EXTERNALIZACIÓN Y RESTRUCTURACIONES POR CAUSAS ORGANIZATIVAS: EL CASO MELIÁ. COMENTARIO A LA STS NÚM. 104/2015, OF NOVEMBER (JUR 2016, 31353)

OUTSOURCING AND COLLECTIVE DISMISSAL RELATING TO ORGANIZATIONAL CAUSES: THE MELIA LAWSUIT. COMENT ON STS 104/2015, OF NOVEMBER (JUR 2016, 31353)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 374-391

Amparo
ESTEVE
SEGARRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2016
ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: Se analiza una importante sentencia del Tribunal Supremo en materia de despido colectivo derivado de una decisión de externalización productiva del servicio de limpieza hacia una empresa de servicios. Se debate el carácter justificado o no de la medida.

PALABRAS CLAVE: Despido colectivo, causas organizativas, externalización, empresas multiservicios, contrata.

ABSTRACT: The Court ruling that it is analyzed decides about collective redundancy. It is Caused by business process of outsourcing the cleaning services to a service company. It argues with the justified or not business decision in this legal matter.

KEY WORDS: Collective dismissal, organizational causes, outsourcing, outsourcing companies, outsourcing contract.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015, rcud. 104/2015, aborda un supuesto de despido colectivo en dos hoteles de la famosa cadena Meliá. La empresa decidió iniciar un proceso de despido colectivo basado en causas productivas y organizativas. Las primeras amparadas en una situación de caída de ingresos generales desde el año 2011 y del nivel de ocupación en ambos hoteles. Las segundas en la decisión de externalizar los servicios de limpieza con una empresa de servicios. El despido en ambos hoteles afectaba mayoritariamente a mujeres. La empresa a la que se externalizó el servicio de limpieza era una empresa multiservicios o de "outsourcing" que también empleaba generalmente a trabajadoras para atender dichas contratas.

Tras seguirse el período de consultas y no alcanzarse un acuerdo, el despido colectivo efectuado por la empresa fue impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la modalidad procesal de despido colectivo ex art. 124 LRJS. Los representantes de los trabajadores solicitaron la declaración del despido nulo por tres motivos: primero, por discriminación indirecta por razón de sexo; segundo, por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva, y tercero, porque la medida de despido colectivo y externalización suponía a su juicio, una precarización extrema de las condiciones de trabajo y afectaba a la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 de la Constitución. Subsidiariamente, la parte actora solicitaba la declaración de improcedencia del despido colectivo por carecer de causa, al reputar que no existió realmente una causa organizativa ni productiva, sino una causa económica, no negociada en el correspondiente período de consultas; o bien, de considerar el órgano judicial concurrentes las causas, suplicaba asimismo la declaración de improcedencia por estimar que la decisión adoptada por la empresa no era razonable, ni idónea al no estar ante una amortización real de puestos de trabajo, sino ante una estrategia empresarial para precarizar las condiciones de trabajo.

En instancia, el TSJ de Madrid en sentencia de 19 de noviembre de 2014, procedimiento 663/2014, desestimó las alegaciones de nulidad por discriminación por razón de sexo y vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva. Analizando las causas, el tribunal "a quo" rechazó tanto que la causa fuera económica, como aducía la representación de los trabajadores, como

• Amparo Esteve Segarra
Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València (UV). orcid.org/0000-0003-3773-4668. También es magistrada Suplente Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana desde el año judicial 2003/2004 hasta la actualidad. amparo.esteve@uv.es.

la existencia de causas productivas, invocadas por la empresa. Sí admitió, empero, la concurrencia de la causa organizativa para justificar el despido colectivo, razonando que con la nueva organización se produciría una mejora del servicio al suponer una corrección de los desequilibrios existentes. La representación de los trabajadores, disconforme con esta resolución judicial, formuló recurso de casación. El Ministerio Fiscal informó a favor de la declaración de improcedencia del despido.

El Tribunal Supremo debatió el caso en el Pleno y con un voto mayoritario resolvió este supuesto el día 20 de noviembre de 2015. La sentencia fue objeto de voto particular formulado por la magistrada Doña Rosa María Viroles Piñol, al que se adhirieron tres magistrados: D. Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y D. Jordi Agustí Julia.

La sentencia analizada es importante porque es un pronunciamiento del Pleno del Tribunal Supremo, que incide en la interpretación de una de las causas más complicadas de despido colectivo, la organizativa y, cuya complejidad se incrementa, al estar vinculada a una decisión empresarial de externalizar servicios. Tras la reformulación legal del despido colectivo en la reforma laboral del 2012, la Sala Cuarta del Alto Tribunal admite en este supuesto el despido colectivo por causas organizativas en un supuesto de descentralización productiva. La interpretación jurisprudencial controvertida –como evidencia el voto particular- puede revestir enormes consecuencias prácticas y abre una polémica sobre la conveniencia de dotar de menor rigidez a los mecanismos de ajuste de plantilla por estas causas. La sensibilidad de las causas organizativas de las reestructuraciones, donde abrir la mano con ligereza puede justificar un adelgazamiento espectacular de la estructura productiva, determina la importancia del pronunciamiento objeto de análisis.

