

mismos objetivos que el primero, por lo que, al entender de la Sala, la finalidad perseguida por la empresa consistió en huir del procedimiento administrativo, que estaba obligada a seguir y que comportaba, en última instancia, la necesidad de obtener una autorización administrativa y, de esa forma, beneficiarse de la nueva regulación que le permitía decidir autónomamente sobre la extinción de los contratos.

Por todo lo anterior, la sentencia comentada concluye que la actuación de la empresa «debe considerarse fraudulenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, puesto que acredita una manifiesta voluntad de sustraerse del procedimiento legal, para beneficiarse de un procedimiento más flexible que el precedente, que exigía autorización administrativa del despido colectivo, mientras que la nueva regulación deja en manos del empresario la decisión de extinguir colectivamente puestos de trabajo, lo que equivale a cambiar de árbitro y también de reglas del juego en pleno partido, apartándose frontalmente del procedimiento exigido por la ley».

Finalmente, la propia Sala de lo Social de la Audiencia Nacional matiza, *obiter dicta*, su criterio para evitar que pudiera ser extrapolado automáticamente a otros supuestos distintos, al afirmar que la conclusión alcanzada hubiera sido distinta si la empresa hubiera alegado y probado la concurrencia de hechos o causas nuevas, que hubieran justificado razonablemente apartarse del procedimiento previo, para promover uno nuevo con fundamentos fácticos o jurídicos diferenciados, circunstancias que no concurrían en el caso enjuiciado y que, por ello, llevan a declarar la nulidad del despido colectivo.

Con base en todo lo anterior, y como reflexión final, se puede afirmar que el principal interés de la sentencia comentada reside en el criterio que establece en relación con la existencia de fraude de ley en un supuesto de cambio legislativo. Como se ha expuesto, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional entiende que las actuaciones, en principio legítimas, como sería desistir de un procedimiento, tendientes a beneficiarse de un régimen jurídico más favorable derivado de un cambio legislativo deben entenderse con carácter general como fraudulentas, salvo que se consiga acreditar la existencia de hechos o circunstancias sobrevenidas que justifiquen dicha actuación.

§61. EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS, DESPIDO OBJETIVO Y CONCEPTO DE CAUSA

STSJ Cataluña 4 mayo 2012 (AS 2012, 1778)*

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Social Doctrinal 8
Diciembre 2012
págs. 87 a 94

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO. II. SOBRE LA EXISTENCIA DE CAUSA ECONÓMICA Y LA REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 52.C) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR LEY 35/2010. III. SOBRE LA REVISIÓN DE HECHOS PRUBADOS Y OTRAS CUESTIONES DE ORDEN PROCESAL. IV. EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DESPIDO OBJETIVO.

PALABRAS CLAVE: Externalización de servicios. Despido objetivo. Causa económica. Causa organizativa. Subcontrata de obras o servicios.

KEYWORDS: Outsourcing. Objective dismissal. Economic cause. Organizational cause. Subcontracting of Works or services.

Fecha recepción original: 26 de octubre de 2012

Fecha aceptación: 28 de octubre de 2012

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO

La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de suplicación interpuesto por dos trabajadores que han sido despedidos por la vía del despido objetivo del artículo 52.c) ET; despido derivado, supuestamente, de una externalización de servicios a otra empresa. La sentencia de la que trae su causa,

* Véase la sentencia comentada en la revista jurisprudencial AS núm. 8, 2012.

procedente del Juzgado de lo Social 1 de Granollers, consideró procedentes tales despidos, al estimar que concurría causa.

