidad y Relaciones Laborales: Estrategias empresariales y acción sindical*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, núm. 15, Madrid, 1995, cuando al hilo del concepto originario de «flexibilidad externa» acuñado por autores como STREEK y ATKINSON señala que representa el fenómeno –cada vez más frecuente– por el que grandes empresas subcontratan bloques de actividades accesorias tales como: limpieza, vigilancia, transportes, comedores, comercialización e incluso servicios administrativos tratando de reducir costes y limitar su responsabilidad en materia laboral respecto a unas tareas que deja de atender con plantilla propia y pasan a desarrollar externamente trabajadores autónomos o pequeñas empresas en algunos casos creadas al efecto por la propia empresa principal. En fin, subcontratación de tareas accesorias.

²² Como señala Germán BARREIRO GONZÁLEZ en «Notas sobre la descentralización (...)». ob. cit., pág. 167, la distinción entre *outsourcing operativo o táctico* (descentralización de actividades simples o no básicas) y *outsourcing estratégico* (descentralización de actividades importantes o básicas) (MARTÍNEZ GARRIDO/CASANI, LUQUE, RODRÍGUEZ Y SORIA) dependerá en último extremo del sector productivo en el cual se aplique la operación ya que «la excepción –que nunca puede ser pérdida de vista– vendrá dada precisamente por el hecho de tratarse de empresas que actúen y tengan por objeto precisamente tales actividades simples».

basadas fundamentalmente en las características de su personal o mano de obra han implicado una huida del rígido régimen jurídico propio de las empresas de trabajo temporal escapando generalmente –al menos por el momento– de la aplicación del artículo 43 del ET y aprovechando la noción «propia actividad» del artículo 42 del ET para evitar la extensión a estas contrataciones del régimen de responsabilidades empresariales previsto en el mismo.

1.1.4. La teoría de las tres zonas

Por consecuencia de todo lo anterior, en mi opinión, cabe distinguir tres zonas que derivan de la inter-relación del concepto de «propia actividad» previsto en el artículo 42 del ET, de la prohibición de cesión de mano de obra contenida en el artículo 43 del ET y de la propia realidad empresarial descentralizada:

- a) **Contratas y subcontratas (reguladas legalmente).** Serían las contrataciones que reúnen los requisitos previstos en el artículo 42 del ET y que, al recaer sobre la propia actividad de la empresa principal, dan lugar a la aplicación de responsabilidad solidaria sobre ésta por las obligaciones de naturaleza salarial y, en su caso, de seguridad social adquiridas por los contratistas-subcontratistas durante la vigencia de la contratación, en los términos previstos en el apartado 2.º de dicho artículo.
- b) **Prácticas no legales (pero lícitas)** ²³. Que se corresponderían con aquellas subcontrataciones que por recaer sobre tareas simples o accesorias –salvo que éstas constituyan el objeto principal de la actividad de la empresa comitente en cuyo caso quedarían incluidas en la zona anterior– no dan lugar a la aplicación del artículo 42 del ET y que, en la medida en que no les sean aplicables los criterios del artículo 43 del ET, dan lugar a una *zona de nadie* oportunamente aprovechada para el reciente y exitoso surgimiento del fenómeno de las denominadas empresas multiservicios o de servicios globales. Les sería de aplicación el régimen laboral común pero no las cautelas especiales previstas en la sección segunda del capítulo III del título I del ET. No obstante, estos supuestos no escaparían en materia de seguridad social a la aplicación del régimen de responsabilidad subsidiaria previsto para el caso de insolvencia en el artículo 127.1 de la LGSS ni a las obligaciones de información en materia de riesgos laborales previstas en el artículo 24. 2 de la LPRL en cuanto –a diferencia de lo que ocurre en los artículos 42.1 ET y 24.3 LPRL– dichos preceptos no condicionan su aplicación a que se trate de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal.
- c) **Prácticas ilícitas.** Son las que por reunir alguno de los elementos –ya comentados– del artículo 43 del ET son constitutivas de puras cesiones de mano de obra las cuales están pro-

²³ M. Luisa MOLERO MARAÑÓN en *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*. ob. cit., en un sentido parecido, dice: «Al lado de dichos procesos de descentralización contemplados por la norma conviven nuevos tipos y supuestos de subcontratación cuyo juicio de licitud permanece, salvo claro está que la relación de colaboración merezca la calificación de pseudocontrata (art. 43 ET). (...) No constituyen fenómenos aislados, sino que por el contrario son cada vez más las hipótesis que salen fuera del supuesto de hecho de la norma estatutaria, (...). De esta forma, el ordenamiento laboral va quedando vacío de respuestas ante dichas prácticas descentralizadoras, viéndose sometido el trabajador al estatuto jurídico laboral común, sin una protección adicional en el devenir de su prestación laboral y, por tanto, sin una carga añadida para la entidad principal que queda liberada de deberes, responsabilidades y obligaciones frente a dichos asalariados».

hibidas por el mismo y, por tanto, son ilícitas, salvo que se lleven a efecto por empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. En estos casos, la ilicitud además de a la generación de responsabilidades solidarias entre cedente y cesionario da lugar a un derecho de opción para el trabajador afectado para adquirir la condición de trabajador fijo en la empresa de su elección con unos criticados²⁴ efectos *ex nunc*, salvo la antigüedad que sí se computa *ex tunc*, esto es, «desde el inicio de la cesión ilegal» (art. 43.3 ET, *in fine*).

De otro lado, podrán existir, además, dos modalidades de descentralización lícita: con o sin aplicación del artículo 44 del ET –según exista o no previo traspaso de elementos productivos suficientes–. Anticipamos, de momento, que las primeras podrían ser susceptibles de llegar a producir la extinción de contratos –estudiada en este trabajo– en la empresa principal y previa a la ejecución de la descentralización y las segundas obligarían al traspaso de trabajadores a la contratista impidiendo aquellas extinciones pero posibilitándolas, en este caso, a posteriori en el seno de la contratista, debiendo controlarse, en ambos casos, las posibles conductas simuladoras con fines fraudulentos sin perder de vista la prohibición de cesión de trabajadores contenida en el artículo 43 del ET.

Cabe, asimismo, referirse en este punto –como propone el profesor GOERLICH–²⁵ a una serie de supuestos muy específicos que han proliferado recientemente por los cuales empresas principales (normalmente grandes superficies) pasan a externalizar la prestación a sus clientes de un determinado servicio a través de otras empresas con las que no conciertan propiamente contrata. En efecto, para ello suelen servirse de un mecanismo distinto consistente en la cesión de un espacio o local en sus propias instalaciones en los que se desarrollan tales actividades, habitualmente, a cambio del percibo de un canon o arrendamiento. En mi opinión, estos casos –integrables dentro del fenómeno genérico externalización pero no en el concepto subcontratación en sentido estricto– serían subsu- mibles dentro la segunda de las zonas descritas por cuanto si bien, en principio, son lícitos no entrarían en el supuesto de hecho previsto en el artículo 42 del ET que se refiere expresamente al término «contrata» la cual, como hemos dicho, no concurre estrictamente en estos casos.

Concluimos pues que la descentralización, en sus distintas formas lícitas, (tanto las reguladas legalmente para proteger los derechos de los trabajadores implicados como las no previstas en la ley –por un patente retraso, voluntario o involuntario²⁶, en su adaptación a la realidad social– pero que no son ilícitas al no poder ser tipificadas como cesión ilegal de mano de obra *ex art. 43.1 ET*) forma parte del contenido de la libertad de empresa (art. 38 CE). *De tal modo que el empresario posee plena*

²⁴ Vid. M. Luisa MOLERO MARAÑÓN en *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, ob. cit., pág. 116.

²⁵ Sobre estos casos puede consultarse la aportación de José María GOERLICH PESET a la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, bajo el título «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios». También la obra *El Trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad* por Luis Enrique NORES TORRES, Tirant lo Blanch, 2003.

²⁶ M. Luisa MOLERO MARAÑÓN en *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, ob. cit., al hilo de los comentarios que realiza sobre el hecho de que hayan quedado multiplicidad de situaciones fuera del ámbito de cobertura de los preceptos legales reguladores de las contratas se pregunta si «efectivamente la vertiginosa evolución de dicha realidad en fase de plena expansión ha provocado una necesaria restricción normativa a favor de los supuestos más necesarios de protección (...) o, por el contrario, se trata de solventar el grado de incidencia que ha podido tener en su delimitación la repercusión económica que podía provocar una ampliación desmesurada de la cobertura del precepto, al grabar en exceso a las entidades que decidieran utilizar dicha técnica organizativa (...)».

libertad para dimensionar y estructurar la organización productiva del modo que más le convenga, sin tan siquiera tener que ofrecer una justificación de los motivos que le impulsan a dicha decisión externalizadora (...) –ya sean éstos la especialización técnica o funcional, eficacia organizativa al evitar sobredimensionamientos de plantilla, la simple reducción de costes sociales, o cualesquiera otros– (...) y sin que con carácter general los operadores jurídicos tengan que entrar a valorar la causa que condiciona la división funcional, con la excepción de si dicha técnica empresarial se utiliza como causa organizativa para llevar a cabo un despido objetivo del artículo 52 c) del ET; en esta hipótesis, el órgano judicial si habrá de entrar a conocer la causas que han determinado la utilización de dicho mecanismo de organización empresarial ²⁷.

Llegados a este punto, una vez estudiado el concepto descentralización e identificadas las distintas posibilidades fácticas (reguladas o no por la ley) que quedan incluidas en aquél y reconocida la existencia de una genérica libertad para su ejercicio (con el límite impuesto por la prohibición de la cesión de mano de obra) es pues cuando, como vemos, surge la problemática objeto del presente estudio, esto es, a la hora de determinar si la comentada libertad de auto-organización y consiguiente libertad de subcontratación es suficiente por sí misma para producir extinciones en los contratos de los trabajadores afectados o, en caso contrario, a qué requisitos debe someterse ²⁸.

1.2. Exclusión: las descentralizaciones sin efecto extintivo: la subrogación del artículo 44 del ET

Dado el planteamiento inicial de este trabajo, no serán objeto de estudio los procesos de descentralización sin efecto extintivo, esto es, aquellos en los que la *simplificación de la estructura de la empresa principal tiene lugar por un mero desgajamiento de un segmento de la organización original* ²⁹ por medio de la transmisión de elementos organizativos suficientes para el desarrollo de la actividad y que dan lugar a la asunción de las relaciones laborales originarias por la empresa receptora en virtud de la aplicación del artículo 44 del ET (no generando, por lo tanto, reducción de empleo ni dando lugar a las extinciones aquí estudiadas, al menos en el seno de la empresa principal).

En efecto, el juego de la **subrogación empresarial por sucesión (aun parcial) de empresa regulado en el artículo 44 del ET** determina que será obligado asumir por la empresa contratista (nueva o preexistente) a los trabajadores antes empleados en la actividad descentralizada cuando se

²⁷ M. Luisa MOLERO MARAÑÓN, ob. cit., la cual aporta como fundamento a estas afirmaciones las STSS de 27 de octubre 1994 (RJ 1994/8531), 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3026), 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7426) y 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660).

²⁸ Lógicamente, a los efectos de nuestra investigación –de las tres zonas antes descritas– únicamente nos interesarán las dos primeras (lícitas, ya gocen o no de garantías legales específicas) en cuanto constituyen el bloque de lo que legalmente podemos entender por descentralización productiva ya que la tercera por ser ilícita, indudablemente, no puede dar lugar válidamente a la constitución de los efectos jurídicos extintivos aquí estudiados. Baste recordar, en este sentido, el derecho de opción –arriba comentado para el caso de ilicitud– del trabajador afectado para adquirir la condición de trabajador fijo en la empresa de su elección.

²⁹ María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa» en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Protección del Trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 409 y 410. En este mismo trabajo se refiere a esta modalidad como «externalización en cierto modo impropia».

reciba la transmisión de elementos organizativos autosuficientes para el desarrollo de aquella (ya se haya transmitido un centro de trabajo entero o una unidad productiva autónoma) ³⁰.

Éste viene a constituir un nuevo e importantísimo límite para las descentralizaciones productivas «fácticas» en cuanto revela la existencia de un grupo diferenciado de subcontrataciones (aparte de las ilícitas del artículo 43 del ET y de las lícitas en que no concurra causa extintiva) en las que no es posible el efecto extintivo en la medida en que *ope legis* opera la conservación del vínculo contractual a través de la transmisión automática de la relaciones laborales a la empresa contratista. En este caso tampoco habrá que perder de vista la posibilidad de que, adicionalmente, se pretenda la traslación de la cuestión extintiva a nuevas entidades cesionarias creadas, con fines fraudulentos (al tratarse habitualmente de empresas con menor potencial económico y dimensión), a las cuales se transmiten los trabajadores a despedir –aprovechando la vía del art. 44 ET– con el fin de procurarse mayor facilidad para el reconocimiento de causas objetivas de extinción, o escapar de la normativa que regula los despidos colectivos, entre otras finalidades fraudulentas posibles, que deberían ser analizadas detenidamente a la luz del artículo 43 del ET.

Para BARREIRO GONZÁLEZ ³¹ la transmisión de empresas regulada en el artículo 44 del ET comprende dos elementos:

1. Elemento objetivo, que presupone la existencia de una unidad productiva ³² organizada que se transmite. Entendiendo por unidad productiva transmitida la que sigue un criterio funcional que se mide en términos de capacidad productiva y no criterios organizativos (se pueden transmitir unidades que comprendan partes de distintas secciones o divisiones de una empresa) ni geográficos (pueden transmitirse unidades coincidentes con un centro de trabajo, inferiores o de parte del centro de trabajo o que se extienden a todos o parte de varios centros de trabajo) ³³ y es susceptible de funcionamiento autónomo.
2. Elemento subjetivo, que requiere la presencia de un nuevo titular efectivo y real, debiendo controlarse la existencia de verdaderas entidades cesionarias en evitación de situaciones de pura diferenciación formal con fines defraudatorios de los derechos de los trabajadores.

En mi opinión el tratamiento legal ofrecido por el artículo 44 del ET para la transmisión de empresas representa algo bien distinto a lo que implica el artículo 43 del ET pues mientras éste supo-

³⁰ En este mismo sentido, Xavier SOLÁ MONELL en «El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva» en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: Problemática Jurídica Actual*, dirigida por DEL REY GUANTER, Salvador, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 166, se refiere a la obligación de asumir los trabajadores afectados por la empresa contratista, asumiendo los derechos y obligaciones del empresario principal, cuando se desplace una unidad productiva autónoma, por aplicación del artículo 44 del ET. *Id.*, asimismo, STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997/2318), entre otras muchas.

³¹ Págs. 172 y ss. de «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94. 1999.

³² Según la STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/8531) la «unidad productiva autónoma» proveída por el artículo 44 del ET es «una noción objetiva que se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente».

³³ Incluyéndose los supuestos de no transmisión definitiva. En este sentido, las STSS de 30 de octubre de 1986 y 16 de mayo de 1990 (RJ 1986/5940 y 1990/4343), que se refieren al arrendamiento de industria.

ne la interdicción de las contrataciones simuladas, es decir, de aquellos encargos realizados formalmente de la empresa principal a la contratista carentes de contenido real y que, en el fondo, sólo pretenden prestar trabajadores con las condiciones de la empresa contratista para que trabajen para la principal, el artículo 44 del ET se refiere a conductas lícitas que sí pueden surtir efectos consistentes en la subrogación obligatoria en las relaciones laborales del anterior cuando para la realización del encargo que se encomienda a la contratista³⁴ se le transmiten los elementos organizativos necesarios. Por tanto, a diferencia del supuesto de hecho regulado en el artículo 43 del ET en este caso sí que puede producirse lícitamente la descentralización (contrata con transmisión de los elementos organizativos necesarios para el desarrollo de la actividad) pero ésta –en lo que interesa a este estudio– no podrá dar lugar a la extinción de los contratos de los trabajadores empleados en la actividad que se descentraliza dada la previsión en el artículo 44 del ET de una subrogación legal obligatoria.

Por ello, podrán existir dos modalidades de descentralización lícita: con o sin aplicación del artículo 44 del ET –según exista o no previo traspaso de elementos productivos suficientes–. Las primeras podrían ser susceptibles de llegar a producir la extinción de contratos que se estudia en este trabajo en la empresa principal y previa a la ejecución de la descentralización y las segundas obligarían al traspaso de trabajadores a la contratista impidiendo tales extinciones pero permitiéndolas, en este caso, a posteriori en el seno de la contratista, debiendo controlarse, en ambos casos, las posibles conductas simuladoras con fines fraudulentos a la luz de la prohibición de cesión de trabajadores contenida en el artículo 43 del ET.

En el segundo caso, estos procesos si bien, en un primer momento, conducen a conclusiones positivas –en lo que al problema estudiado en este trabajo se refiere– al incidir en forma de mantenimiento/conservación de los contratos de los trabajadores afectados pueden, en no pocos casos, pretender el traspaso de trabajadores a empresas receptoras ficticias o simuladas que ofrezcan mejores condiciones para la obtención de fines fraudulentos, tales como conseguir por esta vía la apreciación de causas objetivas de extinción que en el seno de la empresa cedente no hubieran podido acreditarse o procurarse un juego distinto de los umbrales cuantitativos del artículo 51.1 del ET en orden a evitar los trámites y requisitos previstos legalmente para los despidos colectivos.

BARREIRO GONZÁLEZ, refiriéndose a esta cuestión en el ámbito de los grupos de empresa, expresa esta idea³⁵ muy gráficamente con las siguientes palabras de inspiración jurisprudencial: «la decisión de crear una empresa filial que asuma, con la autonomía propia de la atribución de personalidad jurídica y de las responsabilidades de funcionamiento, una gestión especializada es un objetivo lícito que tiene amparo en el artículo 44 del ET, aunque los fenómenos de la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben ser examinados con cuidado y adoptarse las medidas adecuadas cuando existe la evidencia de que, a través de la sucesión, se persigue eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos» (STS de 27 de octubre de 1995. Ar. 7930), pues bien podría apuntar objetivos repudiables –por ilícitos– como «crear una empresa inviable o insolvente para reducir plantilla» (STS de 27 de octubre de 1994. Ar. 8531),

³⁴ No obstante, debe tenerse presente que el artículo 44 del ET tiene un juego más amplio –no limitado a los casos ahora estudiados– sino que opera también en aquellas transmisiones en que la receptora no mantendrá después relación alguna con la transmitente.

