

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)
TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 20 de noviembre de 2015
Sala de lo Social
Rec. n.º 104/2015*

SUMARIO:

Despido colectivo. Meliá Hoteles. Causas organizativas. Externalización del servicio de limpieza donde el 92% de la plantilla son mujeres. Inexistencia de discriminación indirecta por razón de sexo y de dumping social. No puede entenderse que la decisión de externalizar esté relacionada con un trato peyorativo de la mujer, pues se habría tomado igualmente si todos los afectados fuesen varones, por lo que en aplicación del «test de but for» no existe discriminación alguna prohibida por la ley ni atentado contra la dignidad de la mujer. No puede achacarse a la empresa que no ha existido ningún cambio organizativo y que lo que concurren son causas económicas que no fueron alegadas, ya que la conexión entre cambios organizativos y mejora de la situación económica, al abaratare los costes y aumentar la competitividad en el mercado, lo impide. Las razones económicas están presentes en todo cambio del proceso productivo. La menor ocupación de los hoteles y las pérdidas en la facturación de los mismos, suponía un incremento proporcional de los costes de personal, por lo que la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema y paliar sus efectos. 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 periodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los periodos de baja ocupación. Sala General. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 10 y 14.
Ley 36/2011 (LRJS), art. 124.
RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 42.1 y 51.1.

PONENTE:

Don José Manuel López García de la Serrana.

Magistrados:

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JESUS SOUTO PRIETO
Don JORDI AGUSTI JULIA
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. David Moya García, en nombre y representación de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao, D. Héctor, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2014, en actuaciones n.º 663/2014, seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL S.A., sobre DESPIDO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL S.A., representado por el Letrado D. Guillermo García Arán.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor se presentó demanda de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare, que el DESPIDO COLECTIVO efectuado por la empresa demandada es NULO al estar ante un caso de DISCRIMINACIÓN INDIRECTA el cual supone vulneración del artículo 14 de la Constitución Española .

Segundo.

Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

Con fecha 19 de noviembre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., debemos declarar y declaramos ajustado a derecho el despido colectivo adoptado por la empresa MELIÁ objeto del presente proceso. Absolvemos a las partes demandadas de los pedimentos formulados en su contra."

Cuarto.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º- MELIA HOTELS INTERNATIONAL, SA es una sociedad formalmente constituida en Madrid el 24 de julio de 1986, bajo la denominación social de Investman, SA. Se dedica a la gestión, explotación y administración de hoteles en régimen de propiedad, gestión, alquiler o franquicia, así como a operaciones de régimen vacacional; 2.º- Las principales marcas a través de las que Meliá opera en el mercado son: Meliá, Gran Meliá, ME, Paradisus, Innside, TRYP, Sol Hotels y Club Meliá; 3.º- HOTEL MELIA BARAJAS- El Hotel Meliá Barajas está localizado en las proximidades del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. El Hotel Meliá Barajas es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 229 habitaciones, piscina, centro de convenciones de 1.300 metros cuadrados y 14 salas de reuniones con capacidad para un máximo de 600 personas.

Los ingresos del hotel han sido

2011 2012 2013 2014(Enero/mayo)
10.013.273 8.368.142 7.215.353 2.897.682

Los ingresos por habitación han sido

2011 2012 2013 2014(Enero/mayo)
5.846.675 4.591.992 4.099.916 1.634.181

El coste de personal ha sido

2011 2012 2013 2014(Enero/mayo)
4.543.457 4.136.325 3.704.795 1.528.301

El coste de personal en habitaciones ha sido de

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)
1.558.123 1.360.740 1.231.685 529.926

Las habitaciones ocupadas en el Hotel y los ingresos tenidos por ocupación han sido:

AÑO 2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)
H.D. 83.341 83.694 83.258 34.352
H.O. 74.992 63.519 57.412 23.443

INGRESOS

H.O. 5.846.675 4.591.992 4.099.916 1.634.181
ADR 77,96 72,29 71,41 69,7
RevPAR 70,15 70,15 54,87 49,24 47,6

H.D.= Habitaciones disponibles

H.O.= Habitaciones Ocupadas

ADR= Precio Medio Habitación (Average daily rate)

RepPAR= Ingreso por habitación disponible (Revenue per available room)

La evolución de los ingresos por comida y bebidas ha sido

AÑOS 2011 2012 2013 2014 (Enero/mayo)
Comida 2.690.260 2.312.575 1.956.769 784.008
Bebida 510.421 469.973 419.887 169.733

4.º- HOTEL TRYP ALAMEDA- El hotel Try Alameda está localizado en las proximidades del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. El Hotel Try Alameda es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 149 habitaciones y 7 salas de reunión con una capacidad máxima de 200 personas.

Los ingresos del hotel han sido

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)
6.203.529 5.750.531 4.101.051 1.268.0119

Los ingresos por habitación han sido

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)
3.705.220 3.443.085 2.564.320 891.380

El coste de personal ha sido

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)
2.262.145 2.181.778 1.876.417 713.445

El coste de personal en habitaciones ha sido de

2011 2012 2013 2014 (enero/mayo)
986.846 935.789 799.390 314.69

Las habitaciones ocupadas en el Hotel y los ingresos tenidos por ocupación han sido

AÑO 2011 2012 2013 2014 (Enero/mayo)

H.D. 54.020 54.168 54.020 22.348
H.O. 50.185 48.228 39.328 15.281

INGRESOS H.O. 3.705.220 3.443.085 2.564.320 891.380
ADR 72,92 69,94 65,2 58,3
RevPAR 68,59 63,56 47,47 39,9

H.D.= Habitaciones disponibles
H.O.= Habitaciones Ocupadas
ADR= Precio Medio Habitación (Average daily rate)
RepPAR= Ingreso por habitación disponible (Revenue per available room)
La evolución de ingresos por comida y bebida ha sido

AÑOS 2011 2012 2013 2014 (Enero/mayo)
Comida 1.575.595 1.517.668 1.045.154 264.748
Bebida 174.193 161.060 108.326 41.382

