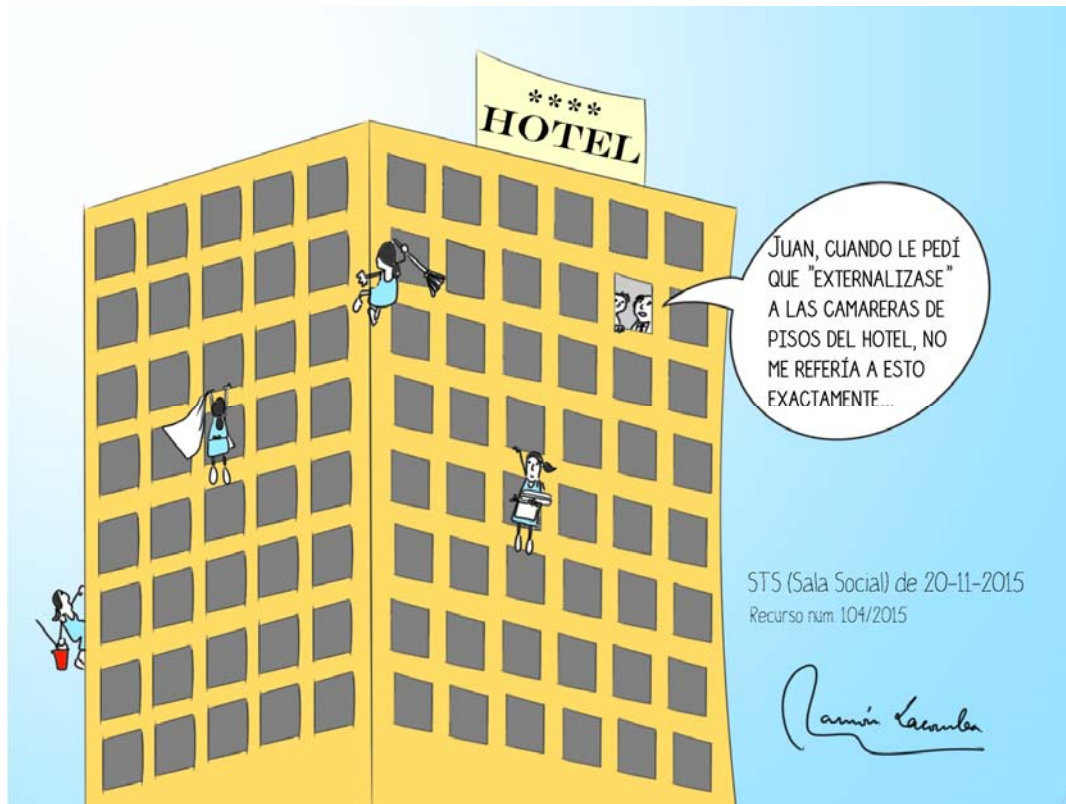


**LAS INTERFERENCIAS DE LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES
EN LA CAUSA Y RAZONABILIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO**
COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO SOCIAL) DE 20 DE NOVIEMBRE DE
2015 (R. N.º. 104/2015)

Fco. Ramón Lacomba Pérez, Ph.D.
Laboralista en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Abstract



La sentencia comentada es un claro ejemplo de que el despido colectivo no debe medirse sólo con su causa legal acreditada del artículo 51.1 ET, sino que también lo debe hacer con otras acciones que coordinadamente acometa la empresa. Y ello porque, si las hay, como es el caso de la externalización, su capacidad de reducir costes y otras ventajas, también informan sobre la razonabilidad y la proporcionalidad del sacrificio de empleo. El problema surge en cómo manejar estas bondades de la descentralización productiva, si son sólo económicas frente a una causa organizativa, y si reducen tanto los costes que convierten la destrucción de empleo en beneficio empresarial, es decir, que la empresa acaba ahorrando más de lo que necesitaba.

The Court Ruling commented in this paper exemplifies how article 51 of the Spanish Workers Statute Act is not the only determinant of whether a collective redundancy is in accordance with the law. Moreover, its legality shall be weighed against other cost reducing measures taken by the company. Whilst these measures (e.g. outsourcing) have the advantage of reducing costs, they also indicate the reasonability and proportionality of terminating employment. The problem arises in how to handle these benefits of productive decentralization, if such benefits are just economical and not organizational, and the company could benefit from saving more than they actually needed.