³⁵ En la pág. 174 de la obra ya citada: «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna».

«evitar las consecuencias adversas al cese de una determinada actividad» (STS de 27 de marzo de 1989. Ar. 2416), «reducir plantilla eludiendo los rígidos controles del despido colectivo» (STCT de 14 de febrero de 1984. Ar 1414) (...).

2. EXTINCIÓN POR CAUSAS EMPRESARIALES Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

2.1. Concepción tradicional: la descentralización productiva como causa organizativa

La práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia que se ha acercado al tema objeto de este estudio no ha dudado en calificar como derivadas de *causa organizativa* a las extinciones de los contratos derivadas de procesos de «outsourcing»³⁶. Ello, sin duda, es debido a que generalmente se ha partido de considerar que las medidas descentralizadoras derivan del legítimo ejercicio por el empresario de su libertad de organización³⁷ (la cual, a su vez, estaría comprendida en la más genérica libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la CE) y, sobre todo, de entender dicho ejercicio como el detonante de la situación disfuncional que sirve de causa a estas extinciones³⁸.

En otras palabras, partiendo de que la ley para poder extinguir el contrato por causas empresariales exige la preexistencia de un problema o situación desfavorable en la empresa frente a la que se hace preciso reaccionar con este tipo de medidas lo que se ha hecho, habitualmente, es identificar

³⁶ Sirva como ejemplo Aurelio DESDENTADO BONETE en «Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico», ob. cit., al enfocar el tema en los siguientes términos: «Por lo general, la causa organizativa se refiere a medidas internas de gestión en el marco de la propia empresa, pero es posible también relacionarla con una gestión externa. En este caso se trata de una descentralización productiva» (pág. 95). En la pág. 97 del mismo trabajo indica que la cuestión se suscita: «(...) cuando la descentralización con contratación externa de los servicios que antes realizaban los trabajadores de la empresa se presenta como una causa organizativa para el despido objetivo de éstos, alegando el empresario que resulta más rentable la externalización del trabajo». Si bien hay que tener en cuenta que el autor citado termina concluyendo en dicha obra (pág. 98) —inspirado por las sentencias de los Juzgados de lo Social de Madrid de 21 de marzo de 1995 y de 11 de diciembre de 1995— que lo determinante, a efectos de justificar la medida extintiva en estos casos, no es tanto el juego de la descentralización productiva como causa organizativa sino su configuración como medida de racionalización de la organización productiva que actúa en beneficio de la viabilidad y competitividad de la empresa y no para el simple incremento del beneficio empresarial generado por la reducción de costes. Asimismo, María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ en «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», ob. cit., parte indubitadamente de esta premisa por el inequívoco título de su trabajo y en la página 412 al indicar: «Así planteada la cuestión, hay una afirmación unánime en nuestros Tribunales: se trataría, en su caso, de una causa organizativa, en los términos en que se refieren a ella los artículos 52 c) y 51.1 del ET, y parece adecuada esta primera aproximación a los problemas que están en la base de la externalización propia».

³⁷ Xavier SOLÁ MONELL: «El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva» en la obra colectiva *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: Problemática Jurídica Actual*, dirigida por DEL REY GUANTER, Salvador, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 169 y 170. Dulce SORIANO CORTÉS: «La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones» en *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2-2007, pág. 585.

³⁸ Así, como claro ejemplo, María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, ob.cit., pág. 412, fundamenta su opción a favor de la causa organizativa —tras definirla con apoyo en la STS de 14 de junio de 1996 (Ar. 5162)— en el ejercicio de dicha libertad, al razonar: «Evidentemente, la propia configuración de los contenidos del trabajo en la empresa; de los ámbitos materiales en que se ha de operar —o dejar de operar en este caso— es una primera y fundamental decisión organizativa de la empresa, de ahí la corrección de la tesis judicial de partida».

dicho problema o situación con el desajuste organizativo (que, normalmente, se traduce en un exceso de personal) generado por el empresario al tratar de hacer frente a un problema inicial con una medida organizativa –la descentralización productiva– en lugar de atender a la naturaleza de aquel problema originario que generó la adopción de la medida descentralizadora en orden a la valoración de la procedencia de los despidos por estas causas.

Al atender al problema organizativo producido por la medida descentralizadora y no a la situación generadora de ésta es lógico que, en estos casos, siempre se otorgue carácter organizativo a la causa de los despidos y que, incluso, se haya llegado a otorgar a la medida descentralizadora, por sí misma, el carácter de causa habilitante del despido.

En mi opinión, la descentralización productiva, en efecto, tiene siempre carácter organizativo pero puede ser una solución preventiva (frente a problemas tanto organizativos como técnicos o de producción) e incluso reactiva (aplicable cuando la situación es ya negativa económicamente) pero, en todo caso, son estos problemas o situaciones los que pueden llegar a constituir causa de una extinción por causas objetivas y no la medida descentralizadora en sí misma.

No cabe analizar, pues, la descentralización productiva como un problema organizativo en sí mismo sino como un remedio a disfunciones en la empresa de cualquier clase y, por tanto, las extinciones motivadas por aquélla no deberían identificarse necesariamente y en todo caso con la extinción por causas organizativas.

Las primeras sentencias en que se reconoce la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas para estos casos se dan precisamente en supuestos ligados a causas económicas lo cual, como se ha señalado ³⁹, es consecuencia de la «vinculación de las causas organizativas a las económicas en la orientación jurisprudencial». A mi modo de ver ⁴⁰, lo anterior constituye, más bien, una prueba más del constante empeño por reconducir artificialmente estos casos a la causa organizativa y viene a confirmar, más bien, el hecho de que la descentralización productiva es un remedio organizativo para causas de cualquier tipo (incluso las más de las veces económicas) y no necesariamente organizativas ⁴¹.

Así, por ejemplo, si los medios de producción son obsoletos (causa técnica) puede encontrarse solución comprando otros nuevos o contratando la producción de la empresa con otra empresa que disponga de los medios adecuados. Si existen problemas de productividad de la mano de obra (causa organizativa) pueden aplicarse sistemas de mejora de la eficiencia y rendimiento del trabajo en la empresa o, directamente, contratar la producción, la distribución o la actividad de que se trate con otra empresa y si la empresa pierde cuota de mercado, sus productos o servicios no son productivos

³⁹ M.ª Amparo ESTEVE SEGARRA en «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: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, (21), 2001, págs. 508-509.

⁴⁰ Se abordará esta cuestión con más detenimiento posteriormente en este trabajo.

⁴¹ En la línea de lo defendido al respecto en este trabajo resulta muy gráfico y representativo el texto de la STSJ del Principado de Asturias de 6 de noviembre de 1998 (AS 1998/4001) al señalar: «(...) **la redacción de los artículos 51 y 52 del ET pone el acento en el elemento causal de la amortización antes que en la propia desaparición del puesto de trabajo (...)**».

o competitivos (causa productiva) ello también puede mejorarse internamente o contratando externamente con otra empresa (que quizás se ocupe de fabricar un producto más atractivo o de presentarlo en el mercado de manera más comercial al desarrollar una campaña publicitaria más eficaz que la de la empresa descentralizadora). Incluso si la empresa ya está en crisis (causa económica) puede encomendarse a otra empresa la realización de actividades (que antes eran propias de la primera) para intentar el saneamiento de la situación.

Entiendo, por tanto, que entra dentro de la libertad de empresa (art. 38 de la CE) contratar o subcontratar actividades o servicios con otras empresas, entidades o sujetos, pero creo que en el ámbito de la extinción de contratos de trabajo por causas empresariales es un error identificar la descentralización productiva siempre con causas organizativas o, incluso más allá, pensar que la mera contratación externa (al ser considerada automáticamente causa organizativa) legítima por sí misma a extinguir contratos por esta vía.

En definitiva, en mi opinión, la descentralización productiva propia (con extinción de contratos) constituye un proceso complejo integrado por dos medidas combinadas:

- a) La extinción de los contratos de trabajo (que constituye uno más de los elementos que componen la fase interna de aquel proceso consistente en la supresión de la actividad en la empresa principal) y que no es libre sino causal.
- b) La externalización de la actividad (que se corresponde con la fase externa del proceso mediante la cual el desarrollo de la actividad se encomienda a través de contratos u otros instrumentos a otras empresas) y que es libre pues deriva directamente del derecho del empresario a organizar su actividad libremente.

Por ello, estas medidas –como dos partes complementarias de un mismo proceso– deben ser situadas en un mismo plano y no la una como origen o causa de la otra pues entonces, paradójicamente, termina por producirse un absurdo y perturbador efecto descausalizador.

En efecto, estas medidas combinadas pueden jugar como una prevención/reacción frente a situaciones negativas actuales o eventuales o bien simplemente como medio de optimización de los resultados empresariales (objetivo totalmente legítimo) pero mientras la segunda medida podrá utilizarse libremente (en cualquier caso) la primera sólo podrá utilizar las vías previstas para la extinción por causas empresariales en los casos justificados por aquellas situaciones (sin que ello impida al empresario completar el proceso extinguiendo los contratos por otras causas –si proceden– o por cualesquiera –aunque no procedan– ateniéndose entonces a las consecuencias previstas legalmente para los casos de improcedencia o falta de causa: básicamente mayores indemnizaciones)⁴².

⁴² En un sentido parecido, –respecto a estas otras posibilidades– María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ en «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», ob. cit., pág. 418, glosando la expresión: «constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» de la STS de 21 de marzo de 1997 y «asegurar la viabilidad de la empresa y su competitividad», entiende que hablamos de «finalidades contrapuestas a la mera optimización de los recursos humanos y a la maximización de beneficios, en que la extinción por estas causas queda proscrita, debiendo recurrirse con esta finalidad a otras

Nadie niega, pues, el ejercicio de las libertades empresariales pero no podemos admitir su configuración, sin más, como causa de las extinciones por causas objetivas.

2.2. ¿La descentralización productiva como causa de despido?

Como hemos dicho, con base en la percepción generalizada de estas situaciones como constitutivas de causa organizativa, por algunos autores se ha llegado a sostener la posibilidad de considerar la decisión empresarial de externalización de una actividad como legitimadora, por sí misma, del despido por causas empresariales⁴³.

No obstante lo anterior, ha prevalecido la opinión de que, al no existir en nuestro ordenamiento una previsión específica para despedir por causa de descentralización productiva, a diferencia de lo que ocurre con otras situaciones: tales como reconversiones industriales, venta judicial de empresa, etc.⁴⁴ hay que aplicar el régimen general de extinción por causas empresariales a estos supuestos y no considerar la mera decisión de externalizar causa independiente de despido. Así:

1. Por SOLÁ MONELL, X., en la obra citada en la nota anterior, se esgrimen dos razones:

La primera, que es necesario para el juego de las causas empresariales de extinción del contrato que la empresa se halle en situación de dificultad por problemas de rentabilidad o eficiencia y que la medida extintiva contribuya a su superación, por ello, consistiendo la descentralización en un mero desplazamiento de actividades al exterior de la empresa serán las circunstancias que la acompañan y no la descentralización en sí misma las que determinen la existencia o no de causa de despido.

La segunda, es que entender que la decisión descentralizadora legítima por sí misma para la extinción supone –utilizando palabras de LÓPEZ GÓMEZ, José M.^a– «elevar a la categoría de causa la mera voluntad del empresario», lo cual sería contrario a los principios de buena fe, no abuso de derecho, y a la prohibición de fraude de ley.

2. En el mismo sentido, SORIANO CORTÉS, D.⁴⁵, indica que «no cabe inferir que tal práctica descentralizadora tenga legitimación suficiente para amparar por sí misma el despido» (...),

formas no traumáticas de reordenación del trabajo o a extinciones diversas del despido, en las que resulta relevante la voluntad del trabajador».

⁴³ Por ejemplo, GARCÍA FERNÁNDEZ, al menos inicialmente. No creemos incluido en este grupo a GOERLICH PESET, J.M.^a (pese a que Dulce SORIANO CORTÉS, en «La incidencia...», ob. cit., pág. 585, le señala como defensor de dicha tesis) quien en *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 74, se refiere a la sustantividad de las causas organizativas respecto de las técnicas, en cuanto aquéllas no requieren inversión en bienes de capital para entenderse producida la causa de despido sino que basta la decisión empresarial pero no dota a esta decisión de eficacia extintiva por sí misma fuera del marco del artículo 51 del ET, y en «Los despidos colectivos», en AA. VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo II, Edersa, Madrid, 1994, se refiere a que la decisión del empresario de descentralizar puede ser causa de despido colectivo siempre que «se adecue a los criterios del artículo 51.1.II del ET».

⁴⁴ Xavier SOLÁ MONELL: «El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva», ob. cit.

⁴⁵ «La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones» en *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2-2007.

«ya que nuestro ordenamiento no la contempla expresamente como causa de despido, ni tampoco contiene un procedimiento especial para tales supuestos (...)».

Ambos autores se refieren a las SSTs de 21 de marzo de 1997 y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1997/2615 y 1998/7586) como justificativas de su posición —que también es la mía— al señalar: «únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial».

En mi opinión —tal y como he señalado— las contratas y subcontratas pueden obedecer a problemas y situaciones de muy distinto tipo —no sólo organizativos— y ofrecer soluciones de muy distinta clase. Asimismo, la contratación externa podrá producirse en situaciones de muy distinta gravedad. No es lo mismo contratar en una situación boyante para mejorar resultados, que en casos más graves o, incluso, como solución desesperada cuando ya se está perdiendo dinero. Y es aquí donde entendemos que se encuentra el *quid* de la cuestión.

Se trataría de verificar a qué tipo de situación hace frente la medida descentralizadora para poder así determinar si aquella situación —y no la descentralización en sí misma— tiene encaje en alguna de las causas (ya sean económicas, técnicas, organizativas o de producción) previstas legalmente para poder extinguir los contratos según los artículos 51.1 y 52 c) del ET.

3. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE EXTINCIÓN A LOS CASOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

En mi opinión la solución para los supuestos aquí estudiados pasa por aplicar a la descentralización productiva la doctrina general sobre extinción del contrato de trabajo por causas empresariales contenida en los artículos 49, 51.1 y 52 c) del ET y su jurisprudencia interpretativa, distinguiendo según se trate de despido colectivo o extinción por causas objetivas.

Esto es, siguiendo las premisas establecidas con carácter general, será necesaria también en los casos de descentralización productiva, la actualización de unos hechos que determinen un problema de rentabilidad o eficiencia en la empresa y la prueba/argumentación de que la medida extintiva ⁴⁶ contribuirá adecuadamente al cumplimiento de los fines legales.

⁴⁶ En contra de Xavier SOLÁ MONELL en «El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva», ob. cit., entendemos que la medida que debe ser objeto del juicio de razonabilidad para el cumplimiento del fin legal es la extintiva y no la descentralización, pues sólo a aquella se refiere la ley; la descentralización, todo lo más, puede ser considerada una de aquellas otras medidas que contribuyen con la extintiva a logro del fin. Recordemos aquí la STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996/5297) al clarificar que «contribuir» significa «ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin».

3.1. Aplicación de la normativa general a los casos de despido colectivo

Si la empresa se encuentra ante un presupuesto de hecho determinante ya sea de causa técnica, organizativa o de producción (problemas insalvables que afecten a sus medios de producción, la eficiencia del trabajo o a la competitividad de sus productos o servicios) **o incluso ante una crisis de resultados** (pérdidas continuadas o incluso –en una interpretación más flexible– pérdida de beneficios continuada que pueda llevar a entender razonablemente que en breve se incurrirá en pérdidas) **y adopta la decisión de descentralizar actividades o servicios hasta entonces desarrollados en el seno de la propia empresa por trabajadores que no pueden ser recolocados internamente y se prueba que esta medida unida a la de prescindir de los trabajadores mencionados contribuirá razonablemente al objetivo de garantizar la supervivencia de la empresa y el empleo de los demás trabajadores o a superar la crisis de resultados, habrá que entender entonces que el despido por estas causas está justificado y no así en los demás casos.**

Cuando la empresa no se encuentre en alguno de estos casos podrá descentralizar –lógicamente, está dentro de las facultades de organización y dirección del empresario hacerlo–, o trasladar a los trabajadores a otros puestos de trabajo e incluso despedirlos, pero no por estas causas previstas por la ley para situaciones excepcionales.

Ocurre así que la mera decisión del empresario de descentralizar, por crear con ello duplicidad de actividades⁴⁷, o la mera posibilidad de mejorar –con estas medidas de contratación externas– los resultados, no justifican en sí mismas la extinción por las causas estudiadas. En efecto, las medidas descentralizadoras son adoptables pero sólo pueden producir el efecto de extinción regulado en los artículos mencionados si pretende salvarse a la empresa de una situación previa a la crisis o de la crisis misma⁴⁸ y siempre que los trabajadores afectados no puedan ser recolocados, pero no en cualquier caso.

3.2. Aplicación de la normativa general a los casos de despido por causas objetivas

En el caso de la extinción por causas objetivas del artículo 52 c) del ET, cuando se trate de extinciones que tengan su origen en causas técnicas, organizativas o de producción no se requerirá para su justificación que la empresa se encuentre en situaciones críticas o pre-críticas basando para la procedencia de la medida con que existan dificultades que afecten al buen funcionamiento de la empresa y que se acredite que, de este modo, se contribuye a la superación de las mismas.

⁴⁷ En contra las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8291 y RJ 2000/8660), si bien con la importante matización de que estas sentencias se refieren a un supuesto de despido objetivo del artículo 52 c) y no al colectivo estudiado en este punto.

⁴⁸ «Únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad (...) y no un simple medio para lograr un incremento de beneficio empresarial», dice las STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615), si bien en contra de lo postulado en el presente estudio, esta sentencia circunscribe el tema de la descentralización únicamente a la resolución de problemas estrictamente organizativos. Existen más sentencias –anteriores y posteriores a la reforma operada por la Ley 11/1994– que marcan este criterio restrictivo, como por ejemplo, las STS de 14 de octubre de 1983 y 30 de septiembre de 1998, respectivamente (RJ 1983/5094 y 1998/7586).