5.º- EXPEDIENTE DE DESPIDO COLECTIVO- El 16 de junio de 2014, la empresa demandada comunicó a la representación legal de los trabajadores de los centros de trabajo de Hotel Meliá Barajas y Tryp Alameda la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo por causas productivas y organizativas. El día 1 de julio de 2014 se constituyó la comisión negociadora y se produjo la primera reunión del periodo de consultas que concluyó en la última reunión, del día 12 de agosto de 2014, sin acuerdo. Se encuentran incorporadas a las actuaciones las actas de cada una de las reuniones que se dan por reproducidas. Entre los días 25 y 26 de agosto de 2014 la empresa notificó a la Comisión representativa de los trabajadores en el despido colectivo su decisión final de despedir 43 trabajadores del Departamento de piso/limpieza; 6.º- La empresa demanda ha externalizado el servicio Departamento de Pisos/limpieza a la empresa Lloyd Outsourcind, SLU que presta el servicio concertado -limpieza de habitaciones y zonas comunes- con un total de 52 trabajadores, de los cuales 49 son trabajadoras. Los costes de externalización de servicios de camareros de pisos y limpieza (Dpto. de Pisos y Limpiezas - Habitaciones-) en el mes de septiembre de 2014 fue de 46.749,78 euros (38.636,18 euros sin IVA) por 5.758 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,71 euros, en el Hotel Meliá Barajas y de 28.790,76 euros (23.794,02 euros sin IVA) por 3.753 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,34 euros, en el Hotel Tryp Alameda; 7.º- En la empresa demandada, el 92% de la plantilla que presta servicios en el Departamento de pisos de sus 113 hoteles está compuesta por mujeres; 8.º- Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el despido colectivo se rigen por el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid; 9.º- Los trabajadores afectados por la medida extintiva son los que se recogen en la relación nominativa que se contiene en el hecho primero de la demanda, que aquí damos por reproducidos. Del número de trabajadores afectados por el despido en el Hotel Meliá Barajas hay 23 mujeres y 2 hombres y en el Hotel Tryp Alameda hay 17 mujeres y 1 hombre.".

Quinto.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, Dª Carlota, Dª Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao, D. Héctor . La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso.

Sexto.

Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dió traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar IMPROCEDENTE el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 23 de septiembre de 2015, acto que fué suspendido por providencia de dicho día, señalándose para nueva votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 18 de noviembre de 2015, en que tuvo lugar; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al anunciar la anterior designada, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. Objeto del recurso.

El presente recurso tiene su origen en la demanda presentada por la representación legal de los trabajadores (RLT) que negoció el despido colectivo promovido por Meliá en dos hoteles de su organización hotelera. En la demanda se pidió que el despido colectivo fuese declarado:

1.º NULO por estar ante un caso de discriminación indirecta por razón de sexo lo que suponía una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española .

2.º Subsidiariamente se pretendía que el despido se declarase nulo por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva integrada en el artículo 28 de la Constitución Española .

3.º Subsidiariamente, se interesaba que se declarase nulo por vulneración del artículo 10 de la Constitución Española, ya que la medida adoptada suponía la precarización extrema de las condiciones de trabajo lo que atentaba gravemente contra la dignidad de la persona.

4.º Subsidiariamente, se pedía, finalmente, que el despido fuese declarado improcedente, sic, por carecer el mismo de causa que lo justificara por no encontrarnos en el caso de autos ante una causa organizativa ni productiva, sino ante una causa económica que no ha sido negociada por la empresa en el ERE; y subsidiariamente para el caso de que por ese Tribunal se dieran por acreditadas la existencia de causa organizativa y/o productiva, la decisión adoptada por la empresa debía declararse no razonable, no idónea y no adecuada por no estar ante una amortización de puestos de trabajo sino ante una decisión de política empresarial que nada tiene que ver con las causas alegadas en el ERE y encontrarnos realmente ante una situación de DUMPING SOCIAL, que lleva a la precarización leonina de las condiciones de trabajo.

2. Sentencia recurrida.

La sentencia de instancia, dictada por el TSJ de Madrid rechaza la existencia de discriminación por razón de sexo, así como la vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva. Y, en el análisis de las causas, tras señalar que la causa invocada no es económica, y que no concurre una causa productiva, señala que se está ante una causa organizativa porque con la nueva organización se produce una mejora del servicio por suponer una corrección de los desequilibrios existentes .

3. Recurso de casación.

Por la RLT demandante se formaliza recurso de casación articulado en cinco motivos para la revisión de los hechos probados, y otros cinco dedicados al examen del derecho aplicado por infracción de las normas jurídicas que en cada uno se citan como luego se verá.

Segundo. *Sobre la revisión de los hechos declarados probados.*

1. Revisión de los hechos probados.

Se formulan por el recurrente cinco motivos de revisión de los hechos probados, al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, para que se introduzca al relato fáctico de instancia, el redactado que propone, y aunque sin la claridad deseada, insiste básicamente en que se constate que tanto el Hotel Meliá Barajas como el Hotel Tryp Alameda son hoteles de cuatro estrellas, y a ello añade los gastos y previsión de gastos, que estima corresponden.

Procede la desestimación de los cinco motivos formulados por el recurrente al amparo del art. 207 d) de la LRJS, por cuanto así procede con arreglo a nuestra doctrina sobre la materia. Como recuerda nuestra sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que " el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcance éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos : a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Igual criterio en relación a la alegación de errónea valoración de la prueba, ha seguido esta Sala IV/ TS, entre otras en sentencia de 7 de octubre de 2011 (rco 190/2010) recuerda los presupuestos para que proceda en casación ordinaria la revisión fáctica, con cita de la STS/IV 19-julio-2011 (rco 172/2010), y SSTS. de 12 de Marzo

de 2002 (rec. 379/01), 6 de Julio de 2004 (rec. 169/03), 18 de abril de 2005 (rec. 3/04) y 12 de Diciembre de 2007 (rec. 25/07), respecto del error en la apreciación de la prueba tiene reiteradamente declarado esta Sala (Auto de 5 de marzo de 1992 y Sentencias de 2 de junio de 1992, 31 de marzo de 1993 y 4 de noviembre de 1995).

Al respecto, nuestra STS/IV de 16 de julio de 2015 (rco. 180/14) resalta nuestra doctrina sobre la revisión de hechos en este trámite extraordinario de casación, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, señala que es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: "a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rco 1959/91 -; [...] SG 03/12/14 -rco 201/13 -; [...] y SG 25/02/15 -rco 145/14 -).

Tan genéricas afirmaciones únicamente se alcanzan a comprender en toda su amplitud teniendo en cuenta ya más concretas precisiones de la Sala en orden a los antedichos requisitos. Cuales son -aparte de las que se dirán respecto de los concretos motivos revisorios-: a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [recientes, SSTS 02/07/14 - rco 241/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y 15/09/14 -rco 167/13 -]; b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 -rco 2080/00 -; [...] 08/07/14 -rco 282/13 -; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -); y c) que los documentos al efecto invocados «deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable», hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 -rco 167/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y SG 18/07/14 -rco 11/13 -).