Title: Outsourcing of activities and its effects on the reasonability of collective redundancies. Comment to the decision of the Spanish Supreme Court of November 20, 2015 (R. N. 104/2015)

Palabras clave: externalización, descentralización productiva, despido colectivo, discriminación indirecta

Key words: outsourcing, productive decentralization, collective redundancies, indirect discrimination

IUSLabor 1/2016, p. 1-13, ISSN 1699-2938

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. El supuesto de hecho
 - 1.2. La externalización y su valor confirmatorio de la causa del despido colectivo
2. Los motivos del recurso de casación
3. Los argumentos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso
 - 3.1. La falta de fundamentación jurídica de dos de los motivos de nulidad
 - 3.2. Sobre la discriminación indirecta
 - 3.3. Sobre la causa del despido y adecuación de éste a aquélla
4. El voto particular
5. Valoración final
6. Bibliografía

1. Introducción

La sentencia objeto del presente comentario se enmarca en una tendencia creciente dentro del sector hotelero español consistente en la externalización de determinados servicios, considerados ajenos al *core* del negocio. Aunque lo que centra –en este caso– el pronunciamiento de fondo del Tribunal no es el régimen que regula este fenómeno descentralizador, sino la interferencia de su funcionalidad económica, esto es, de su capacidad de reducir costes empresariales, tanto en la justificación del despido colectivo con el que se combina, como en la prohibición de discriminación salarial indirecta por razón de género cuando, como acontece en este caso, ese ahorro es a costa de la menor retribución de las trabajadoras que la contratista emplea en el servicio externalizado.

Nos estamos refiriendo a la **sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 20 de noviembre de 2015 (recurso núm. 104/2015)**, de la que fue Ponente D. José Manuel López García de la Serrana y que cuenta con un **voto particular** suscrito por cuatro Magistrados.

1.1. *El supuesto de hecho*

El supuesto de hecho traído aquí a Sus Señorías afecta a dos hoteles de la Sociedad Meliá Hotels International S.A., concretamente, a sus establecimientos Hotel Meliá Barajas y Tryp Alameda, en los que la empresa acometió dos medidas, a saber:

- Un despido colectivo por causas organizativas y productivas que, finalizado sin acuerdo con la representación legal de los trabajadores, acabó afectando a 43 trabajadoras del Departamento de Pisos/Limpieza (servicio muy feminizado en la empresa, ya que el 92% de su plantilla en sus 113 hoteles está compuesta por mujeres); y
- La externalización de ese mismo servicio de camareras de pisos y limpieza de habitaciones a la empresa Lloyd Outsourcing, SLU, que presta el servicio concertado –limpieza de habitaciones y zonas comunes– con un total de 52 trabajadores, de los cuales 49 son trabajadoras, con un salario casi un 50% inferior al que percibían las trabajadoras afectadas por el despido colectivo, merced al convenio colectivo de empresa aplicable.

Las noticias sobre el sector apuntan claramente en esta dirección¹. El alcance y las razones empresariales de esta línea estratégica son analizados en diversos informes sobre innovación en el sector hotelero, según los cuales, “*esta tendencia hacia la externalización se*

¹ Se ha publicado, por ejemplo, que “*los hoteles de toda España emplean a cerca de 260.000 trabajadores, según las cifras de la Seguridad Social, de los cuales el 30% estarían ya externalizados*, [a

observa más comúnmente en procesos como la limpieza, la restauración o los sistemas de información, aunque son muy diferentes las causas que originan esas decisiones. Por ejemplo, mientras que la decisión de externalizar o disponer de capacidades propias en el área de la restauración puede entenderse como una decisión estratégica (algunos hoteles ven en la restauración uno de los elementos básicos de su propuesta de valor hacia el cliente y otros no), la externalización del proceso de limpieza obedece fundamentalmente a razones de eficiencia operativa y reducción de costes”².

Por tanto, se trata de que las funciones afectadas se sigan prestando pero por trabajadores ajenos y a menor coste. Es común, por ello, que, al tiempo que se externaliza, se reestructure la plantilla propia adscrita al servicio externalizado, generalmente, mediante su despido colectivo. Pero, para que este despido colectivo encaje dentro del ordenamiento jurídico laboral, sus causas y su razonabilidad se van a ver interferidas por la externalización, porque con ella también se explica el despido colectivo.