DOCTRINA

De entrada, el Alto Tribunal rechazó todas las revisiones fácticas planteadas en los cinco primeros motivos del recurso por los actores recurrentes, por no cumplirse los requisitos procesales propios de dicha revisión en el recurso de casación. La falta de forma de las modificaciones de hechos probados fue un punto compartido incluso, por el voto particular. En todo caso, por lo que luego se dirá, no es baladí señalar que al desestimar los motivos fácticos, el Tribunal insiste en ceñir el objeto del procedimiento al carácter ajustado o no a derecho del despido colectivo, rechazando las alegaciones de los recurrentes de una posible sucesión empresarial en los servicios de limpieza o de un fraude para perjudicar derechos económicos del personal afectado por, entre otras cuestiones, no constar debidamente acreditado el personal despedido que hubiera pasado a prestar servicios para la nueva empresa, cobrando menos.

Tanto la sentencia de instancia como la de casación rechazaron la denuncia de vulneración del artículo 28 de la Constitución y el derecho a la negociación colectiva. En esencia, denunciaban los recurrentes que con la externalización a una empresa multiservicios del servicio de limpieza en los dos hoteles, se habría eludido la aplicación del convenio colectivo de hostelería de Madrid, reduciendo el ámbito de aplicación del convenio, el número de componentes del comité de empresa y, a la postre, precarizado las relaciones laborales.

El Alto Tribunal no resuelve sobre esta argumentación sobre la base de falta de cumplimiento de las exigencias formales de los motivos del recurso de casación ordinaria. Tras el típico recordatorio sobre la doctrina de la Sala sobre las exigencias de los escritos de interposición del recurso recogidas legalmente en el art. 210 de la LRJS, el Tribunal en un razonamiento deductivo, señala que, en el caso concreto, y en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal, en el recurso no se habría razonado suficiente, la elusión de un convenio colectivo por la decisión externalizadora, ni el fraude de ley que se denunciaba. Apoya este rechazo el Tribunal Supremo en dos argumentos, a saber: primero, la falta de cita de preceptos concretos infringidos del Estatuto y, segundo, en que el objeto del litigio se ceñiría a la calificación del despido colectivo no a lo que ocurriese con posterioridad. El mismo argumento formal de falta de cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación, motivará que el Tribunal justifique la falta de examen sobre la razonabilidad del despido colectivo impugnado en el último motivo de recurso. En definitiva, estos defectos procesales, y el afán de la sentencia ceñir el objeto litigioso al despido colectivo, y no a los efectos ulteriores de la externalización, impedirán, el análisis de uno de los aspectos más interesantes que planteaba el supuesto de hecho, esto es, la precarización ulterior de las condiciones de trabajo por la vía del recurso a una empresa multiservicios no vinculada al convenio colectivo del sector de la hostelería. A postre, permitirán al voto mayoritario expresado en la sentencia, desentenderse cómodamente del enjuiciamiento de esta relevante cuestión práctica.

En otro orden de cosas, existiría coincidencia entre la sentencia de instancia y la de casación en el convencimiento de la inexistencia de discriminación indirecta por razón de sexo. Según el recurso, la discriminación derivaría de que el servicio de limpieza empleaba básicamente a mujeres, por lo que la decisión de externalización, pese a su carácter neutro, pondría en desventaja a las mujeres respecto a los hombres ya que con esta estrategia se les acabaría pagando menos. El Alto Tribunal asumiendo el razonamiento expuesto en la sentencia de instancia, considera que la decisión empresarial de despido sería ajena al sexo de los trabajadores, pues la afectación mayoritaria de las mujeres en este despido derivaría de la consecuencia de ser una actividad profesional, segregada ocupacionalmente y donde están empleadas mayoritariamente mujeres. Por ello, ambas instancias concluyeron que la decisión extintiva no traía su causa del sexo de los trabajadores buscando prescindir de

trabajadores de sexo femenino, sino del descenso de las habitaciones ocupadas y de la decisión empresarial de reorganizar el servicio. Abundaría en este razonamiento sobre el carácter neutro de la decisión empresarial desde el llamado "test de but for" o test de sustitución del sexo de los implicados, que además, se despidiera a todos los trabajadores del servicio de limpieza, incluidos también algunos varones. Nuevamente, insiste el Alto Tribunal en que la eventual discriminación salarial futura –la ligada al salario que cobran los trabajadores en la nueva empresa- escaparía al objeto litigioso del recurso, ceñido a la calificación del despido colectivo efectuado (vid. FJ 4º in fine).