La aplicación de la doctrina reseñada obliga, cual se dijo antes, a desestimar la pretensión revisora de la parte recurrente. Los dos primeros motivos por reiterativos, al pretender que se adicione datos económicos que ya constan en el relato de hechos probados y que se han extraído por el Tribunal sentenciador de los mismos documentos de cita la recurrente, sin que se aprecie la existencia de errores evidentes en la valoración de la prueba, salvo los comentarios y demás juicios de valor que, interesadamente, hace la parte actora olvidando que los juicios de valor no son propios del relato de hechos probados, donde sólo pueden figurar hechos objetivos y no las apreciaciones subjetivas que de los mismos hagan las partes interesadas. Lo mismo puede decirse de la tercera modificación propuesta, la relativa a la apertura en 2009 de un nuevo hotel en la misma zona por la demandada, dato que funda en prueba que no es adecuada a los efectos que nos ocupan (interrogatorio de parte) y en documentos cuya reproducción se pide, técnica incorrecta porque el recurso debe poner de relieve los hechos relevantes que ha omitido incorporar el juzgador al relato de hechos probados, aparte que con ello se trata de introducir juicios y valoraciones económicas impropias del relato de hechos probados, máxime cuando se trata de datos irrelevantes, porque se juzga la situación existente en el año 2014 que obliga a tomar medidas organizativas que nada tienen que ver con decisiones económicas tomadas en el año 2009. Las modificaciones interesadas en los motivos cuarto y quinto se rechazan porque no se citan los documentos que evidencian el error denunciado, cual es preceptivo, y porque las opiniones de los clientes, aunque se manifiesten por escrito, constituyen una simple prueba testifical carente de todo valor a estos efectos, máxime cuando no se han emitido a presencia judicial. Además, el objeto del presente procedimiento es si el despido colectivo que nos ocupa era ajustado o no a derecho y no si ha existido, o no, una sucesión empresarial articulada para perjudicar los derechos económicos del personal afectado, cual insinúa el recurso sin que conste si el personal cuyo contrato se extinguió presta ahora los mismos servicios en otra empresa que le paga menos. Se insinúa una sucesión encubierta en la actividad o una cesión ilegal de mano de obra, pero no se ha articulado una pretensión formal al respecto, ni demandado a la sucesora, ni probado hechos que corroboren esta cuestión.

Tercero. Sobre violación de la libertad sindical en su manifestación del derecho a la negociación colectiva.

1. El sexto motivo del recurso alega la infracción del artículo 28 de la Constitución en relación con el artículo 124-2 de la L.R.J.S .. Entiende el recurso que con la externalización de los servicios de limpieza de habitaciones y demás de los hoteles afectados que se ha llevado a cabo se ha violado el artículo 28 de la

Constitución porque con esa acción se ha eludido la aplicación del Convenio Colectivo de Hostelería de Madrid, lo que viola el derecho a la negociación colectiva, reduce el ámbito de aplicación del convenio, el número de componentes del comité de empresa y en definitiva supone una precarización de las relaciones laborales.

Antes de proceder a su examen conviene recordar nuestra doctrina sobre los requisitos de forma que deben reunir los recursos de casación ordinaria, según doctrina reiterada de esta Sala de la que se hacen eco nuestras recientes sentencias de 23 de septiembre de 2015 (RO 66/2014) y 19 de octubre de 2015 (RO 54/2015). En la primera de ellas se dice:

<<"... A) Proyección antiformalista de la tutela judicial.

"...No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999 ".

"Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y «en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado» (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre)".

"B) Necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos.

La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descansa en error patente (SSTC 58/1995, 209/1996 y 127/1997)".

"El principio pro actione no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000)".

"C) Las exigencias formales en la casación.

El carácter extraordinario del recurso de casación aparece explicitado, sin dejar lugar a ningún género de dudas, cuando se dispone que la Sala de lo Social del TS conocerá «en los supuestos y por los motivos» establecidos en la Ley (art. 205.1 LRSJ); las «resoluciones» recurribles aparecen descritas en el artículo 206 LRJS y los «motivos» en el artículo 207 LRJS . Su interposición, en consecuencia, no podría realizarse con fundamento en meros -aunque fueren legítimos- intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal a quo, sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones (los llamados «motivos del recurso») permitidas al efecto".

"La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985)".

"2. Alcance del artículo 210 LRJS.

Con el referido norte interpretativo (hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado) interesa recordar que el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias:

- 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación.
- 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad.
- 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207.
- 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo.
- 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas.
- 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas.
- 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.

8) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna".

"3. Doctrina de la Sala sobre las exigencias del escrito de interposición del recurso.

De manera uniforme viene llamándose la atención sobre la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable.

Así, por ejemplo, en la STS de 15 junio 2004 (rec. 103/2004) se desestima el recurso, que en su día pudo haberse inadmitido, al entender que se produce un incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos establecidos para recurrir puesto que el escrito ni señala cuáles son los motivos por los que encauza el recurso, ni cita de manera clara y concreta qué preceptos considera infringidos, ni menos aún razona por qué y en qué sentido lo han sido".

"... En la STS 4 noviembre 2010 (rec. 65/2010) se invocan diversos precedentes, insistiendo en la idea de que " para cumplir con el requisito de la fundamentación de la infracción legal es necesario no sólo citar los preceptos que se consideren infringidos, sino también razonar la pertinencia y fundamentos de la infracción en forma suficiente "".>>

2. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga, como ha informado el Ministerio Fiscal, a desestimar el motivo del recurso examinado por falta de fundamentación de la infracción legal que se aduce pero no se razona de forma suficiente, al no explicarse porque el incumplimiento de un convenio colectivo constituye la violación de un derecho constitucional (la negociación colectiva), en lugar de un simple incumplimiento contractual o de una cesión encubierta de mano de obra. Nada se razona al respecto en este sentido en el motivo del recurso examinado, donde ni se cita precepto alguno del Estatuto de los Trabajadores que pudiera haber sido infringido por haberse violado las normas mínimas que regulan el contrato, tanto en orden a la aplicación o no de determinado convenio colectivo, como a la conservación de derechos adquiridos. Además, no se debe olvidar que se juzga sobre un despido colectivo cuya calificación es el objeto de la litis y no lo que ocurra con posterioridad a su efectividad. Por ello, las alegaciones de violación de la negociación colectiva, por tratarse de eludir la aplicación de un convenio colectivo, 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. Esta falta de fundamentación del motivo del recurso que se examina justifica su desestimación, máxime cuando tampoco consta que las personas afectadas por el despido colectivo hayan sido contratadas por la adjudicataria del servicio de limpieza, ni en que condiciones.

Cuarto. Sobre la existencia de discriminación.

1. El séptimo motivo del recurso alega la violación del artículo 14 de la Constitución por discriminación salarial indirecta por razón de sexo que sería causa de la nulidad del despido colectivo conforme al artículo 124-2 de la L.R.J.S .. La discriminación indirecta la provocaría, según el recurso, la externalización del servicio de limpieza por estar empleadas en él, principalmente, mujeres, lo que supondría que una práctica aparentemente neutra (la externalización) pondría en desventaja a las mujeres con respecto a los hombres y conllevaría una discriminación salarial para las mujeres contratadas por la empresa a la que se adjudican los servicios externalizados, pues les pagaría menos.