La empresa Artículos Metálicos, SA comunicó, el 4 de octubre de 2010, el despido a ambos trabajadores, cumpliendo todos los requisitos formales previstos en dicho precepto, entregando la preceptiva indemnización y compensando económicamente la ausencia de preaviso, realizando el pago mediante dos cheques a sendos trabajadores; que decidieron recurrir el despido, primero ante el Juzgado de lo Social, y posteriormente ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Los hechos probados en los que basa su resolución el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña son los siguientes:

1.-La empresa Artículos Metálicos, SA realiza su actividad con su personal, y al mismo tiempo tiene subcontratada parte de la actividad, desde 2006, con la empresa Manufacturas Solidarias Badalona (MANSOL), que ofrece puestos de trabajo a enfermos VIH-SIDA. La facturación de MANSOL a ARTICULOS METALICOS, SA fue disminuyendo de forma progresiva, para caer en picado en 2009, con un leve repunte en 2010.

2.-En 2009, la empresa Artículos Metálicos, SA procedió a la solicitud de expediente de regulación de empleo de efectos suspensivos -Expediente de regulación de Ocupación (ERO)-, que afectaba a 50 trabajadores de su plantilla por un período de 80 días naturales durante 12 meses; aunque fue autorizado por la autoridad laboral, que apreció la existencia de causa, finalmente éste no se cumplió y la empresa procedió a la reorganización de los diferentes Departamentos.

3.-La facturación de la empresa ha ido disminuyendo desde 2007 a 2009, aunque se produjo un pequeño repunte en 2010 respecto del año anterior. Al mismo tiempo, la empresa ha ido reduciendo su plantilla hasta pasar de 64 trabajadores en 2007 a 54 en 2010.

Existen dos hechos probados que resultan de interés para la resolución del supuesto y de los que parte el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

Primero, la fecha en la que tuvieron lugar los despidos de ambos trabajadores, 4 de octubre de 2010, que condiciona la normativa aplicable a los mismos, concretamente lleva a la aplicación de la reforma introducida en los artículos 51 y 52.c) el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 35/2010.

Segundo, la externalización de servicios realizada por la empresa Artículos Metálicos, SA a MANSOL se produjo cuatro años antes de los despidos que dan lugar a la resolución judicial objeto de comentario; que al mismo tiempo, tal como consta entre los hechos probados, no afectaba a las actividades y servicios que prestaban los trabajadores despedidos, y que además no supuso un aumento de la facturación de la empresa subcontratista, por lo que, con los datos que figuran entre los hechos probados, no resulta significativo el dato de la externalización de servicios ni se puede concluir que haya sido causa de tales despidos.

Varios son los aspectos que hemos de tener en cuenta para valorar la sentencia objeto de comentario: primero, si existe causa económica, tal como está configurada en el artículo 51.1 ET tras su reforma por la Ley 35/2010; segundo, si tiene trascendencia en la existencia de causa económica la revisión de los hechos probados en la sentencia de instancia, al pretender la parte actora la inclusión del término «horas extraordinarias»; tercero, si la externalización de servicios podría justificar, de no resultar acreditada la causa económica, la existencia de causa productiva.

II. SOBRE LA EXISTENCIA DE CAUSA ECONÓMICA Y LA REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 52.C) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR LEY 35/2010

El debate se centra, finalmente, en si concurre o no causa económica, y si ésta ha sido debidamente acreditada por la empresa, quedando así justificado el despido de ambos trabajadores.

El momento en el que se hacen efectivos los despidos, 4 de octubre de 2010, marca la normativa aplicable a los mismos, concretamente resulta de aplicación la nueva redacción del artículo 52.c) ET por la Ley 35/2010, que se remite al artículo 51.1 ET, que modifica el concepto de causa, con el fin de «dar mayor certeza tanto a los empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial», como establece la Exposición de Motivos de dicha norma, aunque cuidando al mismo tiempo de no comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores.

Así el artículo 51.1 ET precisaba, tras dicha reforma: «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado».