El tercer motivo para fundamentar la nulidad del despido colectivo se relacionaba con la violación del artículo 10 de la Constitución y la dignidad de la mujer. El Tribunal Supremo rechazará este motivo sobre la base de que la dignidad de la mujer no es un derecho fundamental dotado de la protección establecida para los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución. En segundo lugar, aduce que la decisión externalizadora se ampararía en el artículo 38 de la Constitución que reconoce la libertad de empresa. Y, en tercer lugar, reitera que la discriminación por razón de sexo no habría sido el fin perseguido por la decisión empresarial de despido colectivo y externalización del servicio.

A continuación, la sentencia analiza la concurrencia de causas organizativas como justificación del despido colectivo. El ceñir este análisis a una de las dos causas aducidas por la empresa derivaría sencillamente de que en la sentencia de instancia se habrían descartado la concurrencia de causas productivas, por lo que, al no recurrir la parte empresarial, no cabría discutir sobre esta cuestión. En síntesis, la parte laboral habría cuestionado las causas organizativas por dos razones. Primero, porque no existiría cambio organizativo, sino que la actividad de limpieza se habría mantenido. Y, segundo, porque la decisión de externalización, no habría mejorado el servicio, sino el beneficio empresarial, entendiendo los representantes de los trabajadores que habría existido realmente una causa económica enmascarada y no negociada en el período de consultas. Asimismo, se aducían otros argumentos, pero que no merecen mayor comentario puesto que el Tribunal Supremo los desestimó fácilmente por carecer de apoyo fáctico, como el incremento de otros costes en la empresa o las intenciones futuras de la empresa de preparar la finalización de la actividad en el año 2022 mediante este previo despido colectivo.

Uno de los aspectos más interesantes es que el Alto Tribunal dedica una gran parte de sus razonamientos a delimitar las causas organizativas de las económicas. El Tribunal se basa en el tenor legal del artículo 51 ET y, sobre esta base argumental, descarta en el caso concreto la concurrencia de una causa económica no alegada como causa de despido. Se señala, en síntesis, que aunque cualquier causa puede repercutir en la salud económica de una empresa, pero «las causas económicas

"stricto sensu", son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks».

El Tribunal descarta también que no existiera causa organizativa por el simple hecho de la subsistencia de la necesidad de realizar la limpieza. Considerando acreditado que el nivel de ocupación de los hoteles habría disminuido de forma importante, el Tribunal parte de la licitud de la externalización. A este respecto, la Sala se apoya en su propia doctrina sobre la posibilidad de externalizar servicios propios de la actividad de la empresa, siempre que ello no amparara puramente una mera conveniencia del empleador: «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» (STS 21 marzo 1997).

A partir de esta doctrina, y considerando concurrente la causa organizativa, el Alto Tribunal analiza si la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema de la merma de ingresos por la disminución del nivel de ocupación de los hoteles. La sentencia resuelve el nudo gordiano de la litis en un párrafo (el penúltimo del fundamento de derecho sexto) con un elenco de argumentos expuestos escuetamente:

El primero es un argumento general y, por otra parte, bien sabido, cual es que la externalización supone un cambio de sistemas y métodos de trabajo que tiene encaje en las causas organizativas del art. 51 ET.

El segundo argumento se proyecta ya sobre el caso concreto y se afirma por el Tribunal Supremo que era necesario tomar medidas para solucionar los problemas derivados de la menor ocupación de los hoteles y el paralelo incremento de costes de personal, al tener el mismo personal de limpieza con independencia del nivel de ocupación hostelera.

El tercero –repárese en que sería el más relevante pues se valora judicialmente la idoneidad de la medida- sería en palabras del Tribunal Supremo, que «la medida era idónea para atajar el problema y razonable en términos de proporcionalidad… aunque cabía reducir la plantilla por motivos económicos, la externalización suponía una respuesta más razonable y adecuada a las necesidades de la empresa, ya que la contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas. La solución tomada era más razonable que la de reducir la plantilla porque permitía atender el servicio de limpieza sin que los picos ocupacionales que por los más diversos motivos puedan tener los hoteles, supongan un problema para la empresa hotelera que no se ve obligada a realizar contrataciones para atender los períodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los períodos de baja ocupación,

lo que facilita su actividad de gestión, y a la par, le ayuda a ajustar los costes de limpieza a la facturación, pues, los costes suben y bajan al mismo ritmo que la facturación».

VOTO PARTICULAR

Por su parte, el voto particular centra su discrepancia en la admisión de una externalización sin límites, que permitiría la pura conveniencia y ahorro empresarial. En definitiva, se consideraría abusiva la medida por la precarización salarial y vulneradora del derecho a la dignidad de los trabajadores, que debió tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, al entender que podían existir otras medidas razonables y proporcionadas.