2. Antes de resolver esta cuestión conviene recordar, brevemente, la normativa y doctrina aplicable en esta materia. Las Directivas 76/2007/CE, 75/117/CE y 97/80/CE, quedaron derogadas por el artículo 34 de la Directiva 2006/54/CE que vino a refundirlas y que desde su entrada en vigor (el 16 de agosto de 2006, según su artículo 35) es la norma comunitaria que regula la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. El artículo 2-1 de la nueva Directiva define la discriminación directa y la indirecta en términos que han sido recogidos literalmente por nuestra legislación que la ha desarrollado en la Ley Orgánica 3/2007, de 2 de marzo . El artículo 6 de esta Ley Orgánica define la discriminación directa e indirecta de la siguiente manera:

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del

otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Pero, al transponer la Directiva 2006/54/CE, nuestra Ley, también, implementa el artículo 19 de la misma, sobre la carga de la prueba, y, al efecto, en el artículo 13 dispone:

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Estas normas sobre la inversión de la carga de la prueba tienen su origen en la doctrina del T.J.C.E. y en lo dispuesto en el Convenio 183 de la OIT y vienen a institucionalizar la aplicación del llamado "test de but for", o de la sustitución que el citado Tribunal había venido aplicando para detectar la existencia de discriminación directa o indirecta, en varias sentencias, como las de 8-11-1990, caso Dekker, y la de 3 de febrero de 2000, caso Mahlburg . Este test de sustitución, que ha sido empleado también por esta Sala (SSTS 23 de abril de 2009 (RO 44/2007) y 18 de julio de 2011 (RO 133/2010) consiste en cambiar en la situación contemplada el sexo (u otra circunstancia personal del sujeto) para verificar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas en ese caso, esto es si la no contratación o el despido se habrían producido si el sexo, u otra condición del trabajador, hubiesen sido distintas.

3. La aplicación de la anterior normativa y doctrina al caso que nos ocupa obliga a desestimar el motivo examinado porque la decisión empresarial no se encuentra "directa o indirectamente" relacionada con un tratamiento peyorativo de la mujer, pues 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 decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones, lo que aplicando el "test de but for" nos lleva a concluir que es ajena a toda discriminación indirecta prohibida por la Ley. En efecto, 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. La existencia de discriminación salarial con respecto al futuro escapa a esta litis en la que se resuelve sobre el despido colectivo acordado y no sobre contrataciones futuras e hipotéticas, pues no constan, máxime cuando los hombres recibirán igual tratamiento salarial y cuando la limpieza es un nicho de actividad en el que cada vez son empleados más varones.

Quinto. *Sobre la violación del artículo 10 de la Constitución y la dignidad de la mujer.*

El octavo motivo del recurso alega la infracción del artículo 10 de la Constitución en relación con el artículo 124-2 de la L.R.J.S . por ser contrario a la dignidad de la mujer el despido colectivo fundado en una externalización de los servicios de limpieza, por cuanto ello supone una merma salarial importante.

El motivo no puede prosperar porque, aparte que la dignidad de la mujer no es un derecho fundamental cuya violación conlleve la especial protección que se pretende, al no ser de los comprendidos en el capítulo II del Título I de la Constitución, según el artículo 53 de esta, resulta que no consta esa lesión que se denuncia, sin mayor explicación, y con manifiesto olvido de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución sobre la libertad de empresa, lo que en principio hace lícita la externalización que se combate sin mayores argumentos que los reseñados. Además, los argumentos dados en el anterior fundamento para rechazar la existencia de discriminación por razón de sexo, sirven, también, para rechazar que la externalización que nos ocupa constituya, igualmente, un atentado contra la dignidad de la mujer, por cuánto ese no era el fin perseguido por una externalización que afectaba, igualmente, a los varones.

Sexto. *Sobre la concurrencia de causas organizativas que justifican el despido colectivo.*

1. El noveno motivo del recurso alega la infracción del artículo 51-1 del E.T . en relación con el artículo 124-2-d) de la L.R.J.S . por entender que no concurren las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa, si bien debe precisarse que la sentencia recurrida rechaza la concurrencia de causas productivas al final (penúltimo párrafo) de su fundamento de derecho cuarto, lo que hace que el estudio del presente motivo del recurso deba circunscribirse a la concurrencia de la causa organizativa que si estima el fallo impugnado.

La no concurrencia de causas organizativas fundamenta el recurso en dos tipos de consideraciones. La primera simplista: Con la externalización no ha existido un cambio en la forma de organizar el trabajo, porque la actividad sigue siendo la misma, limpiar las habitaciones y zonas comunes del hotel, con lo que el trabajo no ha

cambiado. La segunda de carácter económico combate a eficiencia de la externalización que no mejora el servicio sino el beneficio, mediante el ahorro de costes, para, seguidamente, añadir, sin que conste en los hechos probados, que otros costes (como el alquiler) se han incrementado y acabar concluyendo que realmente existe una causa económica que se ha enmascarado y no se ha alegado como causa de un despido colectivo cuyo fin es ahorrar costes económicos y preparar la finalización de la actividad en el año 2.022.

El motivo del recurso que nos ocupa, aunque adolece de algunos defectos formales en su articulación por falta de concreción de las infracciones legales cometidas y del concepto en el que lo han sido, cual requiere el artículo 210 de la L.R.J.S ., merece ser examinado, por cuanto precisa que no ha existido ningún cambio organizativo y que lo que existen son causas económicas que no fueron alegadas como causa de la extinción contractual colectiva impugnada.

2. En primer lugar, debe señalarse que las causas que enumera el artículo 51-1 del E.T ., como justificadoras del despido colectivo, están relacionadas entre si porque persiguen el mismo fin: asegurar la viabilidad de la empresa y su adaptación a las circunstancias de todo tipo que concurren en cada momento y a los cambios tecnológicos que se produzcan con el fin de que su viabilidad facilite su supervivencia y el mantenimiento y creación del mayor número de puestos de trabajo. Por ello, si se habla de viabilidad, de posibilidad de supervivencia, pueden afirmarse que esta no es posible si la situación económica de la empresa no es la adecuada, si tiene pérdidas que pueden deberse a las más variadas causas, como no adaptación a los nuevos procesos productivos o a las nuevas tecnologías con la consiguiente pérdida de competitividad. Con lo expuesto se quiere señalar que todas las causas que la ley enumera repercuten en la salud económica de la empresa, pero que la ley distingue entre unas y otras de forma que las económicas, "strictu sensu", son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks, lo que no quiere decir que sólo la baja facturación o su disminución tenga repercusiones económicas, pues la mejora de la situación económica puede producirse empleando nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o de organización de la producción, cambios que, al abaratar los costes, por aumentar la productividad, mejoraran 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".

Lo dicho obliga a rechazar las argumentaciones relativas a que concurren causas económicas que no se alegaron como causa del despido, pero no organizativas, porque la conexión entre cambios organizativos y mejora de la situación económica de la empresa, al abaratare los costes, lo impide, ya que las razones económicas están presentes en todo cambio del proceso productivo, sin que por lo demás, sean de recibo las argumentaciones sobre las intenciones finales de la empresa a largo plazo, máxime cuando carecen de todo apoyo fáctico.