1.2. La externalización y su valor confirmatorio de la causa del despido colectivo

El despido colectivo, en estos casos, se justifica en una ineficiencia o patología empresarial pero no se argumenta por sí solo, sino con otras acciones que lo complementan, en concreto, la externalización de la fuerza de trabajo. Es por ello que, para juzgar el despido colectivo, deben juzgarse también los efectos de la descentralización productiva, si van más allá de la causa del despido y su adecuación, o están desvinculados de las mismas, so pena de indirectamente desmentirlas. Cabe dudar de la credibilidad la medida extintiva, en este contexto (puesto que las funciones afectadas no desaparecen), si no se acredita que la descentralización productiva es un remedio conectado con la superación de la dificultad o ineficiencia empresarial alegada como causa del despido³.

No hay que alejarse mucho en el tiempo para encontrar ejemplos de esta doctrina y, además, en el mismo sector hotelero. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de julio de 2013 (Recurso núm. 200/2013), que, en un supuesto similar de despido colectivo más descentralización del departamento de pisos, en la empresa NH Hoteles,

tenor de]... *las estimaciones de varias empresas proveedoras de servicios... En un plazo de cinco años, se prevé que el porcentaje de externalización crezca hasta el 60%*” (vid. Hosteltur.com [en línea], [Fecha de consulta: 27/02/2016], disponible en: http://www.hosteltur.com/179950_externalizacion-hoteles-se-doblará-cinco-años.html).

² Informe “Innovación en el sector hotelero”, Edita Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica, Madrid, 2007, p. 44 (<http://www.ithotelero.com/wp-content/uploads/2013/08/proyecto13-cotec.pdf>).

³ Puede encontrarse un exhaustivo análisis al respecto en REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 1999, p. 530 y ss.

recuerda, con cita abundante de jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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 21-3-97 (RJ 1997/2615); doctrina ratificada en SSTs 30-9-98 (RJ 1998/7586), 3-10-00 (RJ 2000/8660), 4-10-00 (RJ 2000/8291), dictadas en Sala General]. Más recientemente, el Tribunal Supremo ha precisado que la subcontratación ha de ser respuesta a problemas de gestión o pérdidas de eficiencia apreciables en el momento del despido, perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticas... [STS 11-10-06 (RJ 2006/7668), citando SSTs 10-5-06 (RJ 2006/7694) y 31-5-06 (RJ 2006/3971)]⁴.

2. Los motivos del recurso de casación

Los argumentos que la representación legal de los trabajadores sometió en instancia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que reproduce en el posterior recurso de casación ordinaria, van en la línea de negar a la externalización acometida dicho valor confirmatorio de la causa del despido colectivo. Tales argumentos fueron todos, sin embargo, rechazados mediante sentencia de 19 de noviembre de 2014 (proc. 663/2014).

Concretamente, la parte actora sitúa en el centro de su diana a la externalización, a través de la cual ataca el despido colectivo. Son las circunstancias de dicha descentralización las que emplea el recurrente para defender que la misma está conectada no con la superación de una dificultad o ineficiencia empresarial, sino más bien con obtener una ventaja competitiva en el mercado, y ello porque –a su entender– va más allá de una respuesta equilibrada a un posible problema empresarial (organizativo o productivo, según la empresa). Ello debería llevar a concluir que el problema no existe (no hay causa del despido colectivo) ni la medida extintiva es acorde (no existe razonabilidad en el despido colectivo).

⁴ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), núm. 351/2015, de 24 de abril de 2015, se concluye que *“si bien, en principio, podría encajar como causa organizativa la externalización del Departamento de Estudios Legislativos, la medida adoptada desde un punto de vista de idoneidad en términos de gestión empresarial no nos parece razonable y proporcionada, porque se suprime el puesto de trabajo externalizándose el asesoramiento externo que se encomienda a un despacho de abogados a un coste mayor que el salario que percibía el actor por este concepto, aparte que también prestaba servicios de asesoramiento interno que ha sido asumido ahora por el Secretario General”*.