En todo caso, el voto particular comparte algún razonamiento de la sentencia, como el rechazo de las revisiones fácticas planteadas en el recurso de casación y la existencia de discriminación indirecta. Aunque en relación con esto último, el voto particular es muy poco claro. En efecto, tras exponer un elenco de doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la discriminación indirecta por razón de sexo, la proyecta sobre el caso y de una forma escasamente categórica, señala que, si bien el razonamiento del voto mayoritario es compartible, pero que "la situación pudiere ser de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres afectadas". Sin embargo, a continuación, se matiza esta afirmación al añadir un giro adversativo "ahora bien, en el caso, partiendo del relato de hechos probados, se constata que el despido colectivo se ha producido como consecuencia de haberse externalizado…. una actividad profesional que, normalmente está segregada ocupacionalmente". Pero añadiendo más confusión, remata la argumentación señalando que lo importante aquí y ahora es que la discriminación indirecta no se discute en el presente caso.

En otro orden de cosas, el voto particular focaliza la atención en el análisis sobre la concurrencia de las causas alegadas. Considera estas causas inexistentes y la ilicitud de la decisión externalizadora por abusiva, reputando el despido no razonable ni proporcionado. El voto particular critica a la sentencia la falta de análisis de la licitud de la externalización, pues entiende que el voto mayoritario se limita a suponerla lícita por preverlo el art. 38 de la CE "sin mayor argumentación aplicada al caso concreto, limitándose a la cita de generalidades en relación al art. 42.1 ET, y con el art. 51.1 ET". En su lugar, con cita referencial de la misma doctrina jurisprudencial utilizada por el voto mayoritario, apunta a que si bien el Tribunal Supremo admitía que la decisión de externalizar un servicio puede ser legítima y constituir una causa organizativa, no quedarían amparadas opciones escudadas en la mera conveniencia empresarial ni externalizaciones sin límites. El voto particular considera que ello es lo que se habría producido en el supuesto, pues subsistiría la necesidad de realizar la limpieza de las habitaciones, y el único cambio sería la reducción de costes de personal "a costa de la precarización de las condiciones laborales de las trabajadoras/es que pasarán a

cobrar un 50% de su salario por el mismo trabajo". El voto particular, asumiendo literalmente los términos de la demanda planteada por los representantes de los trabajadores, juzga que estas consecuencias vulneran la dignidad de los trabajadores y abocan al dumping social lo que debería conducir a la declaración de nulidad de la medida empresarial. Se añade que "no se constata elemento alguno que impidiera adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia", aunque el voto particular no explicita cuáles pudieran ser estas medidas alternativas.

Finaliza el voto particular recordando que, tras la reforma laboral del 2012, la doctrina jurisprudencial habría señalado que, si bien el control judicial de las causas de despido no se movería dentro de los juicios de oportunidad, que pertenecerían a la gestión empresarial, a los órganos judiciales les correspondería un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada y de razonable adecuación entre ésta y la medida empresarial. Y, en este sentido, juzga que en el caso no se habría acreditado que la medida fuera razonable en términos de eficacia de la organización productiva "sino un simple medio para un incremento del beneficio empresarial".

COMENTARIO

Determinar si las estrategias empresariales de externalización productiva pueden servir como fundamento para la amortización de puestos de trabajo es una de las cuestiones más espinosas y que mayores debates jurisdiccionales ha suscitado en materia laboral. Esto es así, en primer lugar, porque las empresas externalizan cada vez más fases de sus ciclos productivos y recurren al factor organizativo –junto al tecnológico- como clave para logar una eficiencia empresarial. Ello se plasma no sólo en el surgimiento de empresas con organizaciones claramente descentralizadas (empresas red, distritos industriales, etc.), sino también en la renovación de las estructuras productivas de las empresas ya creadas. En este último caso, la denominada estrategia de externalización sobrevenida suele ir precedida o seguida de medidas de ajuste de plantilla, que como ilustra perfectamente el caso Meliá, no van vinculados a situaciones de crisis en la empresa, sino que constituyen un instrumento de adecuación de la estructura productiva de las empresas a la coyuntura económica.

La "normalización" de estas prácticas como forma de adaptación de las empresas a un entorno cambiante y competitivo ha provocado cambios en la valoración judicial de las medidas de externalización como detonantes de ajustes de plantilla. En nuestro ordenamiento se ha reconocido que la descentralización productiva es una opción empresarial legítima. Por todas, la STS 27 octubre 1994, rcud. 3724/1993, a propósito de la aplicación del art. 44 ET en un supuesto de descentralización organizativa mediante la creación de una sociedad filial, rechazó las objeciones sindicales a la operación de externalización por responder a "un concepto rígido

y autosuficiente de empresa, en virtud del cual el empresario debe ser titular de todos los elementos patrimonial que intervienen en el proceso de producción", admitiéndose la licitud de la descentralización productiva "con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores". Sin embargo, ha sido mucho más controvertida su justificación como causa de despido, pues mediante la contratación externa se logra normalmente una mayor eficiencia en la prestación de los servicios y una reducción de los costes, pero ello se hace a costa de la sustitución de la plantilla.