3. Las escuetas alegaciones, sobre la que la externalización no ha supuesto ningún cambio, porque la necesidad de realizar la limpieza subsiste, deben rechazarse por infundadas, pues de antiguo la doctrina de esta Sala viene aceptando, cual señala la sentencia recurrida, la posibilidad de externalizar la realización de trabajos propios de la actividad de la empresa encomendándoselos a otra, lo que es lícito, conforme al art. 38 de la Constitución . En este sentido hemos dicho que " El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores " (STS de 27 de octubre de 1994, Recurso 3724/1993 10 de mayo de 2006, Recurso y 31 de mayo de 2006, Recurso 725/2005). Aunque, también se ha dicho que "..... la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador " (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 3148/2004 que viene a recogerse en la de 2 de marzo de 2009, Recurso 1605/2008).

En este sentido, y con cita de la STS de 30 de septiembre de 1998, Recurso 4489/1997 se ha dicho que " En todo caso se debe hacer referencia -siguiendo la doctrina de esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 1.997 - al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contrata tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial".

Sentada la licitud de la externalización, o descentralización productiva, y acreditado que el nivel de ocupación de los hoteles había disminuido de forma importante, lo que producía una merma de los ingresos y acababa ocasionando pérdidas, la cuestión queda reducida a determinar si, acreditada la causa, la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema y paliar sus efectos. La respuesta debe ser positiva por las siguientes razones: Primera porque la externalización en cuanto supone un cambio de los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 51-1 del E.T .. Segunda porque era necesario tomar medidas para solucionar los acreditados 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. Tercera porque la medida era idónea para atajar el problema y razonable en términos de proporcionalidad. En efecto, 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 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.

Procede, por tanto, desestimar el motivo del recurso examinado.

Séptimo. *Sobre la razonabilidad del despido colectivo impugnado.*

El último motivo del recurso alega la infracción del artículo 51-1 del E.T . por entender la recurrente que la medida impugnada no era idónea ni razonable.

El motivo no puede prosperar por los defectos de forma existentes en su formulación, al no adaptarse a las exigencias del artículo 210-2 de la L.R.J.S . que fueron descritas y analizadas en el n.º 1 del Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución que aquí se da por reproducido. En efecto, como señala el Ministerio Fiscal, el recurso no contiene la más mínima fundamentación sobre la infracción que alega, como evidencia la simple lectura del mismo que remite a este Tribunal su elaboración de oficio, cual muestra al decir "corresponde a ese Tribunal velar por el derecho laboral, y por los trabajadores... por ello debe velar ese Tribunal por la decisión más justa en un caso como el de autos". No es esa la misión de este Tribunal en un recurso extraordinario porque violaría el principio constitucional de igualdad de partes que deriva del artículo 24 de la Constitución y dejaría indefensa a la parte demandada que no habría podido impugnar los argumentos que este Tribunal diese "ex novo". Procede por ello, desestimar el motivo examinado, desestimación que corrobora, igualmente, el contenido del fundamento anterior.

Octavo.

Los argumentos contenidos en los anteriores fundamentos obligan, como ha interesado el Ministerio Fiscal, a la íntegra desestimación del recurso. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. David Moya García, en nombre y representación de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao, D. Héctor, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de noviembre de 2014, en actuaciones n.º 663/2014, seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Jon, D. Nicanor, D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL S.A.. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa Maria Viroles Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel

Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación 104/2015, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Jordi Agusti Julia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación núm. 104/2015 para sostener la posición que sostuve en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará en el apartado "segundo", en el hecho que no se reconozca que nos encontramos ante una externalización sin límites, que sólo puede ser calificada de 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, cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es a costa de un descenso de hasta el 50% de los salarios de las trabajadoras. Una externalización ilícita por abusiva, como vulneradora de derechos fundamentales -entre ellos la dignidad- de los trabajadores, que debió tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, pues no se constata elemento alguno que impidiera a la empresa adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia y ahorro. Es conforme a nuestra doctrina que el "...artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador " .

Y es en este sentido que, como se adelanta, la que suscribe funda este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.

Muestro mi conformidad con lo resuelto en los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia. Efectivamente, y en los términos que la que suscribe expresó en la deliberación:

Sobre la pretensión y demanda- Por D. Jon, D. Nicanor . D. Purificacion, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a. Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor, se formula demanda de Despido Colectivo, frente a MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL SA en la que se pide que se declare que el despido colectivo efectuado por la empresa demandada es:

1.º NULO al estar ante un caso de DISCRIMINACIÓN INDIRECTA el supone vulneración del artículo 14 de la Constitución Española .

Ya que los criterios de selección que han sido tenidos en cuenta para la designación de las trabajadoras afectadas por los despidos, es discriminatorio puesto que atentan contra el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, dado que las 43 despedidas son mujeres.

En el Hotel Meliá Barajas de 108 trabajadores se ha despedido a 25 trabajadoras lo que supone el 24,07 por ciento de la plantilla y en el Hotel Tryp Alameda de 54 trabajadores se ha despedido a 18 trabajadoras lo que supone el 33,33 por ciento de la plantilla. No hay ni un solo hombre afectado.

La externalización del servicio de Pisos y Limpieza, conlleva la precarización de las condiciones laborales, ya que ellos mismos reconocen que los salarios son casi un cincuenta por ciento menos.

Por ello entiende la demandante que existe una discriminación indirecta por razón de sexo, que atenta contra el Artículo 14 de la Constitución Española .

2.º Subsidiariamente se estima que el despido debe ser declarado NULO por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva integrada en el artículo 28 de la Constitución Española, por vulnerar lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid.

3º Subsidiariamente interesa que se declare NULO por vulneración del artículo 10 de la Constitución Española, ya que la medida adoptada de extinción supone la precarización extrema de las condiciones de trabajo que atentan gravemente a la dignidad de la persona.

4º Subsidiariamente, que el despido sea declarado IMPROCEDENTE por carecer el mismo de causa que lo justifique por no encontrarnos en el caso de autos ante una causa organizativa ni productiva, sino ante una causa económica que no ha sido negociada por la empresa en el ERE; y subsidiariamente para el caso de que por ese Tribunal se dieran por acreditadas la existencia de causa organizativa y/o productiva, la decisión adoptada por la empresa ha de estimarse que no es razonable, idónea ni adecuada por no estar ante una amortización de puesto de trabajo sino ante una decisión de política empresarial que nada tiene que ver con las causas alegadas

en el ERE y encontramos realmente ante una situación de DUMPING SOCIAL, que lleva a la precarización leonina de las condiciones de trabajo.

Y que se declare asimismo por la Sala de instancia, para el caso de que el despido fuera declarado NULO, el derecho de las trabajadoras afectadas a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS 36/2011.

Sobre la sentencia recurrida-

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ Madrid de 19 de noviembre de 2014 (proc. 663/2014), que desestima la demanda, declarando ajustado a derecho el despido colectivo adoptado por la empresa MELIÁ.

La sentencia rechaza la existencia de discriminación en la elección de las trabajadoras, así como la vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva. Y, en el análisis de las causas, tras señalar que la causa invocada no es económica, y rechazar la existencia de causa productiva, señala que se está ante una causa organizativa por existir una baja productividad que provoca mayor coste del servicio.

