

La reforma laboral aprobada por la Ley 35/2010, en cuanto sustituye al Real Decreto Ley 10/2010, se lleva a cabo en el marco de una grave crisis económica, con masiva destrucción de empleo. Dicha crisis, según señala la exposición de motivos, habría dejado al descubierto algunas disfuncionalidades del mercado de trabajo español que explicarían las razones de lo que denomina “*elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico*”, de manera que la creación de puestos de trabajo sería en España mucho mayor en las fases expansivas del ciclo y, por el contrario, la destrucción de empleo tendría también una mayor intensidad en las fases de recesión.

Los elementos que, en este contexto, justifican la reforma son esencialmente tres:

1º La segmentación entre trabajadores fijos y temporales, que la reforma dice querer corregir.

2º El aumento de las posibilidades de flexibilidad interna.

3º La atención a determinados colectivos, que se ven discriminados en el acceso al empleo y, relacionada en algún modo con este último objetivo, la reforma en los mecanismos de colocación y de intermediación laboral.

La reforma aborda también la modificación de la regulación legal de la extinción del contrato por causas objetivas y del despido colectivo. Sin embargo, y a pesar del intenso debate suscitado sobre este tema -que prácticamente monopolizó el cruce de opiniones sobre la reforma laboral en el periodo previo a la misma- el cambio en la regulación legal de la extinción del contrato de trabajo no perseguiría –si seguimos el argumento contenido en la exposición de motivos- tanto abordar disfuncionalidades en el mercado de trabajo, ni modificar de forma sustancial su regulación, sino dotar de “*una mayor certeza tanto a trabajadores como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial*”. Por ello, señala “*se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva, se refuerza el principio de causalidad en la extinción y se integra en la propia regulación la interpretación que los órganos jurisprudenciales han hecho de las causas de despido objetivo*”.

Debemos rechazar por tanto que la reforma deba suponer, en su interpretación por los órganos judiciales, una rebaja en el nivel de exigencia de las causas justificativas de la extinción. Los criterios para abordar el enjuiciamiento de las extinciones por causas objetivas –y de los despidos colectivos- deberán seguir siendo los plasmados en el cuerpo de doctrina

jurisprudencial ya conocida y producto de la interpretación que el Tribunal Supremo ha venido haciendo de la anterior regulación del precepto -en parte incorporados al texto legal- y los principios que los inspiran. Queda por ver si, efectivamente, la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2010 ha logrado la clarificación que dice perseguir.

CONCRECIÓN DEL ALCANCE DE LA REFORMA

La reforma lleva a cabo la unificación de las causas justificativas de la extinción, tanto por la vía del artículo 52,) del Estatuto de los Trabajadores como en los casos de despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. En la redacción anterior la regulación, y el grado de exigencia para entender justificada la extinción, variaba según nos encontráramos ante una extinción por causas objetivas o ante un despido colectivo, especialmente cuando la extinción venía fundamentada en causas productivas, técnicas u organizativas. En estos casos, el artículo 51 exigía

“garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”

Por su parte el artículo 52,c) ET, para el mismo supuesto de extinción basada en causas productivas organizativas o técnicas señalaba que se trataba de una medida necesaria

“para contribuir a superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa ya sea por su posición competitiva en el mercado o por las exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de sus recursos”.

Por su parte, las causas económicas, con regulación común para las dos vías extintivas, debían *“contribuir a superar una situación económica negativa de la empresa”.*

La nueva regulación de la causa está contenida en el artículo 51,1 del RDL 1/1995, Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 52,c) del mismo texto legal. Se trata, efectivamente, de una regulación más extensa y más detallada, que recoge en parte la doctrina jurisprudencial sobre la materia y de la que, en sus consecuencias prácticas, podemos destacar dos aspectos fundamentales:

1º Introduce, tanto en la regulación de las causas de tipo económico como en las productivas técnicas y organizativas lo que podríamos denominar el “despido preventivo”, esto es, la extinción con motivo de “*pérdidas previstas*”, en el caso de las causas económicas y, en el caso de las causas productivas organizativas o de producción, autoriza la extinción “*para prevenir una evolución negativa de la empresa...*”, no para superar una situación que impedía el buen funcionamiento de la empresa, tal como exigía la anterior regulación.

2º En el caso de las causas productivas, técnicas y de organización asimila la regulación de la causa con la ya existente para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y para los traslados, sin que del texto legal se deduzcan con claridad las situaciones que en cada caso concreto permitan acudir a una u otra medida.