La sentencia y el voto particular evidencian dos corrientes interpretativas en el Tribunal Supremo. En todo caso, antes de abordar un juicio crítico sobre las mismas merece la pena detenerse en alguna cuestión previa. Respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, me parece más acertada la posición del Alto Tribunal y la sentencia de instancia que la del voto particular. La afirmación apodíctica de éste de que resulta indiscutible la concurrencia de una discriminación indirecta que tiene su origen en el acceso al empleo, no resulta compartible por cuanto ello conduciría a la nulidad automática de cualquier decisión empresarial que incidiese sobre un colectivo segregado profesionalmente.

Abordando ya la cuestión central sobre la validez de los despidos, éstos se relacionarían con la concurrencia de causas organizativas (a), su desvinculación de la situación económica de la empresa (b) y la idoneidad y razonabilidad de los despidos (c).

(a).- En cuanto a las causas organizativas, son las dotadas, sin duda, de mayor ambigüedad en la definición legal de los despidos por causas empresariales. No en balde el referente normativo del artículo 51 del TRET las delimita "cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción". Se han definido como aquellas que se "refieren a la gestión y empleo de la propia fuerza de trabajo o a la combinación de los factores productivos en general". Estas causas tienen una potencial significación muy amplia, además, por no depender de otras variables como una innovación tecnológica, una previa inversión empresarial, un cambio en la demanda de los productos o servicios o una situación económica negativa, sino de una decisión empresarial de reorganización de servicios. Ello trae como consecuencia que la causa organizativa haya sido considerada la más compleja y la que, según ha precisado alguna antigua sentencia de suplicación, exigiría "mayor esfuerzo argumental y probatorio" (STSJ Castilla-La Mancha 19 de junio 1998, rec. 603/1998).

Es más, en los casos en los que el despido por causas organizativas responde a una operación de externalización, la justificación de la medida extintiva sería más

compleja. Ello es así en la medida en que tradicionalmente la causa organizativa se ha entendido vinculada a las medidas de gestión internas, donde el puesto de trabajo era amortizado por haberse vaciado de contenido, por la reducción del negocio o porque las funciones desempeñadas hasta el momento por el trabajador, eran asumidas por otros trabajadores de la empresa. Sin embargo, en los supuestos de descentralización productiva, como ejemplo típico de medidas de gestión externas, se parte no tanto de la amortización de un puesto de trabajo disfuncional, donde existe un hecho objetivo, constatable, que justifica el despido, sino de una perspectiva distinta, en la que al empresario le resulta más rentable la supresión de un puesto de trabajo y la contratación externa de la actividad que antes se venía desarrollando en la empresa.

Y es que, ciertamente, en estos casos, la terminación de la relación laboral depende de una decisión empresarial de reorganización de los servicios, que puede obedecer a una estrategia de reducción de costes y mejora de la productividad, fines perfectamente legítimos, pero también y a la vez, al deseo de hacer desaparecer puestos de trabajo. A ello, se suma el hecho de que la mejora de la organización empresarial, como justificación de toda operación de descentralización productiva, es, hoy en día, una exigencia de toda empresa, en una coyuntura económica caracterizada justamente por las constantes necesidades reorganizativas empresariales. En este sentido, ya se puso de manifiesto con gran clarividencia que no existían problemas en la valoración del punto de partida en las causas técnicas, organizativas y de producción, excepto en los supuestos de descentralización productiva. Son evidentes así, las dificultades ya de partida, para valorar estas estrategias, y más concretamente, para dilucidar cuando el recurso a la descentralización productiva como justificación para la supresión de puestos de trabajo constituye una pretensión injustificada del empresario de resolver la relación laboral, o bien es una necesidad de las empresas para lograr una estructura empresarial más competitiva.

En el caso analizado, considero que la empresa justificó debidamente la existencia de una causa organizativa a partir de la acreditación de las dificultades organizativas por la caída del nivel de ocupación. Sin embargo, no puede aceptarse que de la mera acreditación de la causa organizativa se derive sin más el carácter ajustado a derecho del despido colectivo. La opción de eliminación del servicio de limpieza propio y la externalización del mismo planteaba cuestiones complejas.