Sobre el recurso de casación-

1- Se formaliza recurso de casación por la parte actora, D. Jon, D. Nicanor . D. Purificación, D. Sergio, D. Carlos Ramón, D. Marco Antonio, D^a. Carlota, D^a Fidela, D. Cecilio, D. Estanislao y D. Héctor, formulando cinco motivos de revisión de los hechos probados, y denunciando como infringidos los arts. 28 CE, por entender vulnerada la negociación colectiva integrada dentro de la libertad sindical; subsidiariamente, art. 14 CE, al entender que existe discriminación indirecta por razón de sexo, con una discriminación salarial evidente; art. 10 CE por vulneración de la dignidad de la mujer; y por último art.51.1 ET, todos ellos en relación con el art. 124.2.d) y 124.2.11 de la LRJS . Concluye interesando se declare la nulidad del despido, o subsidiariamente como no ajustado a derecho.

2- El recurso es impugnado por la empresa demandada Meliá Hotels International SA, que interesa la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida, si bien aduciendo dos motivos subsidiarios de fundamentación del fallo.

3- El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

Sobre la revisión de los hechos probados-

Se formulan por el recurrente cinco motivos de revisión de los hechos probados al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, para que se introduzca al relato fáctico de instancia, el redactado que propone, y aunque sin la claridad deseada, insiste básicamente en que se constate que tanto el Hotel Meliá Barajas como el Hotel Tryp Alameda son hoteles de cuatro estrellas, y de ello introduce los gastos y previsión de gastos, que estima corresponden.

Procede la desestimación de los cinco motivos formulados por el recurrente al amparo del art. 207 d) de la LRJS, pues como recuerda la doctrina de esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que "el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcance éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos : a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Igual criterio en relación a la alegación de errónea valoración de la prueba, ha seguido esta Sala IV/ TS, entre otras en sentencia de 7 de octubre de 2011 (rco 190/2010) recuerda los presupuestos para que proceda en casación ordinaria la revisión fáctica, con cita de la STS/IV 19-julio-2011 (rco 172/2010), y SSTs. de 12 de Marzo de 2002 (rec. 379/01), 6 de Julio de 2004 (rec. 169/03), 18 de abril de 2005 (rec. 3/04) y 12 de Diciembre de 2007 (rec. 25/07), respecto del error en la apreciación de la prueba tiene reiteradamente declarado esta Sala (Auto de 5 de marzo de 1992 y Sentencias de 2 de junio de 1992, 31 de marzo de 1993 y 4 de noviembre de 1995).

Al respecto, en nuestra STS/IV de 16 de julio de 2015 (rco. 180/14) resalta nuestra doctrina sobre la revisión de hechos en este trámite extraordinario de casación, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, señala que es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: "a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rco 1959/91 -; [...] SG 03/12/14 -rco 201/13 -; [...] y SG 25/02/15 -rco 145/14 -).

Tan genéricas afirmaciones únicamente se alcanzan a comprender en toda su amplitud teniendo en cuenta ya más concretas precisiones de la Sala en orden a los antedichos requisitos. Cuales son -aparte de las que se dirán respecto de los concretos motivos revisorios-: a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [recientes, SSTS 02/07/14 - rco 241/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y 15/09/14 -rco 167/13 -]; b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 -rco 2080/00 -; [...] 08/07/14 -rco 282/13 -; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -); y c) que los documentos al efecto invocados «deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable», hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 -rco 167/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y SG 18/07/14 -rco 11/13 -).

En el presente caso, como se ha indicado, no concurren los señalados requisitos jurisprudenciales. Las adiciones propuestas tienden a acreditar que la única causa que podría concurrir es la económica, que es justamente la que no fue alegada por la empresa, y que la sentencia recurrida no examina por no invocada. No obstante ello, el hecho básico de la pretensión de que conste que los Hoteles en cuestión son de cuatro estrellas, ya consta de forma expresa acreditado (h.p. tercero y cuarto). Por otro lado, lo que se pretende es una nueva revisión de los hechos declarados probados para sustituir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, por otra de signo subjetivo, lo cual está vedado a la Sala por contrario a la doctrina expuesta. Han de desestimarse pues los motivos de revisión fáctica, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

Por las mismas razones ha de rechazarse la pretendida adición de dos hechos probados por parte del impugnante del recurso.

Segundo. Motivos de censura jurídica-

La discrepancia de la que suscribe se encuentra en los fundamentos de derecho tercero a séptimo.

Se formulan los motivos de recurso sexto al décimo, al amparo del art. 207 e) de la LRJS, denunciando como infringidos los arts. 28 CE, por entender vulnerada la negociación colectiva integrada dentro de la libertad sindical; subsidiariamente, art. 14 CE, al entender que existe discriminación indirecta por razón de sexo, con una discriminación salarial evidente; art. 10 CE por vulneración de la dignidad de la mujer; y por último art.51.1 ET, todos ellos en relación con el art. 124.2.d) y 124.2.11 de la LRJS .

Interesa, en definitiva el recurrente en estos motivos de recurso, -aunque faltos de una concreta motivación de la infracción alegada-, que se declare la nulidad del despido, por existir una discriminación indirecta por razón de sexo, vulneración de la libertad sindical y atentado a la dignidad de la persona; y subsidiariamente que se declare la medida extintiva no ajustada a derecho por inexistencia de causa organizativa, ni productiva, que son las alegadas.

Para la resolución de estos motivos, se hace necesario resaltar los hechos que la sentencia recurrida ha declarado como probados de interés en este momento procesal, que nos conducirá a un mejor entendimiento de la cuestión. Así, se declara probado que:

- El Hotel Meliá Barajas es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 229 habitaciones, piscina, centro de convenciones de 1.300 metros cuadrados y 14 salas de reuniones con capacidad para un máximo de 600 personas (h.p. 3.º).

- El Hotel Tryp Alameda es un hotel de cuatro estrellas y cuenta con 149 habitaciones y 7 salas de reunión con una capacidad máxima de 200 personas (h.p. 4.º).

- El 16 de junio de 2014, la empresa demandada comunicó a la representación legal de los trabajadores de los centros de trabajo de Hotel Meliá Barajas y Tryp Alameda la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo por causas productivas y organizativas (h.p. 5.º).

- El día 1 de julio de 2014 se constituyó la comisión negociadora y se produjo la primera reunión del periodo de consultas que concluyó en la última reunión, del día 12 de agosto de 2014, sin acuerdo. Se encuentran incorporadas a las actuaciones las actas de cada una de las reuniones que se dan por reproducidas (h.p.5.º).

- Entre los días 25 y 26 de agosto de 2014 la empresa notificó a la Comisión representativa de los trabajadores en el despido colectivo su decisión final de despedir 43 trabajadores del Departamento de piso/limpieza (h.p. 5.º).