Antes de la reforma de dichos preceptos por la Ley 35/2010 la empresa tenía que justificar que la amortización del puesto era necesaria para superar las dificultades que impidiesen el buen funcionamiento de la empresa, ya por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos¹; de forma que bastaba con que con la amortización de puestos cooperase a superar una situación económica nega-

1. De hecho demostrar las dificultades de la empresa ha sido el elemento fundamental tenido en cuenta por los Tribunales para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Puede verse la STSJ de Cataluña (Social) de 3 de enero de 2000 (AS 2000, 1659), que contempla un despido del 52.c) ET por extinción de una contrata, exigiendo la necesidad de acreditar la situación general de la empresa y la concurrencia de dificultades que impidan el buen funcionamiento de la misma a nivel global.

tiva, ya que, directamente incidía en la partida de coste de personal, aliviando la cuenta de resultados de la empresa².

Así, los tribunales interpretaban el artículo 52.c) ET, alegando que la justificación de un despido objetivo económico había de tener en cuenta tres elementos: el supuesto de hecho determinante del despido –situación económica negativa de la empresa–, la finalidad asignada a la medida extintiva –necesidad de amortizar el puesto para superar la situación económica negativa– y la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad asignada (entre otras STS de 29 de septiembre de 2008 [RJ 2008, 5536]), sin que la medida extintiva tuviera que garantizar la superación de la crisis, bastando que contribuyera a la misma.

A partir de dicha reforma, la empresa ha de probar la causa y justificar que la extinción del contrato contribuye a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que preserve o favorezca su posición competitiva en el mercado. Ya no es necesario que la amortización de puestos sea precisa para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento.

La reforma introducida por la Ley 35/2012, de aplicación al caso, en los artículos 51.1 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, flexibilizó el concepto de causa económica, técnica, organizativa o de producción; exigiendo razonabilidad de la medida adoptada en función al fin perseguido por la empresa (v. STSJ de Galicia (Social) de 22 de marzo de 2012 (AS 2012, 809), o dicho de otra forma, encontrar «un equilibrio de la empresa entre lo productivo y lo económico –STSJ de Justicia de Extremadura (Social) de 30 de enero de 2012 (AS 2012, 515)–.

Concretamente, dicho precepto aclaraba que la situación económica negativa debe «afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo» por lo que para que se materialice la causa económica será necesario que concurra tanto la situación económica negativa como la afectación a la viabilidad de la empresa o su volumen de empleo. Ya no es necesario que las pérdidas sean actuales, pueden ser previstas, aunque sí han de ser objetivables y medibles («pérdidas actuales o previstas») si se especifica que existe causa económica, cuando haya una disminución persistente del nivel de ingresos, por lo que no tienen que existir pérdidas.

Es necesario determinar si de los resultados de la empresa Artículos Metálicos, SA se desprende una situación económica negativa en los términos indicados. La disminución persistente en el nivel de ingresos queda acreditada por la disminución en la facturación continuada desde 2007 a 2010, de forma que podríamos entender que concurre causa suficiente para utilizar la vía del despido objetivo.

Sin embargo, los artículos 51 y 52.c) ET, en su redacción por Ley 35/2010,

2. Así, STS (Social) 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 3468)

no sólo exigen la existencia de causa, sino que es necesario acreditar que la disminución persistente en el nivel de ingresos «puede afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo», dicho de otra forma es necesario probar la RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA EXTINTIVA para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado»; pues, si bien tras dicha reforma no era necesario acreditar que se superará la situación económica negativa, sí hay que medir la razonabilidad del despido en relación a las finalidades perseguidas; y no parece suficiente la disminución persistente en el nivel de ingresos acreditado por la empresa, puesto que de 2007 a 2008 se detecta dicha disminución, que aumenta en el 2009, pero entre este año y 2010 vuelve a detectarse un leve aumento del nivel de ingresos, lo que cuestiona la «persistencia» en la disminución de ingresos. Esto lleva a que, con los hechos que figuran como probados, no puede deducirse la existencia de causa, al no acreditar la razonabilidad de la medida extintiva.

