

LIBERTAD DE EMPRESA Y REBAJA DE COSTES DEL DESPIDO: ¿NUEVO «VIRAJE LIBERAL»?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2015, rec. núm. 104/2015**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

... la ley, por completa... que sea, no puede por sí... satisfacer todas las necesidades... y... es necesario... un intermediario que pueda y sepa adaptar[la]... a las situaciones y circunstancias para las cuales está escrita. Este intermediario es el... Juez. Por esto se ha dicho que la ley no es más que una iniciación de lo que real y definitivamente ha de ser estatuido luego.

F. Clemente de Diego

La jurisprudencia como fuente del derecho

1. EL MARCO LEGAL REINTERPRETADO CUATRO AÑOS DESPUÉS: ¿DÓNDE ESTÁBAMOS?

Finalizada, largamente, la Legislatura de la reforma laboral iniciada en 2012, y ahora que se cierne una extremada incertidumbre sobre su suerte en el futuro inmediato (tal como se puso de manifiesto en el [Editorial del número de marzo](#)), carecería de sentido recrearse, por enésima vez, en cuál fue la voluntad del legislador a la hora de modificar sustancialmente la regulación del despido en general, y de los despidos colectivos en particular. Al respecto, quedó manifiesta la voluntad de reducir los costes del despido como eje cardinal, a fin de impulsar un modelo de adaptabilidad máxima de las empresas a lo que su mercado les demanda en cada momento, ajustando continuamente su organización (del trabajo), plantilla (de trabajadores) y costes laborales para recuperar, para mantener o para mejorar su ventaja competitiva (primacía de la función productiva basada en el reforzamiento de la libertad de gestión y la reducción de los costes del trabajo).

No volveremos aquí sobre estas cuestiones, porque han sido sobradamente dialogadas en esta sección. Ahora bastará con dos observaciones para introducir adecuadamente el nudo gordiano del pronunciamiento que aquí comentamos. La primera es que parecía ya bastante pacífica la posición jurisprudencial (SSTS, Sala 4.ª, de [17 de julio de 2014](#), [rec. núm. 32/2014](#) y de [16 de julio de 2015](#), [Hewlett Packard](#)), que integró en el texto legal, junto al juicio –fáctico– de *causalidad* querido (verificación de causa leal suficiente), el juicio –valorativo– de *razonabilidad* necesaria impuesto judicialmente (verificación del grado de adecuación de la medida al fin). La segunda, que tal posición tuvo un atormentado origen desde la polémica y malograda [STS, Sala 4.ª, de 20 de septiembre de 2013](#) –[rec. núm. 11/2013](#)–, anidando en el seno de la Sala Social del Tribunal Supremo el «germen de su discordia», traducido a menudo en diversos votos particulares ([STS de 26 de marzo de 2014](#), [rec. núm. 158/2013](#); «ERE» del Grupo Telemadrid).

2. EL CASO CONCRETO: RELATO DE LA REALIDAD

Melia Hotels International, SA decide proceder al despido de 40 trabajadoras y 3 trabajadores que prestaban sus servicios en los hoteles Meliá Barajas y Meliá Alameda. Siguiendo el trámite de la ley ([art. 51 ET](#)), se llevó a cabo un procedimiento de consulta con la representación laboral de ambos centros de trabajo que terminó sin acuerdo. La empresa no alega causa económica, sino causa organizativa y productiva, quedándose concretada en la organizativa finalmente. La razón de ser estribaría en la reducción de la demanda hotelera mientras que no solo se mantendrían los costes del servicio de limpieza de las habitaciones, sino que, incluso, se incrementarían, por el carácter indefinido de buena parte de estas trabajadoras. En consecuencia, razonaba la empresa de gestión hotelera, se hacía preciso introducir un cambio organizativo para mantener o mejorar la ventaja competitiva.