En particular, y a mi entender, para los recurrentes (y para el voto particular) parece haber dos pesos en la balanza a tomar en cuenta a estos efectos. De un lado, el importante ahorro de costes salariales, nada menos que casi un 50% menos, en la prestación del servicio. De otro lado, sin embargo, el grave sacrificio –en su opinión– de derechos fundamentales que supone la externalización, en este caso (como seguidamente veremos), a cambio de ninguna mejora del servicio ni transformación en la forma de realizar el trabajo, más allá del sustancioso ahorro de costes para la empresa. Entre líneas, la demanda primero, y el recurso después, parecen denunciar este desequilibrio en la balanza, lo que articulan a través de tres motivos de nulidad y uno de improcedencia del despido colectivo:

- Por una parte, se argumenta que el despido colectivo acometido se ha producido con **violación de derechos fundamentales producida a través de la descentralización productiva en la que se apoya**. Así, se entienden vulnerados en el supuesto concreto: (i) la prohibición de discriminación indirecta (artículo 14 CE), quebrantada porque el total de los afectados por la extinción son mujeres y por basar el ahorro de costes derivado de la externalización en el menor salario de las trabajadoras de la empresa contratista (casi un 50% menos); (ii) la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva (artículo 28 CE), transgredida por eludir –con la cesión a terceros de la actividad– la aplicación del Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid; y (iii) la dignidad de la persona (artículo 10 CE), violada por la precarización extrema de las condiciones de trabajo derivada del modelo de gestión introducido. Por estos motivos, se pide la nulidad del despido colectivo.
- Por otra parte, los recurrentes no reconocen a la externalización acometida efecto positivo alguno sobre la organización del trabajo ni en términos de mejora en la prestación del servicio, sino un mero ahorro de costes para la empresa (causa económica que no se discutió en el período de consultas), por lo que **(i) se niega la existencia de las causas organizativa y productiva** con la que se justifica el despido colectivo llevado a cabo; y **(ii) se niega que la medida extintiva acometida supere el test de razonabilidad y adecuación**, por tratarse de una actuación sólo dirigida a aprovechar “una situación de *dumping social*, que lleva a la precarización leonina de las condiciones de trabajo”. Motivos por los cuales, los demandantes y luego recurrentes reclaman subsidiariamente la improcedencia del despido colectivo.

3. Los argumentos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso

El voto mayoritario de la Sala rechaza, sin embargo, como ya lo hizo el Tribunal Superior de Justicia, todos estos motivos esgrimidos por los recurrentes, además de denegar la revisión de hechos probados planteada.

3.1. *La falta de fundamentación jurídica de dos de los motivos de nulidad*

Algunos de los motivos caen por falta de fundamentación jurídica. No prospera así la supuesta vulneración del derecho de libertad sindical, basada en “*las alegaciones de violación de la negociación colectiva, por tratarse de eludir la aplicación de un convenio colectivo, [porque] necesitaban de unas explicaciones jurídicas que no da el recurso que se limita a insinuar la existencia de una actuación fraudulenta, sin argumentar, tampoco, con el detalle debido sobre la existencia del fraude de ley que se denuncia y las normas que amparan su calificación como tal*”.

Tampoco es atendida la invocada violación del artículo 10 CE y la dignidad de la mujer porque “*aparte que la dignidad de la mujer no es un derecho fundamental cuya violación conlleve la especial protección que se pretende..., se denuncia sin mayor explicación*”.

No nos brinda, por tanto, la sentencia la oportunidad de valorar estos “daños colaterales” de la externalización como argumentos en contra de la misma en su proyección sobre la justificación del despido colectivo.

3.2. *Sobre la discriminación indirecta*

Sí entra la Sala, en cambio, en el motivo de nulidad que resta, esto es, la supuesta discriminación indirecta que, según los recurrentes, supone *de facto* el despido colectivo de las camareras de pisos, al conllevar la sustitución de las trabajadoras propias despedidas por las trabajadoras peor remuneradas de la empresa contratista.

El menor salario del personal de la contrata parece una condición habitual de la propia externalización. Salvo que prime la mejora organizativa o tecnológica que aporta la contratista, aun a mayor precio que los salarios de los trabajadores propios⁵, lo que justifica la descentralización productiva ante una ineficiencia o desequilibrio empresarial es que el precio del servicio prestado por el tercero ajeno sea menor que los costes salariales de la plantilla propia, lo que sólo es posible, no sólo porque se variabilice en función de los