Diferente hubiera sido si tales despidos se hubieran formalizado tras la importante caída de facturación ocurrida entre 2007 y 2009 –aunque la normativa aplicable hubiera sido otra–. Los despidos de los actores parecen ser más consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 35/2010, y de la flexibilización de las causas de los despidos económicos, técnicos, organizativos o de producción, que de la existencia de una verdadera causa; pues falta el criterio de la razonabilidad de la medida que exigen los Tribunales, y el propio Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la posibilidad de existencia de otra causa de las previstas en dicho precepto, en la propia sentencia se alega la inexistencia de causas organizativas o productivas derivadas de la externalización de servicios a la empresa MANSOL; puesto que, tal como queda acreditado en los hechos probados, la misma se realizó cuatro años antes de los despidos, manteniéndose de forma ininterrumpida, y sin que los servicios externalizados tuvieran relación alguna con las funciones desempeñadas por los trabajadores.

III. SOBRE LA REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS Y OTRAS CUESTIONES DE ORDEN PROCESAL

La parte actora propone la revisión de un hecho probado, especificando que «el ERO no se cumplió al resultar necesario el trabajo de la plantilla afectada, incluso la realización de horas extraordinarias durante dicho periodo». El fundamento de dicha petición se basa en la necesidad de demostrar que la empresa no se encuentra incurso en causa económica, cuando no ha tenido que hacer uso del ERO–ERTE en terminología usual– e incluso, contando con la misma plantilla, ésta ha realizado horas extraordinarias.

La revisión de hechos probados requiere, como motivan los tribunales, la necesidad de que no se trate de nuevos hechos a los planteados en instancia; pudiendo alegar error del juzgador en la apreciación de las pruebas que fijen los hechos; debiendo ser el error evidente y poder deducirse mediante la prueba que resulte oportuna.

La sentencia objeto de comentario analiza detenida y correctamente cuándo cabe la revisión de un hecho probado y apunta, con cita de diversas sentencias, la «necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación».

Partiendo de la base de que no es posible introducir elementos nuevos a los hechos declarados probados por el juzgador de instancia, cabría plantearse si la adición del elemento «horas extraordinarias» alegadas por la parte actora durante el periodo en el que fue aprobado el ERO sería suficiente para que se considerara la inexistencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que motivaron el mismo.

Entiendo que no por varios motivos: el ERO fue debidamente autorizado por la autoridad laboral; las circunstancias pudieron cambiar, llevando a que el empresario no pusiera en marcha el mismo y necesitando incluso más horas efectivas de trabajo, que no podía cubrir con las jornadas de trabajo inicialmente pactadas. El ERO fue autorizado el 25 de mayo de 2009, cuando los despidos de los trabajadores, declarados procedentes por la sentencia objeto de comentario, se produjeron el 4 de octubre de 2010, más de un año después de dicha circunstancia, por lo que la adición de este hecho resulta irrelevante.

IV. EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DESPIDO OBJETIVO

La sentencia objeto de comentario considera que, en caso de subcontratación o externalización de una actividad hay que comprobar: primero, si la empresa ha probado la concurrencia de problemas de gestión de entidad suficiente para justificar los despidos, es decir, si hay causa económica y, en segundo lugar, si la subcontratación que ha sido causa de los mismos constituye una respuesta razonable a dichas dificultades, es decir, si hay causa organizativa. Por ello, es necesario determinar si la empresa acreditó convenientemente la existencia de causa justificativa de ambos despidos y si la externalización es la respuesta razonable a la situación de la empresa, de acuerdo con el patrón de conducta del buen comerciante.

La parte actora alega que no concurren causas económicas organizativas o productivas, porque la empresa subcontrató ciertos servicios a MANSOL que coincidían con los que realizaban los dos trabajadores despedidos; y entiende que «las causas organizativas pueden amparar los fenómenos de descentralización productiva siempre que sea un medio para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad, pero no cuando responda a una mera conveniencia empresarial o para aumentar beneficios».

La sentencia realiza un largo excursus sobre los efectos de la descentralización productiva en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para finalmente concluir que realmente no nos encontramos en tal circunstancia, puesto que la subcontrata entre la empresa demandada y

MANSOL se remonta a 2006, fecha desde la que no se ha producido aumento, sino más bien al contrario, de la facturación de ésta a la primera.