En el caso de extinción por esta vía con causa económica, serán aplicables las consideraciones señaladas para el despido colectivo por causa económica, ya que entiendo, con la mayor parte de la doctrina, que la expresión en plural «situaciones económicas negativas» del artículo 52 c) del ET no implica ninguna diferencia de fondo respecto a la expresión en singular del artículo 51.1 de la misma norma.

3.2.1. *La necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo del artículo 52 c) del ET. Dos problemas interpretativos*

La interpretación del tenor literal del artículo 52 c) del ET al incluir la expresión «**necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo**» ha provocado, principalmente, dos cuestiones de notable incidencia en la materia que nos ocupa.

Básicamente, los problemas interpretativos que dicha expresión plantea surgen, en primer lugar, a la hora de dilucidar si el sentido del término «**necesidad**»⁴⁹ puede ser interpretado como la imposición por ley de un carácter de última ratio sobre la medida extintiva y, de otro lado, cuando se trata de determinar si la **amortización del puesto trabajo** impuesta por tal precepto impide el desarrollo por otros trabajadores de la tareas propias del mismo.

A continuación nos ocupamos de ambas cuestiones con mayor detalle:

A) Con relación al primero de los problemas apuntados, en mi opinión, aun cumpliéndose con los requisitos, antes expresados, exigidos por los artículos 49, 51.1 y 52 c) del ET no estará automáticamente justificado el efecto extintivo de la medida descentralizadora si no se prueba la inviabilidad del resto de soluciones –menos drásticas– proporcionadas por el legislador, o lo que es lo mismo, que no procederá la extinción del contrato de trabajo si el empleo del trabajador puede ser mantenido mediante la adopción de medidas de movilidad funcional (art. 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) o suspensión del contrato de trabajo (art. 47 ET)⁵⁰.

⁴⁹ A este respecto la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) entiende «que no se puede confundir "necesidad" con "conveniencia" en la decisión extintiva empresarial».

⁵⁰ Los artículos 40 y 41 del ET sujetan sus respectivas medidas por ellos reguladas al fin de «contribuir a mejorar la situación de la empresa»; tenor legal bastante más flexible (y que, por tanto, favorece una mayor utilización de las mismas) que las expresiones de los artículos 51.1 y 52 c) del ET de contribuir a superar situaciones económicas negativas, garantizando la viabilidad futura de la empresa y el empleo o superación de dificultades de funcionamiento. Un importante sector doctrinal apoya la extinción como medida última para situaciones graves y suficientes una vez agotada la posibilidad de utilización de medios menos drásticos: J.M.ª. GOERLICH PESET en *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 76 y 100; F. VALDÉS «Los despidos por causa económica» en *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 403 y 405; o DEL REY GUANTER, S., DEL VALLE VILLAR, J. M. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. José. En el mismo sentido, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 1995 (AS 1995/4034), que entiende que debe demostrarse la necesidad, esto es, que el despido no puede ser evitado con otras acciones normales de la gestión empresarial. Alfredo MONTOYA MELGAR, «Contrato de Trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de las extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 8, 1998, señala que el legislador no ha asignado a cada situación una medida sino que ha preferido que cualquier causa pueda ser atendida con cualquier remedio. Al respecto afirma que existen tres niveles o grados que se combaten con sus correspondientes medidas: 1) La situación econó-

A mi juicio, éste es el verdadero sentido de la expresión legal «(...) **necesidad** objetivamente acreditada de amortizar (...)» pues esa necesidad debe ser entendida como imposibilidad de adopción de otras medidas menos radicales que puedan dar solución al problema de que adolece la empresa. La expresión necesidad induce a pensar en que se trata de un «último recurso» pues no existe otra solución posible⁵¹. El legislador trataría con ello de revestir a las medidas extintivas del carácter más excepcional posible en atención a la consideración del principio de estabilidad en el empleo como un valor a proteger y a la gravedad con que en nuestro entorno se presenta el problema del desempleo.

De otro lado, dentro de esta misma filosofía en favor de la conservación del puesto de trabajo, **una vez contrastada la necesidad de la medida extintiva** y con el fin de minimizar los efectos de la misma y favorecer el mantenimiento del empleo para los trabajadores afectados por estos procesos de descentralización con efecto extintivo—a la vista de las interpretaciones jurisprudenciales cada vez más flexibles— existen autores que apoyan la posibilidad de articular excepciones a la prohibición de la cesión de mano de obra (art. 43 ET) con el objeto de facilitar el traspaso de los trabajadores que prestaban el servicio descentralizado desde la empresa principal a la empresa contratista. Se trataría de opiniones favorables a la extensión de la subrogación en relaciones laborales del anterior empresario prevista en el artículo 44 del ET aunque no exista la transmisión de los medios productivos en él prevista.

En mi opinión, no hay que perder de vista, en tal caso, la posibilidad de trasladar por esta vía nuevos problemas organizativos a la empresa contratista, en el caso de que ésta ya contase con tra-

mica negativa que se combate con despidos colectivos y amortizaciones objetivas. 2) La situación económica mejorable para la que serían aplicables las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los traslados. 3) La situación económica coyuntural que se corresponde con las suspensiones colectivas de contratos de trabajo. En contra de esta configuración legal de medidas escalonadas en función de la gravedad de la situación a superar, con el despido como último recurso, se sitúa María Emilia CASAS BAAMONDE en «Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea» en la obra colectiva *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas* dirigida por José Pablo ARAMENDI SÁNCHEZ, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 43, 44 y 45. Entiende que, tras la reforma de 1994, podría prevalecer la interpretación de que la decisión sobre qué medidas deben adoptarse y su prevalencia correspondería al empresario que sólo necesitaría probar la existencia de las causas previstas y con la gravedad exigida para cada medida de la misma forma que las autoridades administrativa y judicial deberían limitarse a comprobar la concurrencia de las mismas y su suficiencia y no dedicarse a gestionar empresas. En cualquier caso, de mantenerse la interpretación escalonada tradicional, entiende que los despidos colectivos podrían haber dejado de ser la última «ratio» pasando a ocupar su puesto las suspensiones dada la mayor rigidez en la literalidad de la ley con relación a estas últimas.

⁵¹ Hay que destacar, sin embargo, que totalmente en contra de esta concepción de «última ratio» —que defendemos en este trabajo con base en la expresión «necesidad» del artículo 52 c) del ET y a una interpretación sistemática de la estructura de la propia Ley del ET— se encuentra la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002/3787) indica que: «conduce a la inaceptable conclusión de que cuando se alegan causas organizativas o de producción, han de agotarse todas las posibilidades de acomodo del trabajador o de su destino a otro puesto vacante de la misma empresa, hasta el punto de que si no se procede así el despido se califica de improcedente. A este respecto debe tenerse presente el texto legal en sus pronunciamientos concretos; el artículo 52 c) del ET no contempla esa posibilidad ni impone de manera expresa al empresario la obligación de mantener al trabajador afectado por la medida, en la plantilla utilizando sus servicios en otros centros de trabajo de la misma o de distinta localidad». En el mismo sentido, las SSTs de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002/5212) y 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165) entienden que el artículo 52 c) del ET no impone al empresario la obligación legal, que si podrían prever los convenios colectivos, de «agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, o de «su destino a otro puesto vacante de la misma» (SSTS 13 de febrero de 2002 y 19 de marzo de 2002) estableciendo en cambio otras compensaciones como indemnización por cese, preaviso y licencia de horas para buscar nuevo empleo. Con anterioridad otras sentencias como la del TSJ de Castilla-La Mancha de 27 de junio de 1995 (AS 1996/36) sí se habían pronunciado a favor del carácter de «último recurso» del despido por estas causas al exigir que la empresa demuestre la necesidad de que el despido no pueda ser evitado con otras acciones.

bajadores propios con anterioridad. La opción comentada parece más plausible en el caso –cada vez más frecuente, por otro lado– de *empresas contratistas nuevas* cuya creación es auspiciada –en muchos casos veladamente– por grandes empresas principales que descentralizan con el objeto de dotar de mayor eficiencia, eficacia o agilidad a la producción o prestación de bienes o servicios a través de empresas externas más pequeñas o con otros fines, menos transparentes, como escapar del ámbito de aplicación de convenios colectivos, a la presión sindical o, en general, con el fin de buscar la aplicación de condiciones laborales más ventajosas⁵². En el bien entendido de que ante la concurrencia de los requisitos legales justificativos de la extinción de contratos en el seno de la empresa principal descentralizadora siempre parece mejor opción que la cobertura de los puestos de trabajo de nueva creación en la empresa receptora de la actividad se efectúe con los trabajadores que desarrollaban ésta en aquélla que la opción del desempleo de estos trabajadores. No así cuando no se reúnan los requisitos extintivos mencionados pues, normalmente, nos encontraríamos ante una mera cesión de trabajadores para la prestación de su trabajo al servicio de empresas con peores condiciones y/o derechos laborales prohibida por el artículo 43 del ET.

B) En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, como ya hemos dicho, generalmente, las extinciones derivadas de descentralizaciones productivas han sido estudiadas como constitutivas de extinción por *causa organizativa* y, tradicionalmente, las causas organizativas han estado vinculadas a medidas de gestión interna donde el puesto de trabajo se amortiza por haberse vaciado de contenido, ya sea directamente por su total supresión como consecuencia de una reducción del volumen negocio o por pasar a ser desarrollado por otros trabajadores de la empresa.

Cabe plantearse, sin embargo, si el hecho de que las funciones antes desempeñadas por los trabajadores despedidos pasen a desarrollarse por trabajadores de otras empresas o profesionales pugna con la exigencia del artículo 52 c) del ET de que «exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo» o, si por el contrario, cabe entender que si tradicionalmente se admitía el despido por causas objetivas cuando las funciones se pasaban a desempeñar por otros trabajadores de la misma empresa⁵³ por idéntica razón se podrá admitir su desarrollo por trabajadores

⁵² Como señala Germán BARREIRO GONZÁLEZ, (en «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94, 1999, págs. 165 a 185) en el nuevo contexto económico competitivo en el que deben actuar actualmente las empresas han adoptado básicamente dos estrategias distintas y aparentemente antagónicas: por un lado, las fusiones y absorciones con el fin de aumentar su tamaño para poder influir de manera más determinante en el mercado y, de otro lado, el *outsourcing*, buscando el adelgazamiento de sus estructuras al límite de lo reconocible como actividad principal de la empresa para reducir al máximo los costes y obtener la mayor flexibilidad posible ante las fluctuaciones de la demanda. «(...) si bien este último sea precisamente, en muchos casos, la fórmula más fácil para convertir, aprovechando las lagunas del ordenamiento jurídico, una empresa en un grupo de empresas horizontal, descentralizando sólo el riesgo pero conservando en el fondo el control de toda la actividad productiva, aun cuando para ello sea necesario acudir a modelos de colaboración forzosa (acciones de mejora interna, reingeniería, filiación interna e incluso procesos de *insourcing* o, al menos, de alianzas, ya sean puramente estratégicas, ya de filiación de socios externos)».

⁵³ En este sentido, se pronuncia inequívocamente la STS de 15 de octubre de 2003 (RJ 2004/4093), al señalar: «De acuerdo con nuestra sentencia de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/5452), la amortización de puestos de trabajo en que consiste el despido objetivo o económico del artículo 52 c) del ET tiene lugar cuando se produce una disminución de los efectivos de la empresa por extinción de contratos de trabajo acordada por el empresario, aunque las funciones o cometidos laborales desempeñados antes por los trabajadores despedidos se asignen a otros trabajadores de la empresa o sean asumidos por el propio empresario. El artículo 52 c) del ET se refiere por tanto a una amortización orgánica efectiva o propiamente dicha, relativa a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la empresa, y no a una amortización funcional o virtual, concerniente a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en la misma». En suplicación, las SSTSJ de Anda-

externos aun cuando, en ambos casos, en cierto modo, se pueda apreciar la pervivencia del puesto de trabajo o, al menos, de las funciones en él desarrolladas.

En otras palabras, la expresión del artículo 52 c) del ET «cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo (...)» plantea la cuestión de si dicha «amortización» se refiere a la extinción del contrato de trabajo con supresión del puesto de trabajo y de la función⁵⁴ o si, por el contrario, puede entenderse que la ley maneja un concepto formal de puesto de trabajo que permite su supresión permitiendo a las funciones que a él estaban asociadas una vida independiente.

En este sentido, existen opiniones que entienden que dicha «amortización» exige la del puesto de trabajo y la de la función porque parece lógico que si la ley autoriza a extinguir contratos sobre la base de que el mantenimiento del mismo (y de sus funciones) resulta demasiado oneroso para el empresario no debería admitirse que el mismo puesto siga funcionando a manos de otro trabajador⁵⁵.

Esto último tiene especial importancia en el asunto que nos ocupa pues, según lo anterior, no podría aceptarse el despido por esta vía siempre que las funciones del puesto a amortizar pervivieran a manos de otro trabajador y, por consiguiente, tampoco podría admitirse que las funciones que desarrollaba en su puesto el trabajador despedido fuesen contratadas o subcontratadas con trabajadores autónomos o de otras empresas. Sin embargo, como vamos a ver, prevalece la opinión contraria.

Así, para SORIANO CORTÉS, D., «la necesidad de amortizar se vincula al puesto o puestos de trabajo afectados y, no tanto, a las funciones llevadas a cabo por los trabajadores. Consiguientemente, amortizar un puesto de trabajo significa suprimirlo, sin que ello equivalga a la desaparición de las funciones que en él se hacían (...)». En el mismo sentido, SOLÀ MONELL, X. entiende que para que exista amortización «es suficiente con que se suprima el puesto sin necesidad de que desaparezcan las funciones». También DESDENTADO BONETE, A., entiende que el puesto puede desaparecer pero continuar desarrollándose las funciones por la máquina o por otros trabajadores que sustituyen al despedido⁵⁶. Por su

lucía de 30 de octubre de 1995 (AS 1995/3855): «siendo lógica la amortización aún cuando las funciones de los cesados pasaran a realizarlas otros trabajadores del mismo o de otro centro» y del País Vasco de 24 de febrero de 1998 (AS 1998/762) admiten la supresión del puesto de trabajo y la asunción de sus funciones por otros puestos de la misma empresa. Esta misma sentencia nos proporciona la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) como ejemplo de admisión del desarrollo de estas funciones fuera de la empresa. Las STSJ de Galicia de 29 de julio de 1995 (AS 1995/2020) y la del Jdo. de Madrid de 21 de marzo de 1995 no exigían tampoco la supresión simultánea del puesto de trabajo y de las funciones. Por el contrario, la STSJ de Galicia de 12 de septiembre de 1995 (AS 1996/85) rechazaba el despido si las funciones desempeñadas por el despedido son asumidas por otro trabajador.

⁵⁴ Alfredo MONTOYA MELGAR, «Contrato de Trabajo y economía (...)», ob. cit., pág. 62 *in fine*.

⁵⁵ SSTSJ de Galicia de 20 septiembre de 1995 y de Castilla-La Mancha de 13 de julio de 1997 [proporcionadas por Alfredo MONTOYA MELGAR en «Contrato de Trabajo y economía (...)», ob. cit., pág. 63]. En contra, las SSTSJ de Cataluña de 30 de octubre y 19 de junio de 1995 (AS 1995/2401) y la de Castilla y León de 29 de noviembre de 1994 (AS 1994/4442) siguiendo el criterio de la STS de 17 de abril de 1986 (RJ 1986/2195), así como la de Andalucía de 18 de octubre de 1995 (AS 1995/3817). C. BRIONES GONZÁLEZ (en «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas», MTSS, Madrid) mantiene una posición más matizada al entender que la extinción exige la amortización del puesto de trabajo afectado pero no de sus funciones en la medida en que éstas pueden continuar desarrollándose de forma mecanizada o automatizada o por otros trabajadores contratados con anterioridad pero nunca por trabajadores nuevos contratados para desarrollar las funciones del trabajador sustituido.

⁵⁶ En «Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico», pág. 75, remitiéndonos para ello a la STSJ de Galicia de 17 de octubre de 1994 (AS 1994/2820).

parte, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.⁵⁷ señala que la amortización *queda referida al puesto o puestos de trabajo afectados, y no tanto a las funciones o la actividad productiva desarrolladas por los trabajadores que los ocupaban, entendidas en abstracto*. Esta misma autora, como también MONTOYA MELGAR, A.,⁵⁸ sugieren la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615)⁵⁹ como paradigmático ejemplo de la admisión de descentralizaciones productivas que afecten a funciones desarrolladas por trabajadores despedidos objetivamente. Dicha STS se decantaría, según estos autores, por un entendimiento flexible del requisito de la necesidad de amortización del puesto de trabajo del artículo 52 c) del ET al manejar un concepto formal de puesto de trabajo que elude toda equiparación del mismo con las funciones desempeñadas por el trabajador. De esta forma, se legitimaría la extinción de contratos de trabajo en el seno de un proceso de descentralización aun cuando a consecuencia del mismo las funciones del puesto amortizado (además, en el caso enjuiciado, difícilmente prescindibles: tareas de jardinería en un club de campo) siguieran desempeñándose a manos de otros trabajadores pertenecientes a la empresa contratista, siempre que aquélla constituyera una medida «racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial».

4. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

El punto de enfoque principal para abordar el estudio del problema que nos ocupa es enjuiciar si a la vista de los artículos 51.1 y 52 c) del ET las extinciones que puedan plantearse con relación a procesos de descentralización están relacionadas con necesidades de superación de crisis o pre-crisis (si el despido es colectivo) o, en el caso de despidos individuales o plurales, por el ánimo de suprimir puestos de trabajo disfuncionales (esto es, superar dificultades que afecten el buen funcionamiento de la empresa) —como se ha defendido en este trabajo— o, por el contrario, las motivaciones no son las señaladas sino la mera reducción de costes y el puro deseo de incremento de beneficios.

El debate se abre principalmente a partir de la reforma del artículo 52 c) del ET, por la Ley 63/1997, pues en lo que se refiere a las causas técnicas, organizativas o de producción exige como única justificación que tengan por fin «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» con lo que —sin perjuicio de los problemas interpretativos que ya planteaba el art. 51 ET— a partir de aquel momento surgen nuevas cuestiones.

Concretamente, se plantea si el efecto claramente flexibilizador de la reforma debe quedar limitado por las corrientes doctrinales y jurisprudenciales iniciales que sólo admiten este tipo de

⁵⁷ María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», ob. cit., pág. 413.