⁵ “*La anterior reflexión nos permite afirmar que la decisión de, por ejemplo, una empresa que ante una situación económica negativa opte por: 1.º descentralizar la unidad productiva con pérdidas, y 2.º despedir a los trabajadores asignados a la misma es legítima por mucho que el coste de la descentralización sea más elevado que el mantenimiento de aquella unidad económica y de aquellos trabajadores, siempre y cuando con ello se demuestre que desde un punto de vista técnico-organizativo la empresa será razonablemente más competitiva, aumentándose progresivamente las posibilidades de mejorar el empleo en la misma y no sólo de mantenerlo*” (REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva...”, op. cit., p. 16).

picos y valles de la actividad productiva, sino sobre todo porque la contratista puede obtener márgenes de beneficio merced a los menores costes salariales de su propia plantilla, por encontrarse en el ámbito de aplicación de otro convenio colectivo, con tablas salariales más ajustadas, o por seguir una política retributiva más ajustada y eficiente.

Rechazar esta realidad sería tanto como negar que la descentralización productiva es una opción lícita conforme con el artículo 38 CE, principio que la jurisprudencia (y esta sentencia) nos recuerda una y otra vez. Por tanto, jurídicamente, no parece haber nada que objetar a esta desigualdad retributiva, sujeta a las reglas del mercado, si los salarios aplicados son acordes con su respectivo marco convencional.

Ahora bien, en el caso que aquí se analiza, se da la circunstancia de que la plantilla de la empresa contratista, destinada por menos salario al mismo servicio de pisos/limpieza, está integrada mayoritariamente por mujeres (49 de 52), lo que aprovechan los recurrentes para alegar la existencia de discriminación indirecta por razón de género, en perjuicio de las mujeres que, de prosperar, debería viciar de nulidad el despido colectivo basado en una externalización ilícita.

Sin embargo, la Sala va a rechazar la existencia de tal discriminación indirecta porque no existe desventaja salarial en este caso que sea por razón del sexo. La peor retribución de las trabajadoras sustitutas, aun ajenas, resultado del despido colectivo y la externalización, no se deben a su sexo, sino (en mi opinión) a la estructura de la negociación colectiva o las reglas del mercado, razones ambas legítimas y objetivas.

Para fundamentar esta conclusión, y tras hacer recordatorio de la normativa comunitaria (Directiva 2006/54/CE) y su trasposición al derecho nacional (Ley Orgánica 3/2007), así como de la doctrina del TJUE, la sentencia hace tres comprobaciones:

- En primer lugar, constata que *“la decisión de externalizar los servicios de limpieza es ajena al sexo de los trabajadores afectados, pues se ha tomado por razones objetivas, relacionadas con una mejor organización del servicio que, además, redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino”*. La empresa ha probado la objetividad y razonabilidad de su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 96.1 LRJS.
- En segundo lugar, recurre al método comparativo que proviene del modelo antidiscriminatorio anglosajón *“but for”*, y que viene empleando la jurisprudencia del TJUE, según el cual es discriminatorio aquel tratamiento que hubiera sido diferente de haber

sido otra persona (en el caso, un hombre) el que se encontrara en la misma situación⁶. Aplicado este test, también denominado de sustitución, concluye la Sala que “*la decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho... se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones, lo que... nos lleva a concluir que es ajena a toda discriminación indirecta prohibida por la Ley*”.

- Finalmente, revisa las estadísticas del despido colectivo acometido a fin de comprobar la presencia de criterios de designación basados en un móvil discriminatorio, lo que excluye, ya que, “*según los hechos declarados probados (sexto y séptimo) han sido despedidos todos los empleados (52) en la limpieza de los dos hoteles, tres de ellos varones, lo que era razonable, dado que la decisión afectó a todos los empleados y que en la empresa en esa actividad el 92 por 100 de los empleados son mujeres*”.

Por tanto, en ningún caso, cierra la puerta el Tribunal Supremo a que, en otros supuestos, la externalización, combinada con las condiciones del despido colectivo, pueda ser discriminatoria, si la descentralización productiva no tuviese explicación empresarial convincente, el efecto hubiera sido otro en caso de tratarse de hombres y la mayor afectación de mujeres no respondiese a razones objetivas.

3.3. Sobre la causa del despido y adecuación de éste a aquella

Por último, aborda la Sentencia el análisis del motivo de improcedencia fundado en la inexistencia de la causa del despido y falta de adecuación de la medida extintiva, articulado en el recurso de casación. Se centra la Sala en la causa organizativa, al haberse rechazado la existencia de causa productiva en la sentencia de instancia.