A tal fin, la empresa externalizó el servicio Departamento de pisos/limpieza a la empresa Lloyd Outsourcing, SLU. Esta presta el servicio concertado –limpieza de habitaciones y zonas comunes– con 52 trabajadores, de los cuales 49 son trabajadoras y a razón de un precio de entre 6,30 y 6,90 euros por habitación. La empresa aportó un informe técnico en el que se defendía el efecto de reducción de costes que supone la decisión empresarial de contratación externa. La representación legal rechazó este procedimiento por entender que se quieren encubrir causas económicas como si se tratara de organizativas, pues no hay realidad de cambio organizativo alguno, sino la sola voluntad de precarizar más las condiciones de trabajo de este colectivo de empleadas, desplazando la gestión directa por otra indirecta solo por el menor coste de la mano de obra externa.

En consecuencia, presentarán una demanda de despido colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pidiendo la nulidad, por vulneración de derechos fundamentales –el de libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, y el de prohibición de discriminación indirecta por razón de género–, así como, subsidiariamente, la declaración de no ajustado a Derecho. La STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2014, [rec. núm. 663/2014](#), desestimó la demanda, pues ni habría vicios de nulidad –el desplazamiento del convenio colectivo aplicable no vulneraría

por sí la libertad sindical y la abrumadora mayoría de mujeres despedidas solo obedecería a que son la práctica totalidad de las empleadas, por lo que se produciría siendo o no mujeres– ni cabe dudar de la existencia de causa organizativa –rechaza la productiva– suficiente.

3. DOCTRINA JUDICIAL: RAZONAMIENTO PARA EL FALLO

Contra esta sentencia de instancia se interpuso recurso de casación ordinario. La [STS, Sala 4.ª, de 20 de noviembre de 2015, rec. núm. 104/2015](#), desestimarà, uno a uno, todos los motivos. Puesto que no habrá discrepancia entre la mayoría –decisión jurisprudencial– y la minoría –voto particular– a la hora de rechazar los motivos relativos a la revisión y a la lesión de los derechos fundamentales de libertad sindical y de prohibición de discriminación por razón de género, sin perjuicio de algunos matices relevantes respecto de esta segunda del voto particular, nos centraremos aquí en la auténtica razón de decidir, en contraste entre mayoría y minoría de la Sala Social General del Tribunal Supremo, de la sentencia. Esta no es otra que la concurrencia de causa organizativa suficiente con vista a declarar la procedencia –carácter ajustado a Derecho– del despido colectivo.

En principio, el razonamiento mayoritario –FJ 6.º, punto 3– echará mano del «Derecho de precedentes» –jurisprudenciales– en la materia, por lo que partirá de una estrecha continuidad entre «lo viejo» y «lo nuevo», no obstante el cambio legal. Tres son las razones que esgrime:

- a) En relación con el juicio de causalidad estricto: *«la externalización en cuanto supone un cambio en los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 5.1.1 del ET»*.
- b) Por lo que respecta al juicio de proporcionalidad de la medida, en relación con su primer escalón de necesidad, la Sala defiende el imperativo de adoptar medidas para solucionar tales problemas (económicos y organizativos) 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»*.
- c) Finalmente, y también con relación al juicio de proporcionalidad, ahora en su escalón último de razonabilidad, entenderá, desde un punto de estricto favor hacia la gestión empresarial rentable, que la solución tomada es idónea o adecuada al caso. Así, si bien *«cabía reducir la plantilla por motivos económicos, la externalización suponía una respuesta más... 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... supongan un problema para la empresa hotelera que no se ve obligada a realizar contrata-*

ciones... ni a rescindir contratos... 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».

4. TRASCENDENCIA MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: PREVISIBILIDAD COMO NUEVO DERECHO DE PRECEDENTES

Por el sector de actividad del que se trata –hostelería, uno de los más relevantes para nuestra economía, todavía poco dada a dar un salto cualitativo en su modelo productivo–, y por la frecuencia con que se produce este tipo de desplazamientos de la actividad de gestión interna por otra externa, en este y otros sectores económicos, hasta generalizarse, no parece necesario abusar de la pluma para justificar la extraordinaria trascendencia práctica de esta sentencia. Pero si se contempla más allá del caso, e incluso del sector concreto, su relevancia aún resulta más llamativa, pues es la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia, tras la reforma laboral, de forma tan directa, frontal y rotundamente favorable a un uso de la externalización como causa organizativa, haciendo las «delicias» de las estrategias más liberalizadoras de la gestión empresarial. Para verificar plenamente este dato bastará con remitir a las hemerotecas de hace dos años, cuando la prensa económica especializada saludó con extraordinario fervor la confirmación por el Tribunal Supremo de la [SAN 145/2013, de 15 de julio](#) (ERE del Grupo NH –en el mismo sentido la [SAN 203/2013, de 19 de noviembre](#), que remite a aquella–). A resultas de esta doctrina, se vocearía que «*las empresas pueden hacer un ERE y luego subcontratar el servicio*»¹.