⁵⁸ Alfredo MONTOYA MELGAR, «Contrato de Trabajo y economía (...)», ob. cit., pág. 63.

⁵⁹ A la que se remite la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586) pero de la que, sin embargo, en este aspecto no parece desprenderse el mismo criterio cuando refiriéndose a la sentencia de suplicación ofrecida como de contraste decía: «puesto que el servicio médico que prestaba la actora siguió prestándose, pero por distinto facultativo, perteneciente al centro de salud con el que contrató la empresa, lo que supone que no había necesidad de amortizar el puesto de trabajo, sino que de hecho no se amortizó».

extinciones en el marco de un escenario de crisis o si, por el contrario, como hemos dicho arriba, basta con que tenga por objeto la supresión de puestos claramente disfuncionales (especialmente para los despidos objetivos) o si incluso, interpretando al extremo, pueden admitirse tales extinciones con tal de que puedan considerarse «un medio racional en términos de eficacia de la organización productiva», con lo que la práctica totalidad de los procesos de descentralización productiva serían admisibles, a estos efectos, en cuanto tienden normalmente a una mejora de la organización productiva de cualquier empresa.

A desentrañar estas cuestiones quizás coadyuve el estudio de evolución jurisprudencial en esta materia que a continuación se desarrolla. En lo que sigue, a través de tres bloques, analizaré las distintas fases que ha seguido la doctrina jurisprudencial en esta materia, con el fin de intentar extraer de ello una tendencia o trayectoria en la interpretación judicial de estos casos, acompañando, en algunos momentos, mi juicio crítico y comentarios ⁶⁰.

4.1. Etapa inicial de admisión restrictiva

Según ESTEVE SEGARRA, M.^a Amparo, ⁶¹ tres elementos sirvieron de base a la jurisprudencia inicialmente para una admisión restrictiva ⁶² del despido en los casos de descentralización productiva:

1. *Vinculación de las causas organizativas a la económica*, ya que la definición legal de las causas (también para los despidos objetivos antes de la reforma del art. 52 c) ET por Ley 63/1997) exigía que el despido contribuyera a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo» lo cual llevó a las sentencias de esta etapa inicial, aun cuando partieran de la premisa de considerar la externalización como constitutiva de causa organizativa, a tener

⁶⁰ Quisiera puntualizar aquí –aunque parezca ocioso por evidente o innecesario– que tales consideraciones personales no tienen por fin poner en tela de juicio la indubitada prevalencia de la doctrina de nuestros Tribunales sino única y humildemente comprobar, a efectos puramente académicos, su correspondencia (aproximación o alejamiento en cada momento) con el modelo teórico defendido en este trabajo.

⁶¹ En «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», ob. cit.

⁶² Sentencias en suplicación que mantienen posturas restrictivas son, por ejemplo: STSJ de Cataluña de 20 de enero de 1996 (AS 172). STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 1995 (AS 4900). STSJ de Castilla y León de 8 febrero de 1995 (AS 549). STSJ de Galicia de 24 de febrero de 1995 (AS 607). SSTSJ de La Rioja de 21 de abril de 1995 (AS 1373) y 8 de abril de 1997 (AS 1799). STSJ de Castilla y León de 2 de mayo 1995 (AS 2037). SSTSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1995 (AS 3172) y 31 de julio de 1997 (AS 2542). STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 1996 (AS 4902). STSJ del País Vasco de 28 de noviembre de 1995 (AS 4386). STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 1995 (AS 4464). STSJ de Cataluña de 30 de junio 1995 (AS 2436). STSJ de Cataluña 19 de octubre 1995 (AS 4007). SSTSJ del Principado de Asturias 28 de abril 1995 (AS 1450), 26 de septiembre de 1997 y 6 de noviembre de 1998. STSJ de Andalucía de 2 de octubre 1995 (AS 3878). STSJ de Galicia 10 de enero 1996 (AS 688). STSJ de Cataluña 21 de febrero 1997 (AS 1836). SSTSJ de Galicia de 22 de mayo (AS 1671) y 29 de octubre de 1997 (AS 3736). STSJ de Andalucía de 27 de noviembre de 1997 (AS 5197). SSTSJ del País Vasco de 3 de octubre de 1995 (AS 3702) y 30 de enero de 1996. STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 1997. STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 mayo de 1997 (AS 1606). SSTSJ de Cataluña de 26 mayo (AS 1965), 2 de septiembre (AS 3585) y 2 de noviembre de 1997 (AS 3585). STSJ de Madrid de 28 de febrero de 1997 (AS 408). STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 1995 (AS 4658). Por contra, admiten las SSTS de 14 octubre 1983 (RJ 1983/5094) y 24 abril de 1996 (RJ 1996/5297) que suaviza la exigencia de que la medida extintiva sea por sí sola la que lleve a la superación de la crisis bastando con que contribuya a la mejoría de la empresa.

siempre como punto de referencia la situación económica de la empresa y su posible incidencia sobre el futuro de la misma ⁶³.

FERNANDEZ LÓPEZ ⁶⁴ se refiere, sin embargo, para esta etapa inicial a un segundo grupo de sentencias –en las que trasluce ya el influjo del RD-L 8/1997, de 16 de mayo, que precede a la Ley 63/1997– en las que (...) *ya no se exige con la misma contundencia ese telón de fondo crítico que se mantenía en la primera línea jurisprudencial (...)*. En ellas *la causa organizativa aparece como una justificación realmente autónoma frente a la económica (...)* y (...) *la causa de despido se considera concurrente con la disfunción organizativa*. La autora cita, en este sentido, las SSTSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1997 (AS 1997/3585), País Vasco de 10 de febrero de 1998 (AS 1998/875) y reproduce parte del texto de la STSJ de Castilla y León de 3 de junio de 1997 (AS 1997/1922): «no es precisa –dice ésta–, en el caso de que el despido se fundamente en causas organizativas, la existencia de un resultado deficitario en la explotación empresarial, siendo suficiente el desajuste en la organización de los recursos humanos, de modo que tal alteración menoscabe... la posición competitiva (de la empresa) en el mercado, amenazando razonablemente su pervivencia».

En mi opinión, este segundo grupo de sentencias no sólo representan la desvinculación de la causa organizativa respecto a la económica sino que, más allá, constituyen un buen ejemplo de la correcta configuración de la causa de extinción en los casos de descentralización productiva.

En efecto, del mismo modo que –como habíamos defendido más arriba– la conjunción descentralización-extinción puede responder a causas distintas de las organizativas también, efectivamente, –como trasluce en el texto reproducido– puede responder realmente a causas organizativas, en sentido propio, cuando la adopción de las medidas responde realmente a *un desajuste previo en la organización de los recursos humanos* y sin que el hecho de que no se exija para la valoración de esta causa la existencia de una situación deficitaria haga sino evidenciar la doble confusión en que incurrieron las tesis jurisprudenciales anteriores; en primer lugar, al colgar directamente el cartel «organizativa» por el hecho de mediar una descentralización productiva pero también, en segundo lugar y pese a dicha calificación, al no hacer sino buscar indicios de causas económicas para justificar la medida cuando para ello lo que se exigía es que la medida extintiva responda a la finalidad de garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo y no la existencia de problemas de rentabilidad. El desenfoco se remataba, pues, con esta última equiparación absoluta (viabilidad amenazada = situación económica negativa) ⁶⁵.

⁶³ La STSJ de Galicia de 24 de febrero de 1995 (AS 607) y también la STSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1995 (AS 3172) son muy significativas en lo que se refiere a la exigencia de prueba de situación económica negativa y garantía de la viabilidad futura de la empresa. En otro caso, como hemos comentado, se corría el peligro de entender que la mera decisión organizativa del empresario constituiría causa de despido y, de este modo, siendo la mejora de la organización empresarial un necesidad de toda empresa podría resultar un panorama cercano al despido libre o sin causa.

⁶⁴ «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», ob. cit., págs. 414 y 415.

⁶⁵ Se trataría, en línea con la importante corriente doctrinal que aboga por la atribución de carácter preventivo a las causas técnicas, organizativas y productivas, de un entendimiento de la causa organizativa como condicionada a la finalidad de garantía de viabilidad de la empresa y del empleo pero previo y desligado de la existencia de situaciones económicas críticas. Es lo que María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ viene a expresar, con otras palabras en «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», ob. cit., pág. 419, al decir: «(...) esas deficiencias pueden deducirse

Porque la medida extintiva se condicione a la viabilidad de la empresa y del empleo la causa organizativa no tiene por qué ser o estar vinculada con la económica ni porque la descentralización sea una medida organizativa la extinción tiene por qué tener causa organizativa necesariamente. La extinción puede responder –vaya o no acompañada de descentralización– a cualquier causa y estas sentencias son un claro ejemplo de desajustes de mano de obra que, por definición, dan lugar a causa organizativa y que, no obstante, se condicionan a la viabilidad de la empresa sin que por ello se conviertan en causa económica (y sin que ello tampoco tenga por qué ser visto como una desvinculación forzada de la causa económica). Del mismo modo que cuando nos encontremos ante un escenario de crisis en la empresa la causa será económica (y no directamente organizativa porque intervenga una medida descentralizadora) y también entonces puede quedar vinculada la justificación de la medida al cumplimiento de determinados fines (contribución a superar situaciones económicas negativas de la empresa).

2. *Interpretación estricta de la «necesidad» objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo* a que se refiere el artículo 52 c) del ET para el despido por causas objetivas. No sólo se exige el requisito anterior, esto es, que la empresa se encuentre en situación económica negativa sino que, además, debe acreditarse que la medida descentralización-extinción es necesaria para salir de esa crisis y si falta dicho requisito se rechaza la medida empresarial por entenderse ejecutada por mera conveniencia empresarial. En otras palabras, viene a interpretarse el término «necesidad» como contribución total de la medida extintiva a la solución o dependencia absoluta de ésta respecto de aquélla.
3. *Dificultad de prueba de la existencia de causa y de la justificación de la medida descentralizadora-extintiva*. Se trataría de las dificultades tradicionales para la prueba de la existencia de causa de despido a las que se añaden muy especialmente, en caso de descentralización productiva, los problemas –ya apuntados más arriba– relativos a la concreta interpretación de la necesidad de la amortización del puesto de trabajo ⁶⁶, habida cuenta de que, en la mayor parte de los casos, sus funciones seguirán siendo desempeñadas por trabajadores o empresas externos.

Esta clase de problemas quedaría superada en el caso de que se entendiese suficiente un control judicial meramente formal reducido a comprobar la existencia de causa para la medida en tanto no se incluyeran valoraciones de otro tipo ⁶⁷.

de una situación en la que las pérdidas no se han materializado aún, sino que son razonablemente previsibles, de continuar con la inadecuada asignación de los medios humanos y materiales (...). La aproximación que parte de un peligro cierto para la viabilidad de la empresa (...) en un marco de pérdidas propio de las situaciones de crisis queda descartada o, en su caso, queda circunscrita a las causas económicas».

⁶⁶ En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 30 junio 1995 (AS 2436) entiende incumplido el requisito de necesidad de amortización del puesto de trabajo cuando la actividad del trabajador despedido se va a contratar con un trabajador autónomo aunque, además, de otro lado, rechaza la medida extintiva cuando ésta no conduce a garantizar la viabilidad futura de la empresa y no se ha probado su situación negativa.

⁶⁷ Con relación a esta cuestión se manejan por la doctrina (J.M.^a GOERLICH PESET, *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; J.M. DEL VALLE VILLAR, «Sobre el llamado despido objetivo», *DL*, núm. 54, 1997; A. DESDENTADO BONETE, «El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 20, 1998, tomo II) distintas posibilidades de control judicial: desde el mero *control formal*, limitado únicamente a comprobar la existencia de causa para la decisión extintiva, pasando por un *control de razonabilidad* del despido, donde el juez podría valorar si la medida propuesta es la acertada o más conveniente desde a la vista de los datos y antecedentes que proporciona la experiencia económica, hasta un *control* que incluya la *valoración social* de la medida,

Así, entre las sentencias de suplicación correspondientes a esta etapa inicial restrictiva podemos glosar, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 10 de enero de 1997 (AS 429) relativa a un despido por causas objetivas de un médico de empresa con alegación de causa organizativa *ex* artículo 52 c) del ET por contratación de su actividad con una empresa externa. En ella se rechaza la procedencia del despido por no acreditarse que la medida extintiva cumpla y sea útil a la finalidad de garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma.

Más flexible se presenta, por ejemplo, la STSJ de Navarra de 29 de enero de 1997 (AS 753) la cual declara la procedencia de la extinción contractual por supresión de la división de consumo –con simultánea contratación externa de los servicios de marketing, ventas y distribución– de una empresa de aluminio por pérdidas arrastradas en los años anteriores a la extinción por ésta y por la empresa en general, al entender que la medida contribuye a la mejoría de la situación económica negativa de la empresa, aun sin necesidad de tener que probarse que sea por sí sola medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis (en línea con la doctrina de la STS de 24 de abril de 1996). Pese al reconocimiento de la procedencia de la medida la sentencia comentada aplica criterios restrictivos a la hora de valorar la existencia de situación económica negativa en la medida en que la justificación de dicha procedencia se basa en la comprobación de la concurrencia de pérdidas que la medida extintiva contribuye a superar.

ponderando no sólo los intereses económicos y de empresa sino también los efectos sociales de aquélla. M.^a Emilia CASAS BAAMONDE, «(Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea», *ob. cit.*, pág. 26) aporta, por su parte, las denominaciones «corriente judicialista limitada» en sus vertientes «descausalizadora» y «de control suave o de razonabilidad de las causas». La jurisprudencia de suplicación también se ha ocupado del alcance del control judicial. Así, por ejemplo, mientras las SSTSJ de Galicia 29 de julio de 1995 (AS 2820): «la revisión judicial del ejercicio de estas facultades por el empresario no puede llegar a suplantadas hasta el punto de alcanzar al modo en que aquél debe dirigir y organizar su empresa», Andalucía de 30 de octubre de 1995 (AS 3855): «sin que el control judicial pueda alcanzar a la oportunidad de la medida en lugar de otras», y Cataluña de 10 de octubre de 1995 (AS 3082) entendían que el papel del juez en esta materia no puede alcanzar el enjuiciamiento de la razonabilidad/oportunidad de la medida sino que debe limitarse al control de la existencia de causa y de requisitos formales. Otras sentencias como las de los TSJ de Cataluña de 30 de junio de 1995 (AS 2436), La Rioja de 21 de abril de 1995 (AS 1373) o Baleares de 11 de mayo de 1995 (AS 1783) defendieron la necesidad de un control judicial más valorativo que abarcara la razonabilidad de la medida y su adecuación a los fines legales. En los últimos tiempos, ha resurgido la doctrina del control laxo o formal en nuestra jurisprudencia. Resultan muy significativas, en este sentido, las expresiones contenidas en el fundamento jurídico cuarto de la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694): «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 en este punto a comprobar si tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del "buen comerciante"» o en la reciente STS de 2 de marzo de 2009 (RJ 2009/1719): «no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la ley y la realidad económica encomiendan al empresario» (fundamento jurídico quinto). También la STSJ de Aragón de 15 de abril de 2009 (JUR 2009/273109) que se remite a esta última.

A este respecto, Carlos L. ALFONSO MELLADO en «Despido Objetivo por Descentralización Productiva (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009)», *Revista de Derecho Social*, núm. 46, Editorial Bomarzo, 2009, en las págs. 157 a 159, señala que estas interpretaciones flexibilizadoras de nuestros Tribunales olvidan el inicio del mandato legal del artículo 52 c) del ET que exige necesidad de amortizar puestos de trabajo y el cual obliga al órgano judicial a razonar al respecto debiendo determinar si realmente el despido es necesario. El autor entiende que el Tribunal Supremo renuncia a sus facultades en menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador cuando considera que el control judicial debe limitarse a comprobar si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial: «La ley no acoge el estándar de la prudencia empresarial, de la razonabilidad empresarial, sino expresamente el de la necesidad de la medida, bastante más exigente y riguroso. No se entiende la renuncia judicial 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».

4.2. Incidencia inicial limitada de la reforma de la Ley 63/1997

A partir de la reforma operada por Ley 63/1997, el artículo 52 c) del ET deja de remitirse al 51 para la definición de las causas y (como fruto de un proceso de negociación entre los agentes sociales que queda plasmado en la ley) se pasa a exigir únicamente para las técnicas, organizativas o de producción la existencia de dificultades que afecten al buen funcionamiento de la empresa para los despidos objetivos de alcance cuantitativo limitado, manteniéndose la exigencia (por el art. 51 ET) de garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo para los despidos colectivos.

Este cambio, sin embargo, no surtió inicialmente el efecto directo flexibilizador de las interpretaciones jurisprudenciales que podría haberse esperado en la medida en que, pese a la suavización del tenor de la ley en cuanto a los requisitos exigibles, los jueces siguieron exigiendo que las «nuevas» dificultades que afectaban al funcionamiento de la empresa debían ser serias y de cierta entidad y, asimismo, se mantuvieron estrictos en lo que se refiere al juicio de razonabilidad/adequación de la medida ⁶⁸.

Así, por ejemplo, la STSJ del Principado de Asturias de 6 de noviembre de 1998 (AS 1998/4001), pese a la reforma operada en el texto del artículo 52 c) del ET, seguía declarando la improcedencia de un despido objetivo porque la empresa sustituía a la actora por otra empresa porque le convenía económicamente y sin que se hubiera practicado prueba demostrativa de que su viabilidad económica se encontrase en peligro. Así, refiriéndose al artículo 52 c) del ET señalaba que «es claro que no está permitiendo una extinción contractual por la libre decisión o conveniencia del empleador sino que está regulando una extinción causal limitada a concretas situaciones que corresponde probar a la empresa, quien tal como se establece en los preceptos de referencia, podrá prescindir de un trabajador por las causas organizativas aquí alegadas si dicha extinción "contribuye a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos"».

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 1998 (AS 1998/3628) había razonado: «Tal falta de apoyo justificativo de la medida obliga por sí solo a negar la razonabilidad de la extinción de los contratos como medio eficaz de preservar un proyecto empresarial no amenazado. La empresa acude a la extinción por la sola razón de que la contratación del servicio de limpieza con una empresa externa le resulta más rentable y con el fin de eludir la situación creada, según sus alegaciones, por un elevado absentismo laboral. Ni una ni otra de dichas razones puede servir de justificación al despido objetivo pues se eluden aquí todos los requisitos del mismo: dificultades en el funcionamiento de la empresa y adecuación de la medida a la finalidad de mantener la buena marcha de la misma».