Pretendiendo en esta comunicación una aproximación a la “causa” justificativa de la extinción, abordaremos separadamente su estudio según se trate de causas de tipo económico y de tipo productivo, organizativo o técnico:

CAUSAS ECONÓMICAS.

En la actual regulación, para el examen de la concurrencia de las causas económicas justificativas de la extinción se ha de partir de los resultados económicos de la empresa y de los mismos habrá de deducirse una situación económica negativa en forma de pérdidas actuales o previstas, o de disminución persistente de nivel de ingresos, que hagan peligrar la viabilidad de la misma o su capacidad para mantener el nivel de empleo. Una vez acreditada esta situación de partida, se debe llevar a cabo el juicio de razonabilidad, esto es, la acreditación de la finalidad del despido como medio útil para mejorar la situación –la competitividad de la empresa.-

Vemos cómo, efectivamente, se mantiene la causalidad del despido, siendo necesario acreditar una situación económica negativa. Se mantiene igualmente el juicio de viabilidad, de forma que tal situación económica negativa debe tener especial relevancia, afectando a la viabilidad misma de la empresa y del empleo y, por último, se exige la denominada “conexión de funcionalidad” entre la medida adoptada y la mejora de la situación de la empresa.

Efectivamente se ha recogido en la delimitación de la causa del despido, y en la ponderación de la misma, la doctrina jurisprudencial que se plasmó por vez primera en las sentencias del Tribunal Supremo de 24-4-1996 y 14-6-1996 (caso COPE). Dicha sentencia, asumiendo el reto de clarificar (aún con las dificultades propias de un recurso de unificación que debe partir de la identidad de los supuestos, exigencia difícil, si no imposible, en materia de despido) el alcance del despido objetivo marcó unas pautas que parecen haber sido recogidas en la reforma normativa. Los elementos que, siguiendo la citada sentencia, deben integrar el despido objetivo son, en primer lugar la existencia de un factor desencadenante, que en el caso de que las causas sean de tipo económico, habrá de ser la existencia de pérdidas de explotación de tal entidad que hagan peligrar la viabilidad de la empresa, en segundo lugar la efectiva amortización de puestos de trabajo y por último una conexión de funcionalidad entre la decisión adoptada y la superación de la situación económica negativa. Posteriormente otras sentencias han precisado o matizado esta doctrina en el sentido que es de ver en las mismas.

Analizaremos separadamente las diversas exigencias y supuestos

De los resultados habrá de deducirse una situación económica negativa.

a.- los resultados.

Ha de partirse por tanto de los resultados de la empresa. Dichos resultados habrán de ser los resultados de explotación, sin que deban tenerse en cuenta a estos efectos los resultados negativos producto de operaciones financieras u otras similares. Los resultados habrán de manifestarse en forma de pérdidas actuales, previstas o disminución persistente del nivel de ingresos.

Han de aparecer referidos a la empresa en su conjunto, no al concreto centro de trabajo o unidad productiva. Incluso, como luego analizaremos más extensamente, han de tener como referencia el grupo de empresas en los casos en los que la empresa aparezca integrada en un grupo de empresas que reúna los requisitos precisos para ser considerado como tal.

b) Las pérdidas actuales. Habrán de ser cuantiosas y persistentes. Por lo menos en el caso de las pérdidas actuales. Siguiendo la doctrina jurisprudencial sobre la materia, no basta con pérdidas aisladas o de escasa

cuantía, sino que habrán de ser de entidad tal que hagan peligrar la viabilidad de la empresa.

c) especial mención merece la referencia a las pérdidas previstas o a la disminución persistente del nivel de ingresos. Éste resulta ser, como ya anticipábamos, uno de los puntos novedosos –y conflictivos- de la reforma. La jurisprudencia (STS de 11-6-2008, 29-9-2008, 31-5-2006) venía exigiendo pérdidas continuadas, que no podían limitarse a un solo ejercicio económico, cuantiosas y debían comprometer la solvencia de la empresa. No se aceptaban las meras previsiones de futuro. Sin embargo la previsión de pérdidas aparece, por vez primera incorporada al texto legal como causa justificativa de la extinción. Debemos por ello abordar el alcance que se le debe atribuir a esta expresión. En este sentido consideramos que la previsión de pérdidas, o la disminución persistente del nivel de ingresos, no puede basarse en una mera hipótesis de futuro, sino que habrá de ser objeto de prueba plena y fehaciente, siendo conscientes de la dificultad que ello implica. Ha de tratarse de hechos económicos que ya inciden en la realidad económica de la empresa y que por ello ya pueden ser acreditados. Llegados a este punto, resulta difícil encontrar un supuesto en que esta previsión de pérdidas aparezca desvinculada de una causa directamente productiva, como puede ser la pérdida de un cliente de referencia o de una contrata en el caso de empresas prestadoras de servicios. Quizá podría plantearse también en caso de fluctuaciones monetarias o económicas que en todo caso deberían tener ya repercusión directa en la situación económica y poder ser objeto de prueba.