Es muy llamativa jurídico-socio-económicamente esta noticia si se atiende a dos datos, al menos. El primero, que, realmente, el Tribunal Supremo –[Sentencia de 23 de septiembre de 2014, rec. núm. 66/2014](#)– no convalidó el fondo de esta doctrina, porque no llegó ni a entrar en él, dado que, en este caso, a diferencia del analizado aquí, los defectos de forma del recurso fueron tales que no pudieron ser salvados por la sala, por más que el ponente evidenció una loable voluntad anti-formalista. Se trató, pues, de una oportunidad perdida para fijar doctrina precisa –no sería la única, otra importantísima fue la ofrecida por el citado [caso del ERE de Telemadrid](#), pero aquí, muy curiosamente, la mayoría de la sala rechazó entrar en la cuestión porque no se alegó causa organizativa, sino económica, sin que en aquella ocasión la sala considerara necesario, a diferencia de la sentencia glosada críticamente, entrar a analizar la conexión entre causas–. El otro dato pone de manifiesto que, en ese momento, la posición de la doctrina judicial no era segura al respecto, pues con cita del mismo «*Derecho de precedentes*» anterior a la reforma laboral, la [STSJ de Aragón 24/2015, de 26 de enero](#), alcanzaba una posición radicalmente opuesta, siendo la sentencia firme por no plantearse, sorprendentemente, recurso de casación contra ella. Una posición intermedia parecía presentar, al menos en el razonamiento, aunque el fallo fuese de declaración

¹ Vid., <http://www.expansion.com/2014/11/15/economia/1416080044.html>

de ajustado a Derecho del despido colectivo con externalización simultánea, la más reciente [SAN 2/2015, de 2 de enero](#). En esta se cuidó de especificar varios límites adicionales –la prohibición de fraude de ley en la contratación mercantil llevada a cabo, de un lado, y el aseguramiento de una ventaja competitiva empresarial diferente a la mera reducción de costes derivada de la sustitución de mano de obra interna por otra externa, más barata– para legitimar la externalización como causa de despido, precisamente para evitar el *dumping* social, grave problema que está en la base de la doctrina crítica del voto particular. Sin embargo, la doctrina de la Audiencia Nacional parecía resignarse al efecto de precarización.

Pues bien, si con notable algarabía se recibió desde las Escuelas de Negocios aquella noticia, cuánto más deberá hacerse en relación con la sentencia aquí analizada, pues en ella sí se entra de lleno en la cuestión de fondo y, además, se resuelve favorablemente, confirmando de un modo pleno la confianza entonces puesta en que la postura de flexibilización sería, al final, la dominante o triunfadora en el contexto de un «Nuevo Derecho Legislado» favorable a tales usos flexibles y de devaluación salarial del factor trabajo para lograr ventajas competitivas. Pero, claro está, cuando la jurisprudencia inclina el fiel de la balanza en exceso hacia uno de los platillos, lejos de zanjarse el problema, reemerge, al romperse equilibrios que tan fatigosamente fueron reconstruidos en el pasado por la norma laboral. Esta disfunción resulta mayor si, al tiempo, se comprueba, que no es un caso aislado –de jurisprudencia pro empresa–, a contrarrestar con otros de signo contrario –de jurisprudencia pro labor–, sino una marcada línea de tendencia que, paradójicamente, entronca de plano con la primigenia intervención del Tribunal Supremo en la materia ([STS de 20 de septiembre de 2013, Celsa Atlantic](#)), luego malograda (auto-anulada por el propio Tribunal Supremo), pero por razones procesales (incongruencia), no de fondo.