También este argumento va a desestimarse por la Sala y ello porque, según razona, el despido colectivo acometido cumple con los parámetros de legalidad clásicos de la doctrina ya asentada por el propio Tribunal Supremo, esto es, acredita su causa alegada y su adecuación con ésta⁷:

⁶ SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en RIDAURA MARTÍNEZ, M^a J.; AZNAR GÓMEZ, M.J., *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, p. 366 y NAVAS NAVARRO, S., “El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. III, p. 1483.

⁷ Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015 (recurso nº 74/2014), que “[e]n anteriores pronunciamientos de esta Sala IV hemos recordado que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada. Así lo señalábamos en la STS/4^a/Pleno de 18 febrero 2014 (RJ 2014, 3268) (rec. 96/2013), en la que aplicábamos al despido colectivo la doctrina sentada al respecto para la modificación sustancial de condiciones en la STS/4^a de 27 enero 2014 (RJ 2014, 793) (rec. 100/2013). En ésta última, precisábamos que la

- Entiende así el Tribunal que ha sido probada la causa del despido colectivo, en este caso, la dificultad o ineficiencia organizativa. Asume los “*acreditados problemas que ocasionaba la menor ocupación de los hoteles y las pérdidas en la facturación de los mismos, lo que suponía un incremento proporcional de los costes de personal, al tener el mismo personal con independencia del nivel de ocupación*”.
- Asimismo, la Sala estima idónea la medida extintiva en atención a las virtudes reconocidas a la externalización de la actividad como solución alternativa planteada para seguir realizando las mismas funciones, ya que, según el Tribunal, “*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 periodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los periodos de baja ocupación, lo que facilita su actividad de gestión y, a la par, le ayuda a ajustar los costes de la limpieza a la facturación, pues, los costes suben y bajan al mismo ritmo que la facturación*”.

Llama la atención que la sentencia presente la externalización como la alternativa a reducir la plantilla, como si ésta no se hubiera producido igualmente. Pero, lo cierto es que deja claro que, en este supuesto, la ventaja de variabilizar los costes hace sensata, diligente, la descentralización productiva y, con ello, de rebote, también el despido colectivo.

Todo ello lo enmarca la Sala en una aclaración muy significativa, que interesa destacar, y con la que responde al argumento de los recurrentes de discutir la causa del despido colectivo con base en que, con la externalización, la empresa logra una reducción de costes, antes (a su entender) que una superación de dificultades organizativas.

razonabilidad no había de entenderse como exigencia de que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial), sino como adecuación idónea al fin. (...) Abundando en ello, hemos señalado que el respeto al artículo 4 del Convenio 158 OIT impide aceptar que el control judicial del despido se limite a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación económica negativa, sino que sirve para determinar si concurre el nexo de razonabilidad entre lo pretendido -un determinado número de extinciones contractuales- y la causa desencadenante -una circunstancia económica y productiva- (STS/4º/Pleno de 25 junio 2014 (RJ 2014, 4385), rec. 165/2013). Por ello consideramos inadmisibles, tanto el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los tribunales en el Preámbulo de la Ley 3/2012, como la discrecionalidad absoluta que, en todo caso, sólo corresponde al empresario cuando medie causa legalmente descrita (STS/4º/Pleno de 17 julio 2014, rec. 32/2014)”.

En concreto, estima el Tribunal que todas las causas habilitadoras del despido colectivo son, en el fondo, económicas, porque todas “*repercuten en la salud económica de la empresa*”. Por lo tanto, lo normal es que, reparando una ineficiencia organizativa, se consiga también “*abaratar los costes, por aumentar la productividad, [mejorando] la competitividad de la empresa en el mercado, con lo que la Ley reconoce que los cambios que producen una disminución de los costes no son ilícitos "per se"*”.

En definitiva, el hecho de que con la externalización se reduzcan costes empresariales no es suficiente para poner en duda su conexión con la superación de una dificultad o ineficiencia empresarial, en este caso, organizativa, y, por tanto, imputarle sólo una finalidad de obtener un beneficio empresarial.

4. El voto particular

Para el voto particular, sin embargo, el despido colectivo efectuado sí contiene una discriminación indirecta y la descentralización productiva acometida no confirma las supuestas ineficiencias organizativas de la empresa.