La relación automática entre concurrencia de causa y valoración judicial del despido aborda una cuestión delicada. En efecto, a las complicaciones intrínsecas que, como he tratado de exponer, plantea la justificación de las decisiones empresariales extintivas basadas en operaciones de externalización de servicios, ha de sumarse el hecho de que las medidas de reorganización productiva se sitúan en un marco legal, el de los despidos por causas empresariales extraordinariamente intrincado y

objeto de sucesivas reformas. Sin entrar en un examen detallado de éstas, el objetivo reformador ha ido aspirando progresivamente a dotar de mayor facilidad a este tipo de despidos, con una definición más flexible de las causas, tratando de eliminar rigideces en la valoración judicial de los procesos de reestructuración empresariales. La definición de estas causas a partir de la reforma del 2012 trataba de acotar el margen de valoración judicial, y la sentencia analizada parece situarse en esta interpretación flexible perseguida por el legislador, de que acreditada la causa, debe validarse judicialmente el efecto de los despidos. Más tarde se ha de volver sobre esta cuestión.

(b).- Otro elemento muy interesante del pronunciamiento, es que la sentencia abunda en una clara desvinculación de las causas organizativas de las económicas. En efecto, el voto mayoritario insiste en trazar una estricta línea divisoria entre las causas económicas, y las organizativas, aun argumentando que, en el fondo, todas ellas compartirían el objetivo común de mejorar la posición de la empresa en el mercado. Esta postura doctrinal de dotar de carácter autónomo a las causas organizativas tiene notable importancia al no exigirse una situación de deterioro económico para poder recurrir al despido basado en una reorganización empresarial. En este punto, ha existido una evolución en la postura de los tribunales, que inicialmente exigían, para justificar los despidos en supuestos de descentralización productiva, que el empresario acreditara una situación en la que estuviera amenazada la viabilidad futura de la empresa y además, que la amortización de puestos de trabajo contribuyera a superar esta situación de dificultad. De este modo, durante buena parte de la década de los noventa del pasado siglo se venían entendiendo injustificado el recurso a la contratación externa y la consiguiente amortización de puestos de trabajo, cuando ello constituyera simplemente una operación más rentable para la empresa. Sin embargo, la progresiva desvinculación legal de las causas organizativas –junto con las técnicas y productivas- de las económicas, permitió que las primeras adquirieran sustantividad propia y lograran alegarse con independencia de que se hallaran vinculadas o no a situaciones económicas críticas, pudiendo actuar con carácter preventivo, aunque se exigía un cierto deterioro que manifestara un riesgo para el proyecto empresarial. De las "causas económicas y tecnológicas" en la versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se pasó, con la reforma de 1994, a las "causas económicas, técnicas, organizativas y de producción". Posteriormente, las sucesivas reformas legislativas incidirían en la desvinculación de las causas técnicas, organizativas y productivas de las económicas, al exigir, por ejemplo, que éstas contribuyesen a "superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos" (art. 52.c) tras la reforma operada por la Ley 63/1997). Gradualmente se admitió también la procedencia de despidos en supuestos donde no existía una situación de viabilidad amenazada de la empresa,

sino meras dificultades o cuando la externalización de los servicios suponía una mejora clara en la prestación de un servicio.

Si sobre los despidos basados en decisiones descentralizadoras se extendía la sospecha de que las motivaciones reales del empresario no eran tanto la mejora de la eficiencia, como el desprenderse de puestos de trabajo mediante la contratación externa de un servicio que hasta ese momento se llevaba a cabo en el marco de la organización de la empresa, el Tribunal Supremo lo había validado hasta ahora en supuestos donde se cubría mejor el servicio externalizándolo (logística, jardinería, médico de empresa sustituido por una mutua que además ofrecía servicios de prevención).

(c).- El elemento de mejora en la externalización que ampara los despidos por causas organizativas es el punto más discutible, y discutido en el voto particular. La cuestión nuclear es si acreditadas las dificultades organizativas la medida de despedir a los trabajadores y externalizar el servicio a una empresa externa es adecuada y razonable para garantizar su competitividad o meramente conveniente. El voto particular se mueve en este último extremo, pues entiende que el empresario había de probar la "necesidad" del despido y dicha necesidad no habría quedado acreditada al no amortizarse los puestos de trabajo y externalizarlos.

El argumento es sugerente, pero implica volver a enunciados legales ya derogados por el legislador. El voto particular cita doctrina jurisprudencial de la Sala sobre las causas organizativas en el despido por causas empresariales, en concreto, en la exigencia de que la empresa acreditase la necesidad de la medida extintiva. Empero, no es intrascendente recordar que esta doctrina se elaboró sobre la base de enunciados legales ya suprimidos, que, por ejemplo, requerirían que en los despidos por causas empresariales la empresa acreditase la "necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo". De esta referencia legal anteriormente contenida en una versión ya derogada del art. 52.c.) ET se contrapuso la noción de "necesidad" del despido al concepto de "conveniencia" del empresario de obtener mayores beneficios o de optimizar la organización de sus recursos. En otras palabras, los Tribunales en una línea jurisprudencial desarrollada con anterioridad a la reforma laboral del 2012, no admitirán las reestructuraciones organizativas por mera conveniencia empresarial, presuponiendo esta conveniencia en los supuestos en que no se acreditaran las dificultades empresariales.