No es ocioso recordar que la posición inicial del Tribunal Supremo fue la de mantenerse vinculado, en lo posible, a la nueva voluntad legislativa, de modo que *«no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal..., y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial»*. Al inicio de nuestro comentario evidenciamos que esta doctrina parecía superarse al criticar y corregir el sentido literal de la reforma (además de las citadas, pueden verse otras posteriores, entre muchas, la [STS de 15 de febrero de 2015, rec. núm. 74/2014, caso Videoreport](#); también la [STC 8/2015](#)). Pero, como también se advirtió, si se bucea más profundamente por las caudalosas, y a menudo opacas, aguas jurisdiccionales, no llegó a desaparecer del todo aquel favor hacia el enfoque de gestión empresarial, como prueba, entre otras, la [SAN 67/2015, 15 de abril, comentada en el número de julio/2015 de esta Revista](#).

Sin embargo, el primado de este doble enfoque de gestión empresarial, favoreciendo tanto la decisión optimizadora de costes de mano de obra como su adaptabilidad permanente, cuenta ya con un importante catálogo de confirmaciones. Sin ánimo alguno de exhaustividad, merece la pena recordar la [STS, Sala 4.ª, de 12 de julio de 2012, RCU 2789/2011 \(FJ 5.º\)](#). Esta, por me-

diar un periodo de prueba, autorizó la extinción del contrato hecho a un trabajador que, con extraordinaria mala fortuna, se accidentó laboralmente el mismo día que inició su trabajo. Tras el informe del servicio de prevención, la empresa decidió que era más rentable desistir del contrato y, por llamativo que pueda parecer desde un enfoque de protección social, la mayoría de la sala decidió primar el enfoque de gestión. El voto particular –solo como curiosidad, firmado por la misma ponente que firma el de la sentencia aquí analizada– llamó la atención sobre la necesidad de no cosificar el factor trabajo (STC 192/2003) y el primado del derecho a la integridad personal (STS de 31 de enero de 2011, empresa Mercadona).

Mucho más recientemente, en esta misma dirección se sitúa la polémica *STS, Sala 4.ª, de 24 de noviembre de 2015, RCU 1681/2014*. Esta, respecto de un despido objetivo económico, fija como doctrina que, acreditada la causa económica, la elección del puesto a extinguir solo atañe al empresario. Consecuentemente, de nuevo en virtud de la llamada a la libertad de empresa, la Sala Social del Alto Tribunal blinda un espacio muy amplio de decisión empresarial libre de control jurisdiccional, pues la selección concreta solo le compete al empresario, salvo, claro está, el juego de los límites genéricos a toda decisión de autonomía privada –la prohibición de abuso y/o fraude; vigencia de derechos fundamentales–, en la misma línea que se tiene para el desistimiento en periodo de prueba. Como no podía ser de otra manera, la sentencia cuenta con dos votos particulares que critican muy duramente –no sin razón– el fuerte retroceso que, de consolidarse este criterio, experimentaría la jurisprudencia de la sala en materia de control jurisdiccional de las decisiones de despido, con lo que promueven –sin éxito en este caso– un retorno por la senda de la *STS de 17 de julio de 2014* y el permanente juicio de razonabilidad.

Si nos desplazamos desde el plano estrictamente de la libertad de gestión al favor por las decisiones que reducen costes, la confirmación encontrará nuevos y crecientes ejemplos de esta suerte de principio de favor por la gestión empresarial, propia del primado de la función productivista del Derecho del Trabajo (nueva versión del viejo principio de rendimiento) por encima de la función distributiva. A la citada *SAN 2/2015*, que contempla con «naturalidad» la devaluación de condiciones laborales ligada a todo proceso de externalización en un contexto de despido, habría que añadir la *STSJ del País Vasco de 27 de octubre de 2015, rec. núm. 1755/2015*, que convierte en una abonada «carne de cañón» del despido a quienes, por su mayor edad, acumulan más antigüedad y mayor salario. En esta sentencia, se legitimará la resolución de contratos de trabajo más caros para luego dar entrada a otros más económicos, ahora no mediante la externalización, sino mediante una vía aparentemente opuesta, la refundición de las empresas que funcionaban independientemente para, al amparo de ello, prescindir de los trabajadores más costosos. Por supuesto, esta sentencia tiene también un fundado voto particular que alerta sobre el peligro de legitimación de continuos procesos de «devaluación de condiciones de trabajo», haciendo del despido no la última *ratio* de gestión sino un instrumento absolutamente normalizado para afrontar no ya las crisis, sino situaciones ordinarias, a través de causas organizativas.