Posteriormente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 1999 (AS 1999/1639) pese a que reconoció que «la nueva regulación de estas causas de despido suaviza la exigencia en

⁶⁸ Así, contamos con varios ejemplos de posturas restrictivas incluso después de la reforma del artículo 52 c) del ET por Ley 63/1997: STSJ de Cataluña de 2 marzo de 1998 (AS 1497). STSJ de Cataluña de 14 julio de 1998 (AS 3628). STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 1999 (AS 1639). STSJ del Principado de Asturias de 8 de octubre 1999 (AS 3117). STSJ de Navarra de 15 de octubre 1998 (AS 216). STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 abril de 1999 (AS 5808). STSJ de Cataluña de 9 marzo de 1999 (AS 5748). STSJ de Cataluña de 14 diciembre de 1999 (AS 4098). STSJ de Cataluña de 30 abril de 1999 (AS 2589). STSJ de Cataluña de 16 de julio de 1999 (AS 3153). STSJ de Cataluña 2 de noviembre de 1999 (AS 6621). STSJ del Principado de Asturias de 1 de octubre de 1999 (AS 3113). STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2000 (AS 1996).

tanto que lo que el legislador impone ahora es que la media contribuya a "superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa"», añadía: «(...) para negar la razonabilidad de la extinción como medida eficaz de preservar un proyecto empresarial no amenazado pues la empresa demandada acude a la extinción contractual por haber suprimido el servicio de Valencia que es realizado por otra empresa en Madrid a través de contrata apareciendo así la amortización del puesto de trabajo justificado más por criterio de conveniencia o oportunidad que por necesidad, resultando como señala la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997\2615), "decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento de beneficio empresarial"».

Incluso a finales de 1999, la STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1999 (AS 1999/4098) aunque reconocía que «ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa como anteriormente se exigía» seguía manteniendo grandes precauciones: «esta flexibilización efectuada por el legislador de los requisitos anteriormente exigidos, no exime al empleador del deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por determinadas dificultades de cierto nivel y entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción de contratos de trabajo, lo que no le habilita para utilizar cualquier situación puramente coyuntural que pueda incidir en un momento determinado en la actividad de la empresa para adoptar tan drástica decisión, que por su trascendencia y finalidad está exclusivamente reservada para ser aplicada cuando los problemas de la empresa sean de cierta entidad e importancia y afecten al conjunto de su actividad, de manera que realmente perjudiquen su buen funcionamiento globalmente considerado, y no cuando únicamente se trate de los ordinarios y habituales problemas meramente episódicos y transitorios que en la normal actividad de toda empresa se producen con mayor o menor frecuencia como avatares lógicos de su actuación en el mercado».

4.3. Nuevas tendencias en la jurisprudencia

Ello no obstante, también van apareciendo en esos mismos años una serie de sentencias ⁶⁹ que rompen el viejo esquema y que abren la perspectiva hacia una mayor flexibilidad en la interpretación judicial de estos casos, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del artículo 52 c) del ET.

Se va abriendo así una nueva fase en la que siendo más o menos pacífica para el caso de despido colectivo la cuestión relativa a la necesidad de que la medida se dirija a garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo, surgen dificultades interpretativas a nivel jurisprudencial que se plasman en la disparidad de las sentencias con relación al despido por causas objetivas al contener interpretaciones diversas de los nuevos requisitos impuestos por el artículo 52 c) del ET tras la reforma de la Ley 63/1997.

Así, encontramos gran variedad de pronunciamientos; partiendo de posturas jurisprudenciales –como las antes citadas en el epígrafe 4.2.– en las que apenas se percibe el cambio legislativo operado por la reforma indicada ⁷⁰, pasando por sentencias –la mayoría– en las que se exige la existencia

⁶⁹ Por ejemplo: STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 1997 (AS 685). STSJ de Extremadura de 8 de junio de 1998 (AS 6154). STSJ de Madrid de 9 de junio de 1998 (AS 2586). STSJ de Galicia de 5 noviembre de 1998 (AS 3896).

⁷⁰ La STSJ de Canarias de 16 de abril de 2008 (AS 2008/1710) pese a que inicialmente parece incluíble en este grupo cuando señala: «La reorganización de la actividad empresarial debe estar ligada a una determinada finalidad, cual es el manteni-

de dificultades previas (pero de menor gravedad a las del art. 51.1 ET) a cuya superación debe contribuir razonablemente la medida descentralizadora-extintiva ⁷¹, hasta llegar a aquellas otras en las que se otorga el carácter de causa a la descentralización en sí misma (o, al menos, a sus efectos) y únicamente se valora si dicha medida es razonable desde el punto de vista de la mejor organización de los recursos de la empresa ⁷².

4.3.1. Reconocimiento de los efectos de la descentralización como dificultades constitutivas de causa de extinción ex artículo 52 c) del ET

Las **SSTS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)** que aparentemente representan –ya que ellas mismas se autoinscriben en ella– «la postura tradicional» al entender que la descentralización no constituye sin más causa organizativa sino que requiere la concurrencia de ciertas circunstancias, esto es, que constituya una medida racional en términos de la eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un beneficio empresarial terminan, no obstante, por separarse, en la práctica, de dicho criterio tradicional al no exigir la existencia de una situación previa de dificultad en la empresa. Se trata de dos sentencias de importancia capital en la materia que nos ocupa pues, pese a que en ninguno de los dos casos se resuelve sobre

miento de la actividad empresarial, por lo que habrá de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra para poder calificar de procedentes las decisiones extintivas. No dudamos que cualquier cambio tecnológico u organizativo se hace para mejorar la situación de la empresa y que también la reducción de plantilla incide en unos mejores resultados económicos, mas no basta la mera conveniencia de la empresa para acudir a este tipo de despido», puede excluirse ya que antes reconoce una suavización por la reforma del 97 para el artículo 52 c) del ET y en su decisión no sólo pesa el criterio finalidad de mantenimiento de la actividad empresarial sino también aspectos sólo relacionados con la demanda y competitividad.

⁷¹ SSTs de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971), fuertemente influidas por la STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696). En suplicación: las SSTSJ de Canarias de 29 de abril de 2008 (AS 2008/1446) y 16 de abril de 2008 (AS 2008/1710): «No se halla en peligro el mantenimiento de la actividad empresarial, no habiendo variado ni la demanda de servicios ni la posición competitiva de la empresa en el mercado». También, entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2000 (AS 2000/2084), 8 de mayo de 2000 (AS 2000/1923), 18 de septiembre de 2000 (AS 2000/2792), 3 de enero de 2001 (AS 2001/560) y 15 de marzo de 2001 (JUR 2001/152933), 17 de marzo de 2003 (AS 2003/1953), 13 de octubre de 2004 (AS 2004/3255) y 15 de junio de 2007 (AS 2007/2802) con relación a otra del mismo TSJ de 18 de julio de 2005, de Andalucía de 19 de abril de 2007 (AS 2007/3399), de Castilla y León de 23 marzo de 2005 (JUR 2005/89303) y 24 de julio de 2006 (AS 2006/2271), de La Rioja de 21 de abril de 1995 (AS 1995/1373), 11 de abril de 2000 (AS 2000/5290), 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003/73491) y 1 de marzo de 2005 (AS 2005/650), de Madrid de 20 de junio de 2000 (AS 2000/3240), 11 de septiembre de 2007 (AS 2008/2252), 21 de enero de 2008 (AS 2008/1057) y 26 de marzo de 2008 (AS 2008/1565), de Extremadura de 8 de febrero de 2001 (AS 2001/756) y 15 de marzo de 2007 (JUR 2007/137140) o de Castilla-La Mancha de 29 de noviembre de 2002 (AS 2003/1189), de Navarra de 27 de abril de 2006 (AS 2006/1192), matizadamente las de Valencia de 26 de mayo de 2000 (JUR 2000/282179) y 24 de marzo de 2004 (AS 2004/3095) y del País Vasco de 15 de mayo de 2007 (AS 2007/3180).

⁷² La STSJ de Madrid de 20 de junio de 1996 (AS 1996/3208), cuya impugnación resuelven las SSTs 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586) que se remite a la fundamentación jurídica de aquella. En parecido sentido, la STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 1999 (AS 1999/4484) y las SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291). Asimismo, en suplicación, entre otras, las SSTSJ de Murcia de 18 de octubre de 1999 (AS 1999/3396), de Valencia de 22 de febrero de 2001 (AS 2001/3008) que es muy clara en este sentido, 7 de marzo de 2006 (AS 2006/2409) y 30 de junio de 2006 (AS 2006/3499), de Aragón de 15 de abril de 2009 (JUR 2009/273109) la cual pese a que contiene una remisión a la STS de 2 de marzo de 2009 (RJ 2009/1719) ésta no contiene, en realidad, –como veremos más abajo– el mismo criterio decisorio. También las SSTSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/4009), 6 de abril de 2006 (AS 2006/2788) y 13 de enero de 2009 (AS 2009/269) y de Madrid de 31 de mayo de 2004 (JUR 2004/272199) y 10 de junio de 2005 (AS 2006/599).

el fondo del asunto por no darse las identidades precisas con la sentencia de contraste (conforme al art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral) para poder admitir el recurso de casación, el Tribunal Supremo no desaprovecha la ocasión de pronunciarse sobre el debate relativo a si la descentralización productiva tiene encaje en la causa prevista en el artículo 52 c) del ET y –si bien *obiter dicta*– sienta una doctrina que constituirá una referencia en este tema para los pronunciamientos judiciales y opiniones doctrinales posteriores ⁷³.

Concretamente las sentencias que ahora se comentan se refieren, la primera de ellas, a un supuesto de descentralización del servicio de jardinería de una empresa dedicada al desarrollo de actividades de club de campo y deportivas que da lugar al despido objetivo de los trabajadores que, hasta entonces, desarrollaban dichas tareas de jardinería y, en el caso de la segunda sentencia, al despido por causas objetivas de un trabajador que venía prestando sus servicios como director de marketing y publicidad en una empresa dedicada a la actividad comercial de óptica que, posteriormente, se asoció a una sociedad cooperativa que prestaba a sus asociados tales servicios de publicidad, entre otros.

Ambas sentencias, ya que la segunda se remite a la primera, sientan siguiente doctrina: en el «debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contrata tiene encaje en tal causa en todo caso o sólo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial». (Fundamento de derecho tercero de la STS de 30 de septiembre de 1998.)

Estas afirmaciones han sido interpretadas por la doctrina como una confirmación de que la descentralización es por sí misma insuficiente para legitimar un despido por causas empresariales sin la concurrencia de determinadas circunstancias reveladoras de la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción si bien la mayor parte de los autores resaltan que la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) termina, en la práctica, dando pie a una conclusión totalmente diferente al aplicar la doctrina anterior al caso de autos pues «admite una decisión extintiva basada exclusivamente en los efectos de la descentralización, sin requerir la existencia de una situación de dificultad a superar ni comprobar que efectivamente el despido contribuirá a la superación de la misma» ⁷⁴.

⁷³ Del reflejo que en otras sentencias del Tribunal Supremo tiene esta doctrina contamos con innumerables ejemplos, entre otros, las SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291) o las de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971) –que posteriormente comentamos– las cuales se remiten a ella expresamente. En cuanto a su influencia sobre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, X. SOLÀ MONELL en «El despido por causas...» ob. cit., pág. 176, ofrece los siguientes ejemplos: SSTSJ de Cataluña de 14 de julio de 1998 (AS 3628) y del País Vasco de 8 de abril de 1998 (AS 5863) y 24 de febrero de 1998 (AS 762). Su influencia en el ámbito doctrinal es tan amplia que resulta imposible cualquier intento de enumeración ya que la práctica totalidad de los estudios doctrinales sobre esta materia, posteriores a estas sentencias, contienen alguna referencia a las mismas.

⁷⁴ X. SOLÀ MONELL en «El despido por causas...» ob. cit., págs. 176 y 190. El autor citado en dicha obra nos remite a DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA: «Descentralización Productiva y relación laboral: Escisión de empresas» en AA.VV., *Manual Práctico Laboral*, IEGYDE, Madrid, 1999, pág. 529, en cuanto al efecto contradictorio de esta sentencia.

El Tribunal Supremo parte de la vinculación de estas medidas a la garantía de viabilidad de la empresa y el empleo –como había sido tradicional– quizás por influjo del artículo 51 de ET al que antes se remitía el 52 c) si bien ahora el Tribunal Supremo, alternativamente, también se refiere, como fin independiente y autosuficiente, a asegurar su competitividad [quizás como reflejo del nuevo y más flexible art. 52 c) ET resultante de la reforma de la Ley 63/1997]. Sin embargo, lo verdaderamente innovador resulta del hecho de que, por vez primera, se reconozca a la descentralización productiva, en sí misma y de forma independiente, y no a la situación previa a la que ésta responde como receptora del juicio de razonabilidad exigido por la ley. Esto es, que es el proceso de descentralización en sí mismo y no otras situaciones el que debe constituir una medida racional y garantizar la viabilidad o la competitividad de la empresa.

La segunda gran aportación de la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) está relacionada con un entendimiento flexible del requisito de la necesidad de amortización del puesto de trabajo del artículo 52 c) del ET al manejar un concepto formal de puesto de trabajo que elude toda equiparación del mismo con las funciones desempeñadas por el trabajador. De esta forma, se legitima totalmente la extinción de contratos de trabajo ⁷⁵ en el seno de un proceso de descentralización aun cuando a consecuencia del mismo las funciones del puesto amortizado –además, en este caso, como ya dijimos, difícilmente prescindibles: tareas de jardinería en un club de campo– sigan desempeñándose a manos de otros trabajadores pertenecientes a la empresa contratista. Esto *se admite, sin plantearse siquiera la cuestión como un problema (...)* ⁷⁶.

Estos pronunciamientos del Tribunal Supremo que no venían, en principio, sino a consagrar la doctrina tradicional, al vincular la operatividad de estas extinciones a la garantía de viabilidad/competitividad de la empresa, abrieron la puerta a otras resoluciones posteriores para la introducción de ciertas innovaciones en la forma de entender estos casos, fundamentalmente, al dotar de virtualidad extintiva al fenómeno descentralizador con independencia de la existencia de dificultades previas.

Es lo que ocurre con las *SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291)*, las cuales tienen por objeto resolver, en casación para unificación de la doctrina, sendos supuestos relativos a una misma empresa que, como consecuencia de haber concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social los servicios de prevención de riesgos laborales en los términos establecidos por la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y su Reglamento, tiene necesidad de amortizar los puestos de trabajo de un ATS (STS de 3 de octubre de 2000, RJ 2000/8660) y un médico de empresa (STS de 4 de octubre de 2000, RJ 2000/8291) –junto con los demás que integraban el servicio médico de empresa–.

El Tribunal Supremo entiende, en ambos casos, que resulta preciso saber si los servicios concertados por la empleadora recurrente cubren todo el campo de actuación en el que venía desarrollándose el servicio médico de empresa considerando, en caso afirmativo, contrario a «la buena organización de los recursos» el mantenimiento de un servicio médico propio que en parte se superpondría a la acti-

⁷⁵ Siempre que «constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial».

⁷⁶ María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Descentralización Productiva, Contratas y Despido por Causa Organizativa», ob. cit., pág. 418.

vidad contratada, y entendiendo que, en este caso, la decisión de amortizar los puestos de trabajo respondería a la necesidad objetiva requerida en el artículo 52 c) en relación con el artículo 51.1 del ET, constituyendo una «medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial», «tal como esta Sala señaló en sentencias de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)»⁷⁷.

El Tribunal basa su decisión de considerar procedente la extinción por causa organizativa por la vía del artículo 52 c) del ET en el criterio de la duplicidad de servicios y/o actividades, al señalar: «(...) **esta superabundancia de personas y solapamiento de actividades, no cabe duda de que serían contrarios a la "adecuada organización de los recursos" que justifica el despido objetivo conforme al artículo 52 c) en relación con el artículo 51.1, ambos del ET**».

Sin embargo, en mi opinión, este criterio, por sí solo, no puede resultar suficiente para justificar una extinción por estas causas puesto que no aparece en el texto de la ley referencia alguna a la superposición de actividades pero sí a la existencia de «dificultades que afecten al buen funcionamiento de la empresa» que la medida extintiva debe contribuir a superar. Como he defendido más arriba⁷⁸, entiendo que estas dificultades deben ser preexistentes a la medida descentralizadora-extintiva y no creadas por ésta y, por ello, que el criterio de superposición de actividades sólo sería válido si la opción de cobertura de estos servicios con una mutua fuera obligatoria y no voluntaria ya que la causa de los problemas organizativos sería la obligación legal (una dificultad externa sobrevenida) y no una opción voluntaria del empresario.

De otro modo, el resultado sería que todo proceso de descentralización que cubriese, suficientemente, las actividades anteriormente desarrolladas en el seno de la empresa justificaría automáticamente la amortización por las causas aquí estudiadas de los puestos de trabajo que se ocupaban de las mismas y ello dependiendo, simplemente, de la decisión empresarial de descentralizar.

No obstante –parece que con la intención de no desembocar en el resultado de generalización de esta solución⁷⁹ que acabo de describir y de reflejar que la solución, en el caso enjuiciado, está condicionada por el deseo de no perjudicar el ejercicio de la facultad, reconocida legalmente, de optar para la cobertura de los servicios de prevención por una mutua– la STS de 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8291) añade a lo anterior que «si la mutua Madín ha asumido dentro de las actividades de prevención también la asistencia sanitaria no cabe duda que en este caso están justificadas las razones organizativas alegadas por la empresa para tomar su decisión por estar dentro de sus facultades concertar con una mutua de trabajo los servicios de prevención, lo que conlleva la amortización de la

⁷⁷ No deja de parecer, cuanto menos, arriesgada la remisión a esta última sentencia de 30 de septiembre de 1998 habida cuenta de que ésta refiriéndose al supuesto de hecho –muy similar– objeto de la sentencia que se le proporcionaba como de contraste argumentaba en un sentido totalmente opuesto al defendido en la sentencia remitente, al decir: «puesto que el servicio médico que prestaba la actora siguió prestándose, pero por distinto facultativo, perteneciente al centro de salud con el que trató la empresa, lo que supone que no había necesidad de amortizar el puesto de trabajo, sino que de hecho no se amortizó».