Además, no cabe olvidar que esta prueba que exige el voto particular sobre la "necesidad" de la amortización es casi imposible en los supuestos de externalización, ligados más a operaciones de mejora de la rentabilidad empresarial, que a situaciones de crisis. Por otra parte, la falta de amortización es discutible, pues los Tribunales han mantenido una interpretación formalista, conforme a la cual, la amortización del puesto de trabajo se concreta en la eliminación formal del puesto,

aunque permanezcan las funciones. Sin embargo, no se admite la procedencia de la extinción cuando existen contrataciones posteriores de personal en la empresa para desempeñar esas mismas funciones, pues se entiende que lo que se ha operado entonces es una mera sustitución de la mano de obra. En cambio, cuando ello se articula mediante una contrata, los Tribunales sí entienden cumplida la exigencia de amortización del puesto de trabajo.

Pero, en el otro extremo, la argumentación del voto mayoritario tampoco me parece la más adecuada. La STS se sitúa en una línea de aparente continuidad respecto a la posición clásica de la jurisprudencia en materia de despido por causas organizativas en supuestos de descentralización productiva. Así, en la sentencia analizada se reproduce la conocida doctrina conforme a la cual, lo decisivo para que el recurso a una contrata justifique la extinción del contrato es 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 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" (STS 21 de marzo 1997, rcud. 3755/1996 y STS 30 septiembre 1998, rcud. 4489/1997). No hay novedad alguna en esta doctrina, pero sí en la interpretación que introduce la sentencia. De este modo, y ahondando en una línea abierta en buena parte de los pronunciamientos del Alto Tribunal, de exigir que la externalización evite una dualización en la prestación de servicios o suponga un "plus", o una mejora del servicio, la sentencia introduce alguna variación importante respecto de los criterios asentados en la valoración de las operaciones de externalización como justificación para la amortización de puestos de trabajo, en particular sobre las mejoras de gestión empresarial. Pueden verse: STS 21 marzo 1997, rcud. 3755/1996, sobre un club de campo externaliza mediante una contrata los servicios de jardinería. En segundo lugar, STS 30 septiembre 1998, rcud. 4489/1997, en un supuesto en que los servicios de marketing y publicidad son asumidos por una cooperativa a la que la empresa se asocia. Lo interesante es que en esta segunda sentencia se admite la validez del cese porque los servicios prestados por el trabajador estaban cubiertos y mejor (pues la cooperativa ofertaba otros servicios). Por su parte, las SSTS 3 y 4 octubre 2000, consideran procedente el despido objetivo de un médico de empresa, al externalizarse el servicio de prevención a una mutua y partir que la amortización no era una operación puramente especulativa, sino razonable en términos de gestión empresarial, al estar cubiertos los servicios médicos en la Mutua.

Y así, en primer lugar, entre las variaciones introducidas por el pronunciamiento analizado cabe destacar que si bien la sentencia incide en el planteamiento tradicional de que la extinción de contratos y la externalización no constituyan un "simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial", tomando

en cuenta aparentemente el carácter no especulativo de la medida, que la única lógica no sea la de obtener mayores beneficios. Sin embargo, el voto mayoritario juzga que la externalización era la respuesta más idónea para atajar el problema del incremento de costes de personal, facilitando la actividad de gestión en la contratación y ajustando los costes de limpieza a la facturación. La causa organizativa se vincula a la mejora de gestión puesto que se ajusta a los picos ocupacionales, eliminando el problema de que la empresa deba realizar contrataciones en los días de mayor ocupación o rescindirlos en los de baja. Recordemos que la sentencia valoró que la externalización era mejor opción porque en vez de reducir la plantilla en el servicio de limpieza, la empresa contratista prestaba el servicio en su integridad y se comprometía a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas. Los picos ocupacionales, viene a decir el Alto Tribunal, ya no son problema de la empresa hotelera en cuanto a la contratación y rescisión de los contratistas.

De este modo, la sentencia parte de la doctrina clásica pero realiza una importante novedad: valora la causa organizativa teniendo en cuenta los beneficios económicos y de gestión de recursos humanos para la empresa. Empero esta facilidad en la actividad de gestión de los recursos humanos es un elemento que aparece en toda externalización, así como el ajuste de los costes a la facturación. Siguiendo este razonamiento, la mejora de la organización empresarial con la opción por la externalización se produciría siempre, la lógica empresarial sería inatacable y los despidos siempre estarían justificados. A la postre, se haría depender la extinción del contrato de trabajo de la voluntad del empresario.