- La empresa demanda ha externalizado el servicio Departamento de Pisos/limpieza a la empresa Lloyd Outsourcind, SLU que presta el servicio concertado - limpieza de habitaciones y zonas comunes- con un total de 52 trabajadores, de los cuales 49 son trabajadoras (h.p. 6.º).

- Los costes de externalización de servicios de camareros de pisos y limpieza (Dpto. de Pisos y Limpiezas -Habitaciones-) en el mes de septiembre de 2014 fue de 46.749,78 euros (38.636,18 euros sin IVA) por 5.758 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,71 euros, en el Hotel Meliá Barajas y de 28.790,76 euros (23.794,02 euros sin IVA) por 3.753 habitaciones limpias estándar, a razón de 6,34 euros, en el Hotel Tryp Alameda (h.p.6.º).

- En la empresa demandada, el 92% de la plantilla que presta servicios en el Departamento de pisos de sus 113 hoteles está compuesta por mujeres (h.p. 7.º).

- Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el despido colectivo se rigen por el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad Autónoma de Madrid (h.p. 8.º).

- Los trabajadores afectados por la medida extintiva son los que se recogen en la relación nominativa que se contiene en el hecho primero de la demanda. Del número de trabajadores afectados por el despido en el Hotel Meliá Barajas hay 23 mujeres y 2 hombres y en el Hotel Tryp Alameda hay 17 mujeres y 1 hombre (h.p. 9.º).

A- Respecto a la discriminación indirecta-

Señala la sentencia recurrida en relación a la discriminación indirecta, con remisión a la STS/IV de 14 de mayo de 2014 (rcud. 2328/2013), que a su vez lo hace a la doctrina constitucional:

" Conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, tal como igualmente sostiene esa misma resolución del TC, compendiada por la nuestra del 18-7-2011 : «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta», «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social" (TS de 14 de mayo de 2014, Recurso 2328/2013).

Señala la sentencia recurrida que, "es cierto que el despido colectivo que se ha provocado como consecuencia de haberse externalizado el Departamento de Pisos y Limpieza afecta, en su gran mayoría, a mujeres. Pero en este caso, esa circunstancia no ha sido la que ha motivado la decisión empresarial impugnada en este proceso porque existen criterios objetivos que, ajenos a la condición de los trabajadores, han motivado la medida extintiva, y que la afectación a las mujeres solo ha sido consecuencia de ser una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configurada por personas del sexo femenino mayoritariamente y, en concreto, en la empresa demandada, el personal femenino del Departamento de pisos alcanza el 92% de la plantilla de sus 113 hoteles". Además, -señala- "no hay que ignorar que la externalización afecta a todo el Departamento de Pisos/Limpieza y que dentro de los distintos servicios que ofrecen los centros hoteleros implicados la disminución que a ellos alcanza trae causa principal del descenso de habitaciones ocupadas y es en este foco en donde se encuentra la razón de adoptar decisiones que permitan superar esa situación".

Asimismo, como señala la STC 253/2004: "(...) cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial - STJCE de 27 de junio de 1990 -,

trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo - STJCE de 9 de febrero de 1999 -, trabajadores con menos fuerza física - STC 149/1991 -- etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE» (STC 145/1991, de 1 de julio, F. 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, F. 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).".

Sobre esta materia resulta de aplicación la Directiva 2006/54/CE que refunde las Directivas que deroga 76/2007/CE, 75/117/CE y 97/80/CE, que tal como igualmente sostiene esa misma resolución del TC, compendiada por la nuestra del 18-7-2011 señala: «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta», «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social".

"Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

"En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)». Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska* ; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz* ; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel* ; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez* ".

En el presente caso, cierto es que la situación pudiere ser de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres afectadas; 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 el Departamento de Pisos y Limpieza afecta, en su gran mayoría, a mujeres. Pero no se constata acreditado que sea otra circunstancia la que haya motivado la decisión empresarial impugnada en este proceso ni que existan criterios objetivos que, ajenos a la condición de las trabajadoras, aunque muy directamente relacionados, pues la afectación a las mujeres ha sido

consecuencia de ser 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, que trata de evitar la norma convencional aplicable con la previsión de planes de igualdad. Cierto es que la discriminación indirecta podría apreciarse no sólo en mujeres sino también en varones, aunque no es el caso. Y lo importante aquí y ahora es que la discriminación indirecta en el acceso, no se discute en el presente caso.

B- Sobre la NO concurrencia de las causas alegadas, y la ILICITUD DE LA EXTERNALIZACIÓN POR ABUSIVA-

1- La sentencia recurrida acota el examen de las causas, señalando que la causa invocada no es económica, sino organizativa o de producción (esta última abandonada ya por el recurrente). Refiere que "no se trata realmente de reducir un coste de producción -el coste del servicio de pisos/limpieza- sino de reestructurar un servicio que ofrece un nivel de producción negativo y que, siendo este el principal, su déficit repercute lógicamente, en otros servicios complementarios"; y sigue señalando que lo que se busca es "una mejor oferta del servicio que pueda incrementar el nivel de producción".

El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores dispone, a efectos del despido colectivo que "Se entiende que concurren (...) causas organizativas 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 y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado". Incidiendo en ello, el artículo 38 CE, dispone que las empresas pueden descentralizar la producción o su forma de organización.

La sentencia recurrida analiza la doctrina del TS/IV sobre la incidencia de una externalización de un servicio o descentralización productiva de la empresa. Así: " El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores " (STS de 27 de octubre de 1994, Recurso 3724/1993 10 de mayo de 2006, Recurso y 31 de mayo de 2006, Recurso 725/2005). Aunque, también se ha dicho que "..... la mera decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios es desde luego legítima, pero ha de recordarse que el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador " (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 3148/2004 que viene a recogerse en la de 2 de marzo de 2009, Recurso 1605/2008).

En este sentido, y con cita de la STS de 30 de septiembre de 1998, Recurso 4489/1997 se ha dicho que " En todo caso se debe hacer referencia -siguiendo la doctrina de esta Sala en su sentencia de 21 de marzo de 1.997 - al debate doctrinal relativo a si una descentralización productiva de la empresa o externalización de funciones a través de contrataciones tiene encaje en tal causa en todo caso o solo cuando concurren determinadas circunstancias; la solución correcta es la última en el sentido de que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial "; doctrina ésa ratificada por las Sentencias de 3 y 4 de octubre de 2.000 (Rec. 621/2000 y 4098/1999), dictadas en Sala General" (STS de 11 de octubre de 2006, Recurso 148/2004 ya citada anteriormente) .

2- La sentencia -voto mayoritario-, rechaza la existencia de discriminación, "porque la decisión empresarial no se encuentra "directa o indirectamente" relacionada con un tratamiento peyorativo de la mujer, pues 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 decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones, lo que aplicando el "test de but for" nos lleva a concluir que es ajena a toda discriminación indirecta prohibida por la Ley. En efecto, 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. La existencia de discriminación salarial con respecto al futuro escapa a esta litis en la que se resuelve sobre el despido colectivo acordado y no sobre contrataciones futuras e hipotéticas, pues no constan, máxime cuando los hombres recibirán igual tratamiento salarial y cuando la limpieza es un nicho de actividad en el que cada vez son empleados más varones".