El concepto de situación económica negativa.

A pesar de las precisiones efectuadas en la delimitación de la causa, la nueva regulación del despido objetivo continúa exigiendo la concurrencia de una situación económica negativa, vinculada por tanto a la crisis de la empresa, y ello tanto en los casos de pérdidas actuales, respecto de las que continúa siendo aplicable la doctrina jurisprudencial anterior en cuanto a su persistencia y entidad, como de las pérdidas previstas y la disminución del nivel de ingresos, situaciones que deberán ser abordadas con las cautelas antes mencionadas y exigiéndose en todo caso que de las mismas derive una situación de crisis, una situación económica negativa.

El juicio de viabilidad.

La situación económica negativa ha de comprometer realmente la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el empleo. Ha de ser una necesidad actual, no futura y, además, es preciso acreditar su carácter estructural y no coyuntural, dado que en este último caso podrían aplicarse otras medidas tales como la suspensión del contrato de trabajo, a través del correspondiente expediente de regulación de empleo (artículo 47 ET).

El juicio de viabilidad implica efectivamente una evaluación de las perspectivas de la empresa, los recursos con los que cuenta y su competitividad en el mercado. Se trata de un juicio pericial y está sometido a la prueba de su existencia.

El juicio de razonabilidad

El juicio de razonabilidad viene referido a la denominada “conexión de funcionalidad”, mencionada por la sentencia de 14-6-1996, antes aludida. Una vez acreditada tanto la situación económica negativa como el riesgo que ésta supone para la viabilidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, se hace necesario acreditar que la medida adoptada, la amortización de puestos de trabajo, va a contribuir a la mejora de la competitividad. En definitiva debe acreditarse que se trata de una medida útil y necesaria para superar la situación económica negativa. Implica también un juicio de proporcionalidad. No todas las situaciones de pérdidas autorizan a extinguir los contratos de trabajo ni en cualquier número.

Debemos precisar que, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha parecido sugerir que la simple existencia de pérdidas es suficiente para validar la extinción, al considerarse que la amortización del puesto de trabajo va a conllevar de forma automática y directa la reducción de los costes salariales, es lo cierto que en ningún caso cabe excluir la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad de la medida. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29-9-2008 señala que *“con carácter general es cierto que la reducción de costes de personal contribuye a reducir las pérdidas de una empresa, pero esta conexión no es automática; no establece una relación directa entre el nivel de pérdidas y el número de los despedidos y tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda*

derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta deba perseguir”.

CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN.

La nueva redacción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores contiene, por vez primera, una definición de dichas causas, que también se lleva a cabo siguiendo los términos marcados por la jurisprudencia y en concreto por la sentencia de 14-6-1996, y otras que han seguido la pauta por ella establecida. Las causas técnicas hacen referencia a los medios o instrumentos de producción, las organizativas a los métodos o sistemas de trabajo y las productivas al acomodo a los cambios en la demanda de los bienes o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Se trata, en los dos primeros casos, de factores “internos” de la empresa y en el segundo de circunstancias “externas” a la propia organización empresarial.

Tal como señalamos con anterioridad, las causas técnicas organizativas, o de producción se mencionan en el Estatuto de los Trabajadores para justificar diversas conductas o iniciativas empresariales. En efecto, el artículo 41 del Estatuto fundamenta en este tipo de causas la posibilidad de llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, el artículo 40 autoriza el traslado o desplazamiento temporal y el artículo 47 alude a las mismas para justificar la suspensión temporal del contrato de trabajo.

Hasta la entrada en vigor de la normativa resultante de la última reforma laboral, la regulación legal era distinta, según se tratara de lo que ahora se denomina “factores de flexibilidad interna” o de la extinción contractual. Mientras que en los traslados y en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se requería la acreditación de que la medida iba a “prevenir una evolución negativa de la empresa o una mejora de en la posición competitiva de la misma...”, para la extinción contractual era preciso acreditar que se trataba de una medida necesaria para superar dificultades que