⁷⁸ *Vid.* epígrafe 2.1. del presente trabajo y las consideraciones efectuadas allí sobre la –a mi juicio– habitual confusión de la causa organizativa con los problemas organizativos generados por la descentralización misma.

⁷⁹ La propia STS de 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8291) advierte que hay que ir «partiendo de la base de que en esta materia hay que ir caso por caso, pues no caben soluciones absolutas unificadoras (...)».

plaza de médico de empresa, existiendo el necesario nexo causal entre la medida y la decisión, pues ello contribuye a la competitividad de la empresa».

«(...) la exteriorización de los servicios de prevención como una facultad del empresario, pero **ésta quedaría vacía de contenido si no se permitiera un desplazamiento de servicios**, cuando con el médico de empresa no se cubrían todas las necesidades del servicio de prevención».

Añade pues esta sentencia un segundo criterio de decisión: evitar que quede vacía de contenido la facultad del empresario de exteriorizar los servicios de prevención.

Tampoco entiendo que por el hecho de negar la posibilidad de extinción de los contratos por la vía privilegiada del artículo 52 c) del ET se vacíe de contenido dicha facultad, especialmente, si consideramos que en el reconocimiento legal de la misma por la LPRL y sus normas de desarrollo no se incluye la facilidad de poder extinguir por causas objetivas los contratos de los trabajadores afectados. Esta facultad –bajo mi punto de vista– puede ejercitarse, los servicios de prevención ser externalizados y los contratos extinguidos pero no con las indemnizaciones de un despido objetivo sino como bajas incentivadas o despidos improcedentes indemnizados.

Otra conclusión hubiera sido posible, sin embargo, si la sentencia hubiera decidido con base en un dato proporcionado por la última expresión del párrafo transcrito: «(...) **cuando con el médico de empresa no se cubrían todas las necesidades del servicio de prevención**». En efecto, mi opinión sería diferente si la *ratio decidendi* hubiera sido la existencia de problemas –que pudieran elevarse a la categoría de hechos probados, por ejemplo, mediante la aportación de reclamaciones presentadas, vacíos de cobertura de servicios, etc.– en la prestación de servicios por el servicio médico de empresa pues se hubiera puesto de manifiesto la existencia de dificultades que afectaban al buen funcionamiento de la empresa que, con la decisión de descentralizar en una mutua y extinguir los contratos de los trabajadores integrantes del servicio médico de empresa, se contribuiría a superar.

Entiendo, pues, que atendiendo al tenor literal de la ley [art. 52 c) ET] –así: probando los problemas y dificultades por falta de cobertura de todas las necesidades de prevención de la empresa– sí que quedaría justificado, para este caso, el recurso a esta vía extintiva. Podría quedar acreditada la necesidad de amortizar puestos de trabajo para superar dificultades que afectan al buen funcionamiento de la empresa y siempre que la medida descentralizadora/extintiva contribuyera *razonablemente* a la mejora de este servicio y a la superación de aquellas dificultades.

Pese a que desde mi concepción del problema no pueda compartir estos argumentos del Tribunal Supremo basados únicamente en la superposición de actividades y en el libre ejercicio de la facultad del empresario de optar por una mutua para la cobertura de los servicios de prevención, lo cierto que es que las sentencias indicadas tienen una notable importancia al venir a profundizar en la línea abierta por el Tribunal en las Sentencias de 21 de marzo de 1997 y 30 de septiembre de 1998 (RJ 1997/2615 y 1998/7856) –a las que se remite expresamente–. Dicha línea se caracteriza porque partiendo de la posición tradicional defensora de que la medida extintiva no puede ser un «simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» se comienza, no obstante, a desvincular [con base en las posibilidades abiertas por el nuevo art. 52 c) ET] el análisis de la procedencia del despido objetivo de la

finalidad de garantía de la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma (que ya no se exige en la ley para estos casos de despido objetivo individual/plural) para pasar a tener en cuenta otras consideraciones relacionadas sólo con la mejora de la competitividad y con la optimización de la organización de los recursos de la empresa. Aunque, para ello, se dota de vida propia e independiente (de la preexistencia de dificultades) a los procesos descentralizadores para la producción de efectos extintivos ⁸⁰.

4.3.2. Retorno a la consideración de las dificultades previas a la medida descentralizadora

El siguiente paso en la evolución del tratamiento de este tema por el TS viene representado por la *STS de 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165)* que, en lo que se refiere a este estudio, tiene una relevancia muy especial por cuanto viene a representar –salvo en un aspecto concreto que después se dirá– una imagen muy fidedigna del sentido que aquí hemos defendido como pretendido por el legislador en la reforma del artículo 52 c) del ET de 1997.

Se trataba en este caso de determinar la procedencia de una extinción de contrato de trabajo por la vía del artículo 52 c) del ET acordada por la empresa Pescanova Alimentación tras, como consecuencia de una evolución negativa de las cifras de ventas de un área comercial de la zona de Asturias, no «tener más remedio» que recurrir a un distribuidor comercial que asumiera la compra de sus productos para su posterior venta y distribución, habida cuenta de que a consecuencia de tal proceso de externalización surgía la necesidad de amortización del puesto de trabajo del recurrente que se dedicaba a tales labores comerciales.

En dicha sentencia se dan por probadas una serie de dificultades que surgían como consecuencia de factores exógenos ⁸¹ (el cambio no venía provocado por el empresario con el fin de optimizar

⁸⁰ M.^a Amparo ESTEVE SEGARRA, en sus comentarios a las sentencias de 3 y 4 de octubre de 2000 en «El despido objetivo por causas organizativas en supuestos...», ob. cit., pág. 517 y ss., resalta las siguientes novedades introducidas por estas sentencias: 1) Desvinculación de la legitimidad del despido por causas organizativas (descentralización) de la situación económica de la empresa pues aunque se parte de la doctrina tradicional de que la lógica de la medida no sea sólo la de obtener beneficios estas sentencias analizan la razonabilidad de la causa organizativa, en sí misma, pero sin hacer ninguna consideración sobre la situación económica de la empresa. No se exige una situación de crisis o viabilidad amenazada para justificar la reestructuración organizativa. 2) Innovación fundamental: Hacer depender la justificación de la medida extintiva únicamente del hecho de que la contrata cubra todas las funciones que antes se desempeñaban en el seno de la empresa entendiendo que si se produce esa dualidad total de servicios sería contrario a la buena organización de los recursos el mantenimiento de un servicio médico de empresa que se solapase con la actividad contratada. Para la autora de dicho trabajo el criterio de la dualidad de servicios empleado por el Tribunal Supremo en estas sentencias «suscita perplejidad, pues parece demasiado amplio, sin ninguna limitación» y si bien entiende que las sentencias comentadas aciertan al desvincular la situación económica de la empresa de la valoración de la procedencia de la medida extintiva no comparte el criterio utilizado por el Tribunal Supremo para decidir y apoya que la justificación de estas extinciones debería basarse en *criterios de mejora de la eficiencia*: tales como, menores costes u oferta de servicios complementarios...

⁸¹ «El fenómeno de la moderna distribución, se produce la absorción y fusión de clientes disminuyendo enormemente su número. A ello se une la política de estos grandes clientes de optimizar sus costes centralizando la recepción de la mercancía mediante la constitución de plataformas y utilizando sistemas de aprovisionamiento automáticos (sistema edj e Internet fundamentalmente, además del uso del fax). En el área de Asturias debido a la constitución de la plataforma Alimerka, los puntos de venta que antes eran gestionados por nuestros vendedores disminuyen (...). De este mismo fenómeno de la gran distribución se deriva la extinción y desaparición de buen número de establecimientos pequeños del mercado tradicional. (...) no obstante, la gestión de este comercio a través de personal propio tampoco es posible porque se trata de establecimientos pequeños con poca capacidad de compra y escaso margen dispersos geográficamente, facto-

sus resultados) a las que era preciso reaccionar y que terminaron patentizándose en una disminución de la facturación de los vendedores afectados acompañada de un incremento de costes directos y de estructura en el ejercicio 2000 respecto del precedente que originaron, finalmente, pérdidas en la actividad de tales comerciales, si bien Pescanova –como conjunto– era indiscutidamente rentable y considerado «un grupo en expansión».

La situación descrita obligó a la empresa a modificar su sistema organizativo descentralizando su actividad comercial (para pasar a atender al pequeño cliente a través de un distribuidor y no directamente mediante comerciales) lo cual, a juicio del Tribunal Supremo, justificó el despido por causas objetivas del trabajador recurrente empleado en tales labores comerciales.

Salvo en lo referente a la falta de obligación de búsqueda de acomodo del trabajador, comparo la práctica totalidad del planteamiento de la sentencia que ahora analizamos por cuanto, bajo mi punto de vista, en este caso sí concurren las circunstancias que contempla el artículo 52 c) del ET, tras su reforma por la Ley 63/1997.

En efecto, parece claro que no se busca la mera mejora del beneficio empresarial pues se acreditan dificultades de funcionamiento serias (pérdidas derivadas de una menor facturación y mayores costes). Es éste el sentido correcto de la mención de las pérdidas en este caso (servir de prueba de las dificultades productivas/organizativas) y no la alegación de causa económica de extinción que nunca hubiera triunfado pues –como sabemos– a diferencia de lo que ocurre con las demás causas (que pueden apreciarse en ámbitos empresariales concretos) el Tribunal Supremo tiene sentado, en reiterada doctrina⁸², que las situaciones económicas negativas deben afectar a la empresa entendida globalmente y, como hemos dicho, en este caso se trataba de una empresa en expansión y en conjunto muy solvente.

Considero, asimismo, un acierto de esta sentencia la admisión de la simultánea concurrencia de causas organizativas y productivas: **«encaja en el supuesto de causa productiva (y también en el de causa organizativa, si ésta se entiende en su acepción amplia) previsto en el artículo 52 c) del ET»**. Pues el hecho de que con mayores costes se obtenga menor facturación revela que la configuración del mercado y de la demanda ha cambiado (causa productiva) y con la organización existente no se atienden las necesidades del negocio correctamente en el nuevo entorno (causa organizativa). Resultan inequívocas las dificultades organizativas al admitirse como probado el hecho de que en el nuevo entorno con el sistema organizativo previo la asunción de mayores costes no sólo no generaba

res que conllevan unos costes de distribución y de personal que harían la actividad completamente antirrentable. (...) No tiene más remedio que recurrir a la figura del distribuidor comercial.»

⁸² En este sentido la propia STS de 21 de julio de 2003: «las causas económicas se refieren a la rentabilidad de la empresa, manifestándose como situación de pérdidas o desequilibrios financieros globales, mientras que las restantes causas tienen su origen en sectores o aspectos limitados de la vida de la empresa, manifestándose como desajuste entre los medios humanos y materiales de que dispone la empresa y las necesidades de la empresa o las conveniencias de «una mejor organización de los recursos» [SSTS 14 de junio de 1996 (RJ 1996,5162), 13 de febrero de 2002 (RJ 2002,3787) y 19 de marzo de 2002 (RJ 2002,5212)]; 3) la extinción del contrato de trabajo que deriva de una "exteriorización" o subcontratación de servicios se puede considerar producida por causas organizativas o productivas a efectos del artículo 52 c) del ET, si efectivamente la decisión empresarial responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa (STS de 30 de septiembre de 1998, SSTS Sala General de 3 de abril de 2000 y 4 de abril de 2000); 4) cuando se alegan causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada «haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa», bastando con que se acredite «exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo» [STS de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002,3787) y 19 de marzo de 2002 (RJ 2002,5212)].»

más beneficio sino que éste decrecía hasta llegar a las pérdidas. Sin embargo, debe reconocerse en esta argumentación un punto de debilidad, en este caso concreto, representado por el hecho de que la evolución negativa de la actividad comercial quede demostrada sobre el corto espacio de tiempo a que se contrae la comparación de los resultados de únicamente dos ejercicios (1999 y 2000) y que podría haber planteado dudas sobre el carácter estructural de tales dificultades.

En cualquier caso, parece clara la existencia de dificultades serias en una ámbito concreto de una empresa que no está en crisis, ni en un escenario previo a la crisis, pero esto es precisamente lo que el artículo 52 c) del ET contempla después de la Ley 63/1997. Creo, sinceramente, que el legislador cuando modificó su redacción de este artículo pensaba en un caso de estas características, esto es, en una empresa que debe adoptar medidas para reaccionar ante problemas organizativos serios (las pérdidas dan prueba de tal seriedad) con posibilidades de largo alcance negativo pero sin llegar al extremo de que sea necesaria la concurrencia de riesgo para la viabilidad de la empresa y sin que tampoco sea suficiente, por otro lado, la mera conveniencia.

Con todo, en mi opinión, el mayor acierto reseñable en esta sentencia reside en que, pese a que se remita expresamente, a estos efectos, a la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7856) y a las SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291), a diferencia de ellas, atiende a la existencia de dificultades previas y no al problema organizativo que genera el cambio de sistema organizativo en sí mismo. Pues no se somete a consideración la cuestión relativa a si a la empresa comitente le sobra el trabajador por subcontratar con el distribuidor (es decir, si la descentralización es causa organizativa) sino que lo que se analiza es si, antes de ello, existían problemas serios que hicieran necesario cambiar el sistema organizativo adoptando la combinación de medidas: despido del trabajador y subcontratación con un distribuidor. Para ello, como ha señalado el Tribunal Supremo en otras ocasiones⁸³, no es necesario probar que la contrata con el distribuidor vaya a ser necesariamente la solución segura y definitiva pero sí que –de acuerdo con las reglas que la lógica de la experiencia económica dicta– ello será lo más razonable.

Sin perjuicio de todas las coincidencias anteriores disiento, sin embargo, de la apreciación final que el Tribunal Supremo realiza en la sentencia estudiada al decir que **«el artículo 52 c) del ET no impone al empresario la obligación legal, que sí podrían prever los convenios colectivos, de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la empresa, o de "su destino a otro puesto vacante de la misma" (SSTS de 13 de febrero de 2002 y 19 marzo de 2002)»** pues, como he defendido más arriba, entiendo que la medida no sólo debe ser razonable sino también adecuada y si bien admitimos que lo razonable era contratar al distribuidor quizás lo más proporcionado no tenga por qué ser siempre acompañar la subcontratación del despido pues creo –contra la doctrina consolidada del Tribunal Supremo– que la ley (en una interpretación teleológica de su sistemática) pretende que el despido sea el último recurso, debiendo intentarse la recolocación del trabajador mediante movilidad geográfica o funcional o ¿por qué no? (como decíamos más arriba que defienden algunos autores) intentando potenciar, voluntariamente, la subrogación de las relaciones laborales afectadas en la empresa subcontratista aun en los casos en que ésta no sea obligada *ex* artículo 44 del ET por no transmitirse elementos productivos suficientes⁸⁴.

⁸³ STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5162).

⁸⁴ Que no es lo que ocurre en el caso aquí enjuiciado pues se reconocía inicialmente por la empresa comitente («Por burofax se envió al actor la carta siguiente: "En el desarrollo de los procesos de mejora de Pescanova Alimentación, SA, se ha llevado a

Cuando la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias inicialmente comentadas parecía que abría el camino a una nueva tendencia en la interpretación judicial de estos casos (sobre todo en lo que se refiere a la consideración de la descentralización en sí misma como causa organizativa) la aparición de la sentencia que acabamos de estudiar junto con la siguiente **STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696)** –cuyo análisis abordamos a continuación– supone, en mi opinión, el retorno a la concepción tradicional de este tema.

Aunque esta **STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696)** está referida a un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y no propiamente a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en su *iter decisorio* se sigue una serie de argumentaciones que, indirectamente –a través de la comparación de los requisitos exigidos por la ley para ambos tipos de medidas– definen también la concepción que sobre el tema que nos ocupa mantiene el Tribunal Supremo en el momento de ser dictada.

Así, la sentencia citada establece: «La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la "crisis" empresarial sino la "mejora" de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo.

Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas.

Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el artículo 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52 c) del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a "superar una situación económica negativa de la empresa" (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a "garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma" (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la "superación de situaciones económicas negativas" [art. 52 c), para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa], bien a "superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa" [art. 52 c), para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa]».

cabo una cesión de negocio y de actividad para el área de Asturias, a favor la empresa Representaciones Becares, SL, en virtud de contrato celebrado entre ambas con efectos de fecha 1 de junio de 2001. El hecho descrito se encuadra en el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del ET ya que se produce un cambio en la titularidad de una unidad productiva autónoma de la empresa») la transmisión de una unidad productiva autónoma que debió llevar a una subrogación obligatoria que, sin embargo, quedó frustrada («el asesor jurídico de R. Becares le aconsejó que no aceptase la subrogación, ya que, si tenía que despedir a los trabajadores en un breve plazo, aunque Pescanova prometía "asumir la antigüedad" de los mismos, Becares tendría problemas porque, al menos, sería llevada a juicio») y sobre lo cual –no deja de sorprender pese a las limitaciones que implica el recurso de casación– que el Tribunal Supremo pasara por encima, sin mayores consideraciones, por entender que el «tema, del intento fallido de esta cesión del contrato de trabajo ni se planteó en suplicación ni se ha planteado tampoco en unificación de doctrina, habiendo perdido trascendencia por ello, en el presente debate procesal».

La posición arriba transcrita coincide plenamente con la que he defendido en este trabajo y, en mi opinión, es aplicable tanto en los casos en que la extinción del contrato de trabajo concorra con la circunstancia de una descentralización productiva como con otras circunstancias. No sólo reproduce el esquema: existencia de dificultades previas-contribución de la medida extintiva a su superación sino que, más allá de ello, comparte también con el modelo defendido en este estudio una misma comprensión general de la estructura del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la cual, las medidas propuestas por los artículos 39, 40, 41, 47 y 49 del mismo, incrementan su intensidad a la vez que también crece la importancia de los fines que con ellas se pretende salvaguardar.