Seguidamente, en relación con el motivo octavo del recurso en el que se alegaba la infracción del art. 10 CE en relación con el art. 124-2 LRJS, señala el voto mayoritario, que se olvida "lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución sobre la libertad de empresa, lo que en principio hace lícita la externalización que se combate sin mayores argumentos que los reseñados".

Sigue el voto mayoritario señalando (FD 6.º) tras señalar en relación a la concurrencia de causas que justifiquen el despido, que el estudio del motivo ha de circunscribirse a la concurrencia de la causa organizativa, aún así, refiere que "debe señalarse que las causas que enumera el artículo 51-1 del E.T., como justificadoras del despido colectivo, están relacionadas entre sí porque persiguen el mismo fin: asegurar la viabilidad de la empresa y su adaptación a las circunstancias de todo tipo que concurren en cada momento y a los cambios tecnológicos que se produzcan con el fin de que su viabilidad facilite su supervivencia y el mantenimiento y creación del mayor número de puestos de trabajo. Por ello, si se habla de viabilidad, de posibilidad de supervivencia, pueden afirmarse que esta no es posible si la situación económica de la empresa no es la adecuada, si tiene pérdidas que pueden deberse a las más variadas causas, como no adaptación a los nuevos procesos productivos o a las nuevas tecnologías con la consiguiente pérdida de competitividad. Con lo expuesto se quiere señalar que todas las causas que la ley enumera repercuten en la salud económica de la empresa, pero que la ley distingue entre unas y otras de forma que las económicas, "strictu sensu", son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks, lo que no quiere decir que sólo la baja facturación o su disminución tenga repercusiones económicas, pues la mejora de la situación económica puede producirse empleando nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o de organización de la producción, cambios que, al abaratar los costes, por aumentar la productividad, mejoraran 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".

Lo dicho obliga a rechazar las argumentaciones relativas a que concurren causas económicas que no se alegaron como causa del despido, pero no organizativas, porque la conexión entre cambios organizativos y mejora de la situación económica de la empresa, al abaratare los costes, lo impide, ya que las razones económicas están presentes en todo cambio del proceso productivo, sin que por lo demás, sean de recibo las argumentaciones sobre las intenciones finales de la empresa a largo plazo, máxime cuando carecen de todo apoyo fáctico".

Insiste el voto mayoritario en que " El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa".

Entiende que la cuestión " queda reducida a determinar si, acreditada la causa, la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema y paliar sus efectos ", y que la respuesta debe ser positiva, porque "la externalización en cuanto supone un cambio de los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 51-1 del E.T. ".

Rechazo de las afirmaciones que contiene el voto mayoritario al respecto-

Las afirmaciones que se acaban de exponer, han de rechazarse, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario por las siguientes razones:

Como se ha señalado, 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, que en el caso trata de evitar -si bien de futuro, porque en la actualidad brilla por su ausencia- la norma convencional aplicable con la previsión de planes de igualdad; pero como se ha indicado, esta cuestión no se discute en el presente caso.

La sentencia -voto mayoritario- tras avanzar que analizará la licitud o no de la externalización, omite hacerlo y considera que es lícita porque lo prevé 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 relativas a la adaptación a nuevos procesos productivos o a las nuevas tecnologías, disminución de ingresos o ventas y a la acumulación de stocks, etc. obviando el servicio concreto que en el caso examinado vienen realizando en la empresa las trabajadoras afectadas. Entiendo que 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- que no sea la reducción de costes de personal que va a suponer para la empresa, 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.

Cierto es que la decisión de externalizar un servicio puede ser legítima y constituir una causa organizativa, pero como se ha reiterado por nuestra doctrina, "... el repetido artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador ", y ello es lo que ha

sucedido en el caso en términos que resultan intolerables, atendiendo a las consecuencias que sin duda vulneran la dignidad de los trabajadores (sean varones o mujeres), que abocan al dumping social.

La externalización del servicio que atiende las habitaciones/limpieza, va a suponer, sin duda alguna, una reducción de costes, aunque solo sea con la rebaja salarial que va a comportar, y si bien se señala como elemento objetivo la baja ocupación hotelera, lo cierto es que la empresa va a continuar -por ser imprescindible- con el servicio aunque a menor coste, que sin lugar a dudas influye en la rentabilidad final de la empresa.

Y es que, esta externalización sin límites, sólo puede ser calificada de 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, cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es a costa de un descenso de hasta el 50% de los salarios de las trabajadoras. Una externalización ilícita por abusiva, como vulneradora de derechos fundamentales -entre ellos la dignidad- de los trabajadores, ha de tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, pues no se constata elemento alguno que impidiera a la empresa adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia.

C-Sobre el control judicial y la FALTA DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD del despido colectivo impugnado-

Sentado cuanto precede, y como continuación de lo expuesto en el apartado anterior, cabe ahora examinar si objetivamente la empresa demandada ha acreditado en las fases jurisdiccionales precedentes de este litigio, la concurrencia de "dificultades" o problemas de gestión de entidad suficiente para justificar la amortización de los puestos de trabajo, y en segundo lugar si la externalización de actividades que ha sido la causa inmediata de las extinciones contractuales constituye una respuesta o reacción razonable a tales dificultades, de acuerdo con el patrón de conducta del buen comerciante.

Como señala esta Sala IV/TS, entre otras, en las SSTs. de 27-01-2014 (rec. 100/2013) y 26-3-2014 (rec. 158/2013) tras la reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012, a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada. Y así se señala que : "Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas [SSTs 19/03/01 -rcud 1573/00 -; 24/09/12 -rco 127/11 -; 12/11/12 -rco 84/11 -; y 12/03/13 -rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» - y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de 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 modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales.

Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad] ...

La cuestión radica entonces -en el presente caso-, en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar -por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable [reproche que en concreto hace la parte recurrente], o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta."

Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales 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 acordada.

En definitiva, es decisorio que la descentralización constituya una medida de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada, en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Ello no consta acreditado en el presente caso, pues no es razonable la medida sin que se constate que, efectivamente, la decisión empresarial responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa. Por la empresa se invocan razones organizativas -no económicas- y procede a la externalización del servicio de limpieza de pisos por la simple razón de obtención de un mayor beneficio empresarial; 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.

Por cuanto antecede, y contrariamente a lo señalado por el voto mayoritario de la Sala, dicho sea con absoluto respeto al mismo, debió estimarse que el despido colectivo impugnado era nulo, con las consecuencias legales inherentes a tal calificación.

Es en el sentido expuesto que la que suscribe discrepa del voto mayoritario de la Sala.

Madrid, a veinte de noviembre de 2015

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, así como el voto particular formulado por la Magistrada Excmo. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. Don Fernando Salinas Molina, Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, y Don Jordi Agusti Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.