Para los Magistrados discordantes, antes que el propio despido existe una decisión de la empresa respecto al acceso al empleo que conduce a feminizar el Departamento de Pisos/Limpieza. Es, por tanto, la empresa quien provoca el trato peyorativo en perjuicio de la mujer cuando afecta a todo el departamento con el despido colectivo. En palabras del voto particular, “*ninguna duda cabe de la existencia de una discriminación indirecta, que tiene su origen en el acceso al empleo. Nos encontramos ante una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configura por personas del sexo femenino mayoritariamente, lo cual por sí solo pudiere resultar discriminatorio desde el momento de acceso al empleo*”.

Pero además, entienden quienes disienten de la opinión mayoritaria que no puede menospreciarse el importante descenso de hasta un 50% de los salarios de las trabajadoras de la contratista y que la externalización debe producir algo más que un ahorro en los costes: debe haber también un cambio cualitativo.

En efecto, asume el voto particular que es cierto, con cita extensa de jurisprudencia de la Sala, que la descentralización productiva no está prohibida por el ordenamiento jurídico y que, si contribuye al despido colectivo, sigue siendo válida si constituye una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva. Pero, precisamente, por esta razón, porque debe conectarse con la causa del despido, debe “medirse” con ella. Y en ese contraste, los puntos clave son dos:

1. Si el problema es organizativo, la externalización debe aportar una respuesta en ese ámbito, no sólo en el de los costes. Y los Magistrados disconformes opinan que esta primera exigencia no se cumple: *“nos encontramos ante una externalización que no ha producido ningún cambio en el servicio –porque la necesidad de realizar la limpieza en las habitaciones de los hoteles subsiste–...”*.
2. Y si la ventaja que obtiene la empresa con la suma combinada de despido colectivo y descentralización productiva es mayor que el problema de origen (casi un 50% más barato), entonces en la medida adoptada hay más de beneficio empresarial que de respuesta razonable y equilibrada. La “proporcionalidad” de la medida empresarial debe requerirse también en este caso, pues, de lo contrario, según señala el voto particular, *“nos encontramos ante una externalización sin límites, ilícita por abusiva, pues se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social, inadmisibles en un estado social y democrático de derecho”*.

5. Valoración final

La Sentencia comentada es un claro ejemplo de las dificultades que plantea separar conceptual y materialmente la “externalización de actividades” de las “causas legalmente habilitadoras” del despido colectivo, en este caso, de la plantilla adscrita al servicio que se descentraliza.

Por definición, las causas legales del despido colectivo describen una situación que puede ser gravosa para la empresa: una situación económica negativa, existencia de pérdidas o previsión de las mismas; un desfase tecnológico y sus desventajas; una organización del trabajo ineficiente y sus perjuicios; un descenso del número de productos o servicios que la empresa logra colocar en el mercado. Estas situaciones, si son lo suficientemente graves y se acreditan, son la justificación pero también la vara de medir de la respuesta empresarial, del despido colectivo.

Pero, el despido no se mide sólo con la causa que se alega para recurrir al mismo: también lo debe hacer con otras acciones que coordinadamente acometa la empresa. Y ello porque, si las hay como es el caso de la externalización, su funcionalidad económica y otras ventajas, también informan sobre la razonabilidad y la proporcionalidad del sacrificio de empleo. El problema surge en cómo manejar las bondades de la descentralización productiva, si son sólo económicas frente a una causa organizativa, o si son tan importantes que convierten la destrucción de empleo en beneficio empresarial, es decir, que la empresa acaba ahorrando más de lo que necesitaba.

6. Bibliografía

DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 1999, p. 530-569.

LAHERA FORTEZA, J., “Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad: la juridificación del interés empresarial en el despido (STS 4ª de 10 de mayo de 2006)”, *Relaciones Laborales*, nº 1, Tomo I, 2007, p. 509-514.

NAVAS NAVARRO, S., “El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. III, 2008, p. 1483.

SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en RIDAURA MARTÍNEZ, Mª J. y AZNAR GÓMEZ, M.J. (Coordinadores), *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 365-398.

SORIANO CORTÉS, D., “La incidencia del despido por causas económicas y empresariales en el marco de las contrataciones”, *Relaciones Laborales*, nº 13, Tomo 2, 2007, p. 583-597.

Fecha recepción: 28.2.2016

Fecha aceptación: 3.2.2016