Creo que ese mismo sentido tiene que el Tribunal Supremo en esta sentencia se refiera a las extinciones por causas empresariales en un caso esencialmente referido a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del artículo 41 del ET pues parece querer acentuar, con ello, el hecho de que para estas últimas bastan los objetivos de «mejora» de la situación de la empresa frente a los fines más exigentes de superar situaciones económicas negativas (despidos colectivos u objetivos por causa económica), salvaguardar la viabilidad de la empresa y del empleo o superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa (causas técnicas, organizativas o de producción, según se trate de despido colectivo u objetivo, respectivamente) en el caso de las extinciones [arts. 51.1 y 52 c) del ET].

A mayor abundamiento, desde esta perspectiva finalista, la sentencia comentada añade que la razón del distinto tratamiento entre ambas medidas radica «en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (...) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo» y, de esta manera, se justifica que las medidas extintivas deban tener un margen de actuación más estrecho vinculado a la consecución de objetivos más exigentes en la medida en que el ejercicio de la libertad de empresa amparado por el artículo 38 de la CE queda enfrentado, en este caso, al derecho al trabajo reconocido por el artículo 35 de la misma norma.

Lo establecido en esta sentencia es de crucial importancia por cuanto recupera –después de las líneas abiertas por las sentencias más arriba comentadas– la consideración del despido por causas empresariales como medida reactiva frente a dificultades empresariales preexistentes. Esta misma concepción reaparece en las *SSTS de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971)*. Así, la segunda de ellas afirma: «Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del artículo 52 c) del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión [STS de 17 de mayo 2005 (RJ 2005, 9696), rec. 2363/2004], pero no el despido objetivo por causas empresariales».

La expresión «otras medidas de reorganización o mejora de gestión» se refiere claramente a las modificaciones sustanciales de trabajo sobre las cuales versa la STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696) (de ahí que aparezca expresamente referenciada el párrafo que acabo de transcribir) pero no cabe duda que también comprende cualquier tipo de medida de efecto no extintivo (movilidad geográfica, funcional, etc.) que podría adoptar el empresario que decide descentralizar una actividad para solventar los problemas organizativos generados por ésta en el caso de que no pueda acreditar la existencia de dificultades ya actualizadas previamente.

En esta misma línea en favor de atender a la existencia de dificultades previas y no a la descentralización en sí misma como generadora de situaciones organizativas disfuncionales para la valoración de la procedencia de estas extinciones se mueve la posterior *STS de 13 de julio de 2005 (RJ 2005/8904)*. Dicha sentencia analizaba un recurso de casación relativo al despido objetivo de uno de sus repartidores acordado por la empresa Diralta, SA tras descentralizar sus tareas de distribución y logística en la mercantil Buitrago, SA. El Tribunal Supremo, pese a inadmitir el recurso de casación interpuesto por falta de contradicción, no rehúsa pronunciarse a favor de la sentencia de suplicación recurrida por entender que ésta basa su decisión de confirmar la improcedencia de la extinción en la falta de prueba, en instancia, de que la situación organizativa previa supusiese una merma de la posición competitiva de la empresa o de su capacidad para atender a las exigencias de la demanda pero sin que, por ello, se produzca un desconocimiento de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia que, según esta STS, recoge que «(...) la nueva y desnuda medida de descentración por sí misma, no es suficiente para habilitar al empresario a adoptar medidas extintivas fundadas en causas objetivas, sino que es necesario que concurran los requisitos exigidos (...)».

Lo que resulta sorprendente, en este caso, es que el Tribunal Supremo se remita, expresamente, a las *STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615)* y de 3 y 4 de octubre de 2000 (*RJ 2000/ 8660 y 8291, respectivamente*) como depositarias de esa doctrina cuando son esas sentencias, precisamente, –tal y como hemos desarrollado más arriba– las introductoras de la tesis contraria y que, sin embargo, ni siquiera mencione las *STS de 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165)* y de *STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696)* que son inmediatamente anteriores a ella y que –como acabamos de justificar– son las que realmente suponen la recuperación del análisis de las dificultades preexistentes y la negación de la virtualidad extintiva del fenómeno descentralizador de forma independiente.

Las ya citadas *SSTS de 10 y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694 y 2006/3971)* –con contenido prácticamente idéntico– vienen referidas a la extinción de las relaciones laborales de una oficial administrativo y un repartidor, respectivamente, al amparo del artículo 52 c) del ET, por causas organizativas y productivas, al exteriorizar a través de otra empresa el servicio de distribución y reparto que venían desarrollando en un almacén de distribución situado en Zaragoza, donde prestaban servicios.

Estas sentencias retoman –a mi juicio acertadamente– el esquema de análisis, siguiendo las exigencias de la ley, basado en dos puntos: A) Verificación de la existencia de dificultades que afectan el buen funcionamiento de la empresa, B) Juicio de razonabilidad o adecuación de la medida para la consecución del fin de superación de aquellas dificultades al afirmar que «se trata ahora de comprobar sucesivamente, en primer lugar si la empresa demandada ha acreditado (...) la concurrencia de "dificultades" o problemas de gestión de entidad suficiente para justificar la amortización del puesto de trabajo de la actora, y en segundo lugar, **si la subcontratación o exteriorización** ⁸⁵ de actividades que ha sido la causa inmediata de la amortización constituye una respuesta o reacción razonable a tales dificultades, de acuerdo con el patrón de conducta del buen comerciante».

⁸⁵ Cabe destacar que la sentencia hace radicar para esta segunda cuestión el juicio de razonabilidad sobre la medida descentralizadora y no sobre la medida extintiva. En este mismo sentido se reafirma el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694) al decir que: «la exigencia de acreditar una conexión de funcionalidad entre la conducta de la empresa y el objetivo de superar sus problemas o deficiencias de funcionamiento se remonta en este supuesto a la propia decisión de subcontratación o externalización».

A) En cuanto a la primera de las cuestiones a dilucidar el Tribunal señala que las «dificultades» a que el artículo 52 c) del ET se refiere son sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia que han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos aunque no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo bastando con que «impidan» su «buen funcionamiento». Concretando más, las sentencias entienden que el ajuste del coste de distribución no es principalmente una cuestión de «beneficio», rentabilidad o resultado final de la empresa, sino en primer lugar y antes que otra cosa una cuestión de eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Supremo entiende acreditada la existencia de dificultades que afectan al buen funcionamiento de la empresa, en el caso de la extinción del contrato de la agente comercial, porque **«la externalización supone una reducción del coste por unidad de 0,20 a 0,11 euros»** así como por los informes periciales practicados en instancia que reflejan un problema o dificultad objetiva del sistema o método de transporte y reparto y, en el caso del repartidor, **con base en que la extinción del puesto de trabajo supondría un ahorro en costes del 45%** y a las dificultades productivas y organizativas mencionadas en el informe de la Inspección de Trabajo cuyo contenido se incorpora al relato fáctico de la sentencia de duplicación.

Dichas sentencias al partir del esquema indicado y, por ello, exigir la acreditación de dificultades previas en el funcionamiento de la empresa desvinculan la valoración de la existencia de causa de despido de la decisión empresarial de descentralizar o de sus efectos –como frecuentemente ha ocurrido en la apreciación judicial de estos casos– y, más acertadamente y al menos a nivel de principios, ponen el foco de atención en las dificultades existentes con carácter previo en el funcionamiento de la empresa negando, de este modo, la virtualidad de la decisión descentralizadora para constituir por sí misma causa de despido por causas empresariales.

Ocurre, sin embargo, que este esquema correctamente trazado a nivel teórico resulta –en mi opinión– desvirtuado por el propio Tribunal Supremo, en la práctica, en el momento en que procede a concretar la existencia de dificultades organizativas en el servicio de distribución prestado anteriormente en la empresa haciendo uso del criterio del **ajuste de costes** arriba reproducido (esto es, un coste por unidad que se reduce de 0,20 a 0,11 € en el caso de la STS de 10 mayo de 2006 y un ahorro de costes del 45% en el caso de la STS de 31 de mayo de 2006). Este criterio me parece enormemente peligroso no sólo, como ya ha sido denunciado por la doctrina ⁸⁶, por tratarse de un argumento más propio de los casos de extinción por causas económicas sino, sobre todo y especialmente, por los efectos generalizadores contrarios a los inicialmente pretendidos que podrían derivarse de considerar el ahorro de costes como prueba la existencia de dificultades previas en la organización de la empresa ya que, como la práctica totalidad de los procesos de descentralización producirán este efecto

⁸⁶ Alberto PASTOR MARTÍNEZ en «Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción. Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006 (RJ 3971)», *Iuslabor* 4/2006, ISSN: 1699-2938, denuncia que el criterio del ahorro de costes no infiere automáticamente la existencia de problemas organizativos de competitividad o eficiencia de la empresa por poder tener lugar en empresas plenamente competitivas y que, en todo caso, es un criterio más útil a la hora de ejercer el juicio de razonabilidad de la medida que a efectos de verificar la existencia de dificultades organizativas en la empresa. En cualquier caso, el autor considera que el ahorro de costes constituye un elemento más vinculado con las causas económicas con lo que la transposición de este criterio al ámbito de las causas organizativas o productivas puede suponer eludir el requisito de «situación económica negativa» que el artículo 52 c) del ET exige para el despido por causas económicas.

economizador, se podría llegar a la conclusión de que toda descentralización –en cuanto reduce costes– constituye automáticamente causa de despido por causas objetivas.

- B) En lo que se refiere a la segunda cuestión, señalan las sentencias indicadas que «el control judicial (...) se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del "buen comerciante"». «(...) en el presente caso el referido juicio de adecuación o funcionalidad arroja un resultado positivo».

Destacar, finalmente sobre estas sentencias, el voto particular formulado a la sentencia de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/3971) por D. Jesús Gullón Rodríguez en el que procede a relacionar la entidad de las dificultades que deben afectar a la empresa con la *necesidad* objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. Así, según sus propias palabras: «la necesidad de amortización ha de vincularse con una situación de dificultad en la empresa, y no cualquier dificultad, sino aquella o aquellas que sean de tal entidad que impidan su buen funcionamiento. Por tanto, en supuesto como el presente en el que no hay rastro de mal funcionamiento de la empresa» (las medidas empresariales sólo) «optimizarán lo que está funcionando adecuadamente, aunque ese funcionamiento pueda ser llevado a cabo de manera más eficiente».

En cualquier caso, con independencia de las discrepancias expuestas con relación a la valoración concreta efectuada por estas sentencias en cuanto a los datos que, a su juicio, demuestran la existencia de dificultades organizativas pre-existentes en la empresa, valoro las mismas positivamente al suponer –con relación a algunas sentencias comentadas con anterioridad–⁸⁷ la recuperación del esquema «dificultades previas de funcionamiento-contribución de la medida a su superación» que, en mi opinión, es el más ajustado a las exigencias legales contenidas en el artículo 52 c) del ET⁸⁸.

La posterior *STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/7668)* declaró la improcedencia del despido objetivo de dos trabajadoras del departamento de bases de datos de marketing de la empresa IBM acordado por ésta como consecuencia de la externalización de sus tareas para su realización a través de la empresa Harte HanksMarketIntelligence. La empresa justificó su decisión subsumiendo estas medidas dentro de un proceso genérico de descentralización de la empresa a nivel global con el que se pretendía reducir sus actividades al núcleo esencial constituido por las tareas de carácter estratégico mediante la contratación con empresas externas de la realización de las actividades operativas o accesorias con el fin de mejorar la competitividad y viabilidad empresarial.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo traza magistralmente el verdadero sentido del artículo 52 c) del ET al establecer como objeto principal del análisis de apreciación de la existencia de causa el dilucidar **«si la situación de la empresa que le impulsó a dicha exteriorización de servi-**

⁸⁷ SSTS de 3 y 4 octubre de 2000, principalmente.

⁸⁸ En este mismo sentido, Alberto PASTOR MARTÍNEZ en «Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción...», ob. cit., pág. 5, entiende que la STS de 31 de mayo de 2006, comentada en dicho trabajo, contiene una innovación fundamental: «la exigencia de la acreditación de una situación de dificultad previa que justifique el recurso al despido como medida reactiva».

cios o actividades se puede subsumir o no en el concepto legal de "dificultades" que impiden el buen funcionamiento de la empresa» pero reincide una vez más en un reiterado e incomprensible intento de dotar de una ficticia homogeneidad a la doctrina que sobre este particular se contiene en sus sentencias anteriores ya estudiadas.

Concretamente, en este caso, declara la improcedencia al entender que en la situación base no concurren tales dificultades o –en palabras propias de la sentencia– al considerar «que no se aprecia la existencia real de una situación económica negativa o de una posición que exige la aplicación de medidas organizativas para aumentar el rendimiento empresarial o la competitividad en los mercados». Este criterio –como ya hemos comentado– resulta el más ajustado con el texto y el sentido del artículo 52 c) del ET pero, además, es especialmente de mi agrado porque confirma la tesis que he mantenido más arriba al defender que en los casos de descentralización productiva la causa de extinción –caso de concurrir– no tiene por qué ser necesariamente de tipo organizativo sino que como señala el Supremo en este último párrafo transcrito («**situación económica negativa**») puede ser también, por ejemplo, de tipo económico según el carácter que tengan las situaciones o dificultades previas de que adolezca la empresa.

Sin embargo, como hemos dicho –una vez más– en su intento de presentar esta doctrina como resultante de una pretendida continuidad en el tratamiento jurisprudencial de esta materia el Tribunal Supremo se apoya, entre otras, en *las Sentencias de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586) y 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 8291)* que no dicen lo que esta sentencia dice que dicen.

En efecto, una cosa es –y en esto sí que coinciden todas las sentencias– la finalidad de la medida sobre la que todos estamos de acuerdo en que se ha producido una relajación del nivel de exigencia tras la Ley 63/1997 [pues ya no es necesario en los casos del artículo 52 c) del ET que tenga por objeto la garantía de viabilidad de la empresa y el empleo bastando objetivos más modestos como la mejora de la competitividad o de la respuesta a la demanda] y otra, bien distinta, es que exista consenso a la hora de determinar qué debe analizarse para apreciar la existencia de causa para la adopción de tal medida. Así, la *STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)*⁸⁹ –en párrafo transcrito por la propia sentencia ahora comentada– al decir: «(...) únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (...)» confirma lo primero al admitir un objetivo de grado medio (la «competitividad») junto al objetivo de grado máximo «asegurar la viabilidad» pero sin aceptar como fin válido el objetivo mínimo de «lograr el incremento del beneficio empresarial». Pero, en modo alguno, ello puede ser entendido como equivalente a que, como dice la sentencia que ahora estudiamos, «la indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo [SSTS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7586) y 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 7165)] en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales» pues estas sentencias no se refieren a tales dificultades o problemas previos sino únicamente a

⁸⁹ Dicha STS se remite a la de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) que es la que introdujo originariamente el texto transcrito.

la medida descentralizadora como constitutiva de causa (siempre organizativa) y respecto de la que únicamente exigen que sea una medida racional en términos organizativos.

Es decir, que una cosa son los fines más laxos a los que puede orientarse la medida tras la reforma de 1997 respecto de los que sí puede defenderse la existencia de una homogeneidad de criterio y otra bien distinta es la cuestión relativa a «**la indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia (...)**» que sólo se retoma a partir de la *STS de 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165)* pero no en las sentencias anteriores que cita ésta que comentamos, para las cuales basta con que la descentralización constituya una decisión racional y con base en ésta se genere un excedente de personal que justifica la extinción de los contratos afectados.

A mi juicio, tales sentencias de ser citadas debieron serlo, a estos efectos, conjuntamente y en idénticos términos a los empleados por el Tribunal Supremo para referirse a la sentencia de duplicación recurrida cuando indicaba que «contrariamente a lo que parece entender la sentencia recurrida, la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador».

Por el contrario, sí que parecen muy acertadamente citadas la *STS de 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165)* y siguientes [*SSTS 17 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9696)* y *10 (RJ 2006, 7694)* y *31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3971)*] ya que, como hemos visto, éstas sí que habían ido contribuyendo a la consolidación de la exigencia de la existencia de dificultades previas de funcionamiento que la propia *STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/7668)* comparte.

En el siguiente año, 2007, el Tribunal Supremo dicta la *STS 23 de octubre de 2007 (RJ 2007/9319)* en cuyo estudio no nos detendremos ya que en ella se inadmite el recurso de casación por falta de contradicción y, a diferencia de otras ocasiones, el TS no aprovecha, en este caso, para hacer consideraciones aun con carácter *obiter dicta*.

La *STS de 23 de enero de 2008 (RJ 2008/2552)* se refiere a una extinción por causas objetivas del contrato de trabajo de un monitor de ventas invocando como causa la prevista en el artículo 52 c) del ET con base en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas organizativas y productivas. Sintéticamente dichas causas derivaban de que, a resultas de la integración de Donut en Grupo Panrico, se hacía precisa la unificación de sus redes de distribución en las zonas de Andalucía y Badajoz.

Esta sentencia contiene, en sus fundamentos de derecho, una espléndida síntesis –que incluye cita de la práctica totalidad de las sentencias que hemos comentado– de la doctrina consagrada en los últimos años por el Tribunal Supremo con relación a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y a su aplicación en los casos de descentralizaciones productivas pese a que, en este caso, el desencadenante de la extinción no es, estrictamente, la formalización de una contrata con una empresa externa sino la absorción de una empresa por otra ⁹⁰.

⁹⁰ No obstante, no es la primera vez que el problema se plantea de esta manera. Baste recordar, por ejemplo, cómo el caso analizado por la *STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7586)* versa sobre una empresa de óptica cuyo titular decide integrarse como socio de pleno derecho en una sociedad cooperativa, que agrupa a las principales empresas del sector.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo da aquí continuidad al acertado criterio que había mantenido en las últimas sentencias comentadas e inicia sus razonamientos buscando apoyo precisamente en ellas. Así, las primeras sentencias que cita, en su fundamento jurídico segundo, son las inmediatamente anteriores de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694), 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/3971) y 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/7668), para referirse, nuevamente, a que el «**término genérico "dificultades"**, que el artículo 52 c) del ET utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las "causas técnicas, organizativas o de producción" justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad».