Finalmente, excluye que estemos ante una causa organizativa, desestimando el recurso de ambos trabajadores, basándose en que sus despidos no fueron consecuencia de la externalización de servicios a la empresa MANSOL, que mantenía una subcontrata de obras o servicios con la empresa Artículos Metálicos, SA de forma continuada desde cuatro años antes de tales despidos; sin que el trabajo realizado por dicha empresa coincidiera con el que se externalizó y sin que se pruebe que se hubiera aumentado la facturación a dicha empresa; para confirmar, en última instancia, que los despidos se produjeron en base a la existencia de pérdidas persistentes en los últimos tres ejercicios.

La decisión de externalización de la actividad es adoptada por la empresa demandada cuatro años antes de los despidos, y no resulta acreditado que se haya aumentado el encargo de servicios a la empresa subcontratista, mientras que sí está acreditado que la facturación de la misma no sólo no ha aumentado sino que ha disminuido respecto a años anteriores. Tal decisión entra en el marco del artículo 38 de la Constitución que ampara la libertad de empresa.

El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse, en recurso de casación por unificación de doctrina, sobre la procedencia o improcedencia del despido por causas técnicas u organizativas consecuencia de la externalización de un determinado servicio a otra empresa. Concretamente, la STS (Social) de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3971), en recurso de casación por unificación de doctrina, contempla el supuesto de un despido por causas objetivas de un repartidor, basado en la «necesidad de flexibilizar, racionalizar y hacer competitiva su actividad de distribución» que motivó que la empresa externalizara el servicio a otra entidad, en el marco de un programa nacional con otras empresas de transporte y distribución, eliminándose un almacén en Zaragoza y distribuyéndose directamente las bodegas al cliente, sin paso logístico intermedio. Se justifica la existencia de causa en «la inadecuación de la estructura de la actividad de transporte y reparto a las exigencias de un servicio a los clientes más completo, eficaz y flexible; antes las constantes demoras y descoordinación en las entregas, a la insuficiente capacidad de almacenamiento y al incremento paulatino de costes de distribución en los últimos años, dando lugar a un precio final del producto menos competitivo»; por lo que el almacén que se cierra ha dejado de ser punto de distribución y conlleva a la supresión del único puesto de trabajo que existía en el mismo.

Esta sentencia, con ser importante para la dar luz a la resolución judicial objeto de comentario en los términos expuestos, aporta un dato importante: entre la externalización del servicio y el despido del trabajador media un escaso periodo de tiempo. Lo que, por el contrario, no ocurre en el caso que nos ocupa, donde existe externalización a otra empresa desde cuatro años antes, y donde la misma no afecta a las actividades y servicios realizados por los trabajadores que finalmente resultaron despedidos.

En suma, no se entiende bien porque la sentencia objeto de comentario entra a analizar la repercusión de la externalización sobre la calificación judicial de los despidos, cuando la misma, por haberse formalizado cuatro años antes y no afectar a las funciones desarrolladas por los trabajadores despedidos, no tiene trascendencia alguna. Como tampoco se entiende que se hagan referencias constantes a una regulación jurídica anterior de los despidos objetivos –antes de la reforma por la Ley 35/2010–, cuando es otra la normativa aplicable a los mismos. La sentencia tendría que haberse centrado, dada la intrascendencia de la externalización de servicios a la empresa MANSOL, en analizar la razonabilidad de la medida –los despidos de ambos trabajadores– y la existencia de causa. Por último, como crítica a la parte actora, pretender la revisión de hechos probados, que no era posible por los motivos indicados, para incluir un dato que, con la reforma citada, ya no tenía trascendencia alguna, hace perder de vista lo relevante a efectos del caso: como también ocurre con el debate abierto sobre la externalización de servicios, que, con los hechos probados de la sentencia, poco o nada tiene que ver con tales despidos.