¡Y qué decir de la reciente *STS, Sala 4.ª, de 18 de febrero de 2016, RCU 3257/2014*! Esta, con la excusa de clarificar su precedente posición respecto de la disposición transitoria quinta de la *Ley 3/2012*, relativa al cómputo de la indemnización por despido improcedente para contratos

celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma, que había hecho saltar todas las alarmas, por la elevación de costes que suponía respecto de la pretendida voluntad legislativa de reducción –[STS de 29 de septiembre de 2014, RCU 3065/2013](#), comentada en su día ([RTSS.CEF, núm. 385, abril/2015](#))–, lleva a cabo una relectura favorable al sentido buscado por la ley. En consecuencia, parece retornar a la primigenia voluntad legislativa de congelación de los topes indemnizatorios por despido improcedente, cuando resulte de aplicación el régimen transitorio, tras aquella «descongelación» jurisprudencial².

En cualquier caso, como la propia [STS 118/2016, de 18 de febrero](#), evidencia, estamos ante una cuestión de difícil interpretación, que ilustra bien los problemas interpretativos existentes en un buen número de preceptos de la reforma laboral. Esta oscuridad del texto legal tiene graves consecuencias prácticas, como evidenciaría que el trabajador solicitaba una cantidad, la doctrina de suplicación concedió otra –tras revisar la decisión de la instancia, que determinó la procedencia del despido–, y la unificación reconoció otra mayor.

En este caso no hay voto particular, pero sí que contamos con una creciente doctrina judicial de suplicación que mantiene posiciones muy encontradas. Si la [STSJ de Cataluña de 22 de enero 2016](#) se sitúa claramente en la línea de la primera sentencia del Tribunal Supremo, elevando el coste del despido, la [STSJ del País Vasco, de 29 de septiembre de 2015, rec. núm. 1421/2015](#), se aparta abiertamente de él, en una dirección más próxima al nuevo «criterio clarificado», pero no expresamente corregido. En consecuencia, las dificultades para identificar una posición cierta en tema tan crucial siguen. Con toda seguridad, el Tribunal Supremo tendrá oportunidades nuevas para poner realmente en claro cómo interpretar esa regla de Derecho inter-temporal, cualquiera que sea la suerte de la regulación del despido improcedente.

En definitiva, la jurisprudencia social en la materia dista de estar clara y pacificada. A la nutrida y extrema incertidumbre generada por el momento político que vivimos, se sumarían los procesos de recrudescimiento de la tensión jurídica interna de la Sala Social del Tribunal Supremo, cuyos cambios de composición recientes no parecen estar completamente ajenos a este reavivado de los conflictos, con el consiguiente efecto de relativa desestabilización de interpretaciones precedentes, realmente nunca pacificadas. No me cabe ninguna duda de que tanto respecto de la cuestión aquí nuclear, la externalización como causa organizativa suficiente para el despido, cuanto la complementaria, relativa a cómo computar los costes del despido improcedente, en los supuestos de la [disposición transitoria undécima del ET](#), tendrá la sala más oportunidades para precisar su jurisprudencia, a fin de hacerla realmente un instrumento útil para la función de la norma laboral: garantizar el debido equilibrio entre la función productiva y la función distributiva. Veremos cómo evoluciona y permaneceremos atentos para dar cumplida cuenta, expositiva y crítica al mismo tiempo, de todo ello. Pero, en tanto, lo que es manifiesto es que, ahora que parece llegada la primavera climatológica, soplan fuerte nuevos vientos liberales en la Sala Social del Tribunal Supremo.

² Vid., <http://www.expansion.com/economia/2015/03/13/5502ebf7ca47417a408b457f.html>