Con base en ello adopta su decisión final: «Examinado a la luz de la doctrina antes expuesta el supuesto concreto que enjuicamos, se llega a la conclusión en el sentido de que el despido objetivo que nos ocupa no se ajusta a las exigencias del artículo 52 c) del ET, ni siquiera tras la flexibilización operada por virtud de la Ley 63/1997, toda vez que no se ha acreditado la existencia de una real necesidad de adoptar la medida para evitar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa (...)», las cuales además parece que, a juicio del Tribunal Supremo pueden admitirse en una doble versión: como *dificultades presentes* pero también como *latentes*, como se desprende del fundamento jurídico tercero *in fine*, cuando refiriéndose a la falta de prueba de tales dificultades de funcionamiento, se reprocha que tal «proyecto empresarial» se ejecute «sin ningún refrendo que garantice que tal proyecto resulte acorde con la realidad, ni menos aún que, si no se reducen esos puestos, se produzcan las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa a las que se refiere el precepto que comentamos». Con lo cual el Tribunal Supremo parece que admite la posibilidad de que estas medidas extintivas estén justificadas tanto con carácter reactivo frente a dificultades ya reales como con carácter preventivo frente a dificultades aún latentes y que podrían tomar cuerpo o concretarse («se produzcan» en términos de la sentencia) «si no se reducen esos puestos».

Por otro lado, tengo que denunciar –otra vez más a riesgo de resultar excesivamente reiterativo– la reaparición en el texto de esta sentencia de la siguiente afirmación: «La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo [SSTS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7586), rec. 7586 (sic) y 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 7165), rec. 4454/2002], en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales» en la que se sigue incluyendo incomprensiblemente a la STS de 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7856). En esta última –haciendo un enorme esfuerzo de extensión conceptual– las únicas dificultades de funcionamiento que pueden encontrarse referidas son la que se originarían como efecto de la descentralización misma y con posterioridad a ella pero que nada tienen que ver con las de carácter preexistente que se manejan en todas las sentencias del Supremo a partir de la *STS de 21 de julio de 2003 (RJ 2003/7165)*, incluida la que ahora hemos estudiado.

La última sentencia del Tribunal Supremo de que disponemos a la presente fecha sobre la materia que nos ocupa es la *STS de 2 marzo de 2009 (RJ 2009/1719)*. Esta sentencia tiene por objeto resolver sobre la procedencia del despido objetivo de unas lavanderas que venían prestando ser-

En el caso de la STSJ de Andalucía de 19 de abril de 2007 (AS 2007/3399), citada por el Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2008 (JUR 2008/375350) el problema surge como consecuencia de la adquisición de la empresa por otra que ya tiene externalizado el servicio de asesoría y gestión.

vicios por cuenta de la empresa USP Madrid, SL en una clínica. Un informe de auditoría revela que la planta baja en la que se ubicaba la lavandería se encuentra fuera de ordenación por situarse en un patio interior de manzana; no habiéndose constatado que tuviera licencia para ese uso. Ante esta situación, la empresa procedió al despido de las actoras, cierre de las instalaciones de lavandería y encomendó las labores de lavandería a la fundación Once y el grupo Flisa.

La sentencia declara la procedencia del despido siguiendo el criterio consolidado de atender a la concurrencia de dificultades previas, en este caso organizativas: «En el supuesto presente las dificultades han sido evidentes: desde el año 2000 se sabía del indebido emplazamiento fuera de ordenación de la lavandería en un patio de manzana que aconsejaba una solución, y sin que conste la posibilidad de ubicar el servicio en otro lugar de la propia clínica. Ante este hecho, es solución idónea la descentralización del servicio, técnica de explotación empresarial cada más extendida y que encuentra su apoyo legal en el artículo 42 del ET y 38 de la CE. Y, acreditados esos dos extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la ley y la realidad económica encomiendan al empresario». (Fundamento jurídico quinto.)

A mi modo de ver aunque acepto que las dificultades justificativas de la extinción sí concurren en este caso tampoco creo que aparezcan tan claramente como para poder afirmar que «**han sido evidentes**» ya que, en principio, estos problemas de ordenación de la planta baja en que estaba ubicada la lavandería no parecen aparentemente constitutivos, en sí mismos, de «dificultades de funcionamiento»⁹¹ o de organización del servicio de lavandería como tal si no, más concretamente, del local en que se ubica y, si lo fueran, no parece que la medida adecuada para superarlos tenga que ser necesariamente amortizar puestos de trabajo y externalizar pues, frente a ello, apriorísticamente bastaría más sencillamente con cambiar de local. Opino que, más bien, habría que justificar que el servicio de lavandería o, más exactamente, su organización generan problemas y que hay necesidad (no conveniencia)⁹² de amortizar puestos y contratar las funciones externamente.

Por ello comprendo –aunque no las comparta– las razones que esgrimía la sentencia recurrida del TSJ de Madrid de 26 de marzo de 2008 (AS 2008/1565) cuando al declarar la improcedencia del despido «basa su decisión en no estimar objetivamente acreditada la necesidad de amortizar los puestos de trabajo, hecho que deducía de la inexistencia de actuaciones administrativas que requieran a la demandada que cese de actuar en las condiciones que lo estaba realizando o que se haya procedido a la clausura de la instalación de lavandería por no reunir los requisitos para que se desempeñe la actividad en el lugar que hasta la extinción de los contratos se venía desarrollando». En efecto, considero que el sentido de sus palabras no era tan simple como el que le atribuye el Tribunal Supremo en la sentencia comentada cuando dice: «La realidad es que la sentencia recurrida impuso un requi-

⁹¹ En este mismo sentido, Carlos L. ALFONSO MELLADO en «Despido Objetivo por Descentralización Productiva (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009)», ob. cit., en la pág. 160, reflexiona sobre lo que realmente supone estar fuera de ordenación, viniendo a concluir que se trata de una situación muy común en la relación de nuestras empresas con el planeamiento urbanístico y que en sí misma no implica ninguna dificultad de funcionamiento real, sin perjuicio de los problemas concretos en que, a futuro, estas situaciones puedan llegar a desembocar: olores, molestias, y que podrían dar lugar a actuaciones administrativas de diversa índole y no necesariamente al cese de actividad.

⁹² «(...) no se puede confundir "necesidad" con "conveniencia" en la decisión extintiva empresarial», decía la STS de 21 de marzo de 1997.

sito que la ley no impone, para la procedencia de la medida empresarial de externalizar el servicio y prescindir del propio: exigencia de actuaciones administrativas que requieran a la empresa el cese de las actuaciones en la forma que las venía realizando».

No creo que la sentencia de suplicación desconociera que la ley no impone tal requisito para la adopción de medidas descentralizadoras y tampoco considero que dicha sentencia pretendiera imponerlo. Opino que lo que ésta realmente quería significar es que para encontrarnos ante un problema organizativo auténtico, serio y perentorio, sería necesario que **obligatoriamente** no se pudiese seguir trabajando de la forma en que se hacía hasta entonces por una circunstancia involuntaria sobrevenida, como podrían ser unas actuaciones administrativas que compelieran al cese en las actividades. Habría, entonces, dificultades claras de funcionamiento mientras que sin esa obligación quizás las dificultades de funcionamiento no serían tan reales pues se podría seguir funcionando quizás solucionando el problema legal o cambiando de local, etc.

Se trataría de algo parecido a lo que defendía en este mismo trabajo cuando, contrariamente al criterio de las *SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291)* me refería a que si la opción por la mutua hubiese sido obligatoria entonces sí hubiera procedido el despido objetivo en aquel caso, ya que existiría un problema organizativo previo a la extinción en tal caso generado por una obligación legal pero como dicha opción tenía carácter facultativo no existiría realmente ningún problema ya que en nada perjudicaría a la empresa seguir en la situación inicial. En definitiva, la empresa, en aquel caso, si consideraba que el ejercicio de tal opción podría beneficiarle nada le impedía hacer uso de ella pero sin que para dicho objetivo pudiera utilizar la opción extintiva del artículo 52 c) del ET prevista legalmente sólo para los casos en que la actuación del empresario responde a la necesidad de reaccionar ante dificultades serias como las que generaría la imposibilidad por obligación legal (pero no la mera opción voluntaria) de mantener la organización existente.

Y precisamente es éste el punto (que sería la primera clave para la resolución del asunto que ahora nos ocupa) en que radica la diferencia con el caso que ahora estudiamos pues en el caso de la lavandería su situación actual es irregular e insostenible y lo es –a diferencia de lo que se desprende de la sentencia de suplicación recurrida– con independencia de que existan o no actuaciones administrativas que exijan el cese de la actividad pues parece lógico que ningún Tribunal de Justicia debería ofrecer como una opción aceptable una solución provisional (mientras ésta no sea denunciada) contraria al ordenamiento jurídico y, con mayor razón, era de esperar que el Tribunal Supremo no pudiera confirmar una interpretación de ese tipo pues constituye su función interpretar y aplicar la ley y no fomentar el mantenimiento de situaciones contrarias a ella ⁹³.

Concluyo, por lo tanto, en que el mantenimiento de la situación irregular del local de la lavandería no podía aceptarse como una opción válida y en que, en consecuencia, el empresario venía forzado a efectuar cambios en su organización para adaptarla a la legalidad y tales cambios pueden realizarse mediante la libre adopción de medidas descentralizadoras pero ello no siempre tiene por qué identificarse con la existencia de un problema organizativo que autorice

⁹³ Artículo 1.6 del Código Civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

automáticamente a la extinción por causas objetivas de los contratos de sus trabajadores⁹⁴. En efecto, como bien dice el Tribunal Supremo⁹⁵, la solución más idónea puede ser la descentralización del servicio, sin que quepa inmiscuirse en la capacidad de las empresas de decidir su propia organización, pero sin que pueda predicarse lo mismo de la extinción de contratos que es causal y limitada.

La reorganización –obligada en este caso– del servicio por el empresario puede decidirse libremente mediante su subcontratación pero –como hemos dicho tantas veces– ésta sólo podrá ir acompañada de extinciones objetivas cuando venga precedida de dificultades de funcionamiento que, en mi opinión, sólo se manifestarían en este caso si, además, de resultar forzoso el cambio para la adaptación del servicio a la legalidad dicha adaptación no fuera posible a través de medidas menos gravosas que las extinciones de contratos, pues, como hemos visto, según mi visión, –no compartida por la doctrina del Tribunal Supremo– la expresión «necesidad de amortizar puestos de trabajo» del artículo 52 c) del ET debe ser interpretada como recurso a los despidos objetivos como última salida posible. Así, por ejemplo, la posibilidad de realización de reformas sencillas que posibilitasen la obtención de licencias, el cambio a un local con posibilidades similares (que no implicara mayor inversión o gasto o pérdidas de eficiencia respecto al anterior), etc. implicaría que estas extinciones objetivas no eran realmente necesarias pues existían otras soluciones menos gravosas posibles.

Y es aquí donde aparece la segunda clave de este asunto a efectos justificativos de las decisiones empresariales. Concretamente, de la expresión empleada por el Tribunal Supremo en esta sentencia «**y sin que conste la posibilidad de ubicar el servicio en otro lugar de la propia clínica**» se desprende la consideración como probada de la imposibilidad de adoptar tales medidas menos gravosas⁹⁶ y, entonces, constatada la existencia de dificultades serias de funcionamiento (imposibilidad de seguir funcionando legalmente como hasta entonces) las cuales, además, tienen capacidad para influir sobre los fines legales: competitividad o respuesta a las exigencias de la demanda queda legalmente justificado el recurso a las extinciones del artículo 52 c) del ET. Pues, en efecto, en el ámbito de los fines, las extinciones no se adoptan por mera conveniencia sino por imposibilidad de adoptar soluciones alternativas equivalentes menos gravosas para los trabajadores, pues el Tribunal Supremo parece asegurar que no se puede hacer uso de otro local de la clínica y podría aceptarse que el uso de un local en otro edificio podría producir problemas de competitividad o respuesta a la

⁹⁴ Pues de lo contrario como señala Carlos L. ALFONSO MELLADO, obra citada, pág. 161: «Parece como si cualquier dificultad empresarial justificase el despido objetivo *ex* artículo 52 c), pero legalmente no es así, sólo unas muy concretas dificultades pueden justificarlo».

⁹⁵ «Ante este hecho, es solución idónea la descentralización del servicio, técnica de explotación empresarial cada más extendida y que encuentra su apoyo legal en el artículo 42 del ET y 38 de la CE. Y, acreditados esos dos extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la ley y la realidad económica encomiendan al empresario.»

⁹⁶ A otra conclusión se llegaría, sin embargo, si entendemos que esta expresión del Tribunal Supremo «**y sin que conste**» significa –como señala Carlos L. ALFONSO MELLADO, en la pág. 161 de la obra antes citada– que no se ha probado la imposibilidad de reubicación del servicio de lavandería en otro lugar de la propia clínica pues entonces, según mi posición expuesta en este trabajo, no sería posible admitir la validez de estas extinciones objetivas al no encontrarnos ante dificultades reales que afecten al buen funcionamiento de la empresa pues dicho servicio podría seguir funcionando en iguales condiciones en otro local de conformidad con el ordenamiento urbanístico y por no poder considerarse verdaderamente «necesaria» la medida extintiva por existir otras soluciones menos drásticas posibles (tales como la indicada reubicación) con idénticos efectos para el correcto funcionamiento de la empresa.

demanda (pues, por ejemplo, puede resultar menos eficiente al tener que añadir los costes del transporte de la ropa hasta la clínica u originar demoras que implican responder deficientemente a las exigencias de la demanda, etc.).

Por las razones anteriores, considero a esta sentencia continuadora de la acertada doctrina mantenida por los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo aquí estudiados en cuanto que, pese a dotar de gran protagonismo a la descentralización productiva como libre opción auto-organizativa empresarial, no otorga virtualidad a ésta en el juicio de valoración de la procedencia de los despidos objetivos sino que atiende en realidad, a estos efectos, a la concurrencia de dificultades preexistentes⁹⁷, que quedan acreditadas en el presente caso. En el ámbito de los fines, sigue adoptando el criterio intermedio –generalmente aceptado tras la Ley 63/1997– de mejora de la competitividad y de la respuesta a las exigencias de la demanda, que queda a caballo entre la insuficiente mera conveniencia empresarial y la ya inexigible –para estos casos de causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET– necesidad de garantía de viabilidad de la empresa y del empleo. El hecho de no poder considerarse equivalentes, en estos términos de mejora de la competitividad y respuesta a la demanda, las otras medidas posibles, contribuye a potenciar la sensación de gravedad del problema organizativo (que no presenta aquí otras soluciones que puedan considerarse auténticamente alternativas) aunque en esta sentencia como, en general, en la doctrina del Tribunal Supremo, ello no opera –como según mi tesis en favor de la caracterización de estas extinciones como *última ratio* hubiera correspondido– a modo de requisito, esto es, como necesidad de entender agotadas (por falta de equivalencia) las demás soluciones menos gravosas que habrían de intentarse como previas a las extinciones de contratos.

4.3.3. Principales conclusiones sobre la evolución jurisprudencial reciente

Una vez analizadas, individualizadamente, las distintas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia podemos llegar a dos conclusiones fundamentales:

- En primer lugar, la existencia de una divergencia cierta pero no reconocida –baste recordar las innumerables veces que hemos denunciado remisiones entre sentencias que no siempre tenían el mismo contenido real– entre dos grupos bien definidos de sentencias en torno a la cuestión concerniente a la determinación de cuáles son las «dificultades de funcionamiento» que deben ser valoradas como presupuesto legal necesario exigido por el artículo 52 c) del ET para la procedencia de las extinciones individuales o plurales por causas técnicas, organizativas o de producción.

⁹⁷ En el fundamento jurídico tercero esta sentencia se remite a la de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694) al señalar: «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 en este punto a comprobar si tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del "buen comerciante"». Pese a que en este texto se incluye conjuntamente la subcontratación y la extinción como medidas sujetas únicamente al requisito mínimo de mera razonabilidad ello no desvirtúa la conclusión arriba expuesta en cuanto dicho control judicial mínimo actúa sobre unas medidas que –como dice el propio texto– tratan de «superar las dificultades» con lo cual –si bien de una manera un tanto enrevesada– en el párrafo transcrito se presupone cumplido el requisito legal previsto para las extinciones que exige la concurrencia de aquéllas.

Así, mientras **para un primer grupo de sentencias**, integrado por las *SSTS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615)* y *30 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7586)* y las *SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000/8660 y 2000/8291)*, los problemas organizativos originados por la descentralización productiva pueden ser considerados como las «dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» a que se refiere el artículo 52 c) del ET y, por tanto, obtienen virtualidad jurídica suficiente para justificar estas extinciones, **para todas las sentencias posteriores**, tal consideración sólo se otorga a las dificultades preexistentes y anteriores a la adopción de la medida descentralizadora.

Sin embargo, esta disparidad no impide considerar a la segunda de las opciones –por el número de sentencias y por su prolongación en el tiempo– como la postura dominante. Por lo cual, en mi opinión, es posible reconocer en ella la que puede entenderse como verdadera doctrina al respecto de nuestro Tribunal Supremo.

- En segundo lugar, lo anterior no impide apreciar, en general, una línea doctrinal homogénea y continuada que permite ofrecer cierta seguridad jurídica en una materia que como hemos visto se revela complicada por su heterogeneidad y la variedad de detalles de su casuística. Así, de todas las sentencias comentadas es posible extraer un criterio común, muy unánime, en dos aspectos importantes:
 - a) Por un lado, la consideración de los fines legales del artículo 52 c) del ET –para las causas no económicas– de mejora de la competitividad y de respuesta a las exigencias de la demanda como superiores a la mera conveniencia empresarial –que sería insuficiente para justificar estas extinciones– pero inferiores a la exigencia de garantía de viabilidad de la empresa y el empleo que se sigue requiriendo en el artículo 51 del ET para los despidos colectivos.
 - b) De otro lado, la admisión automática de la medida extintiva una vez comprobada la existencia de causa y su contribución a los fines legales, con el consiguiente rechazo a interpretar la exigencia legal de la necesidad de amortización del puesto de trabajo como la configuración de la extinción por causas objetivas con el carácter de medida última e inevitable. Lo cual hubiera implicado –como he defendido más arriba– la obligación de priorizar la aplicación de otras medidas menos traumáticas, como las de movilidad funcional, geográfica o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo e, incluso, el intento de subrogación de la empresa contratista en la relaciones laborales de los trabajadores afectados aun cuando ésta no actuase automáticamente *ope legis* por no transmitirse los elementos productivos a que se refiere el artículo 44 del ET.