Podría contrargumentarse, y no deja de ser cierto, que el Tribunal Supremo no ha admitido en esta sentencia que la mera decisión empresarial de reorganizar el servicio se convierta en causa de despido, porque ha exigido la acreditación de una causa, en concreto, de dificultades organizativas y además en el caso de autos, la caída continuada del nivel de ocupación hostelera estaba bien acreditada. Pero no se olvide que la extrapolación de las dificultades organizativas a otros supuestos es peligrosa pues esta causa es consustancial a cualquier estructura empresarial.

Por otra parte, lo más criticable de la sentencia es la valoración de la mejora de los servicios externalizados desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos. La novedad no estaría en la acreditación de las dificultades de la empresa, sino en la valoración de las mejoras que supone la externalización. El criterio elegido por el voto mayoritario para admitir la justificación del despido colectivo por la externalización empresarial, cual es que es una respuesta más razonable y adecuada al problema de los costes de personal y su adecuación a los picos ocupacionales de la actividad hostelera merece algún otro comentario.

El criterio elegido por el Tribunal Supremo es extraordinariamente simple, pero potencialmente tan abierto, que permite una externalización y ajustes de plantilla con el único límite de que la empresa acredite ciertos problemas económicos y organizativos como una menor demanda y pérdidas en la facturación. En concreto, se atiende a que con la externalización se cubren en su integridad servicios, con un mejor ajuste de los costes a las necesidades empresariales, en particular, de los costes de personal, facilitando las contrataciones y despidos de los que la empresa principal queda liberada.

El Tribunal valida el que la empresa hostelera no tenga que ocuparse, del ajuste de la mano de obra a los picos de ocupación, pues con la externalización, lo puede realizar mejor la empresa contratista. Ésta, en función de la generosa posición jurisprudencial sobre el contrato para obra o servicio vinculado a una contrata, puede contratar temporalmente y rescindir dichos contratos. El criterio abierto por el Tribunal Supremo permite entender que ante la existencia de dificultades basta que el empresario acredite que la externalización cubre el servicio y responde de forma más "conveniente" a las necesidades empresariales. Este criterio tan amplio suscita perplejidad, pues parece dar carta blanca a una externalización "sin límites", a una "precarización leonina de las condiciones de trabajo" o al "dumping social" en palabras de la demanda, repetidas en el voto particular. A mi juicio, hubiera sido preciso un razonamiento adicional para justificar las extinciones del contrato, que no hubiera estado puramente ligado a los beneficios en términos de costes de personal de la externalización del servicio.

Si bien, el pronunciamiento mayoritario acierta en la desvinculación de la situación económica de la empresa para valorar la causa organizativa. También es cierto que no puede exigirse en un contexto como el actual que las empresas hayan de soportar el coste de mantenimiento de servicios mejor desempeñados por empresas externas, pero el criterio de mayor eficiencia no puede vincularse a la flexibilidad en la contratación laboral de la empresa externa, a un mejor ajuste de la fuerza laboral a las necesidades de facturación, y aunque el tribunal se cuide de decirlo expresamente, a menores costes vinculados a los menores salarios pagados en la empresa de servicios.

Abundando en esta última idea, se nota el afán del voto mayoritario en ceñir el análisis a los beneficios de la externalización al plano de la gestión, pues se silencian otros vinculados a los costes de mano de obra externalizada. El Tribunal Supremo insiste hasta tres veces en el voto mayoritario en ceñir el objeto de la litis a la procedencia del despido y no a lo que ocurra ulteriormente con el servicio externalizado. Pese a este afán de no querer ver, apoyado en el elemento de que los salarios pagados por la nueva empresa contratista no constan en el relato fáctico, se presuponen en una lógica elemental, si la empresa contratista como

empresa multiservicios no queda vinculada por el convenio colectivo del sector del hospedaje que antes regía las condiciones de trabajo de los trabajadores del servicio de limpieza despedido. Pese a los esfuerzos del Tribunal Supremo de no valorar en el enjuiciamiento los efectos futuros de la operación empresarial, los mismos son evidentes por la precarización de recurrir a una empresa multiservicios que generalmente no se rigen por ningún convenio, aplican un convenio propio con condiciones muy bajas, o bien, seleccionan el convenio de su actividad principal o el de la contratada, lo que suele dar lugar, a la aplicación de condiciones más competitivas desde el punto de vista empresarial.

El criterio del Tribunal Supremo es demasiado flexible y puede conducir a un adelgazamiento espectacular de las plantillas y a una precarización del empleo. La sentencia se equivoca al elegir un elemento que, al producirse en toda decisión de externalización, deja en manos del empresario la extinción del contrato y alimenta la externalización como vía de precarización. Pero, además, al admitir la legitimidad de que las variaciones en la necesidad de la plantilla ya no "supongan un problema para la empresa hostelera", retroalimenta la contratación temporal vinculada a la contrata mediante contratos de obra o servicio. Por si ello no fuera suficiente también fomenta el recurso a empresas multiservicios como vía para abaratar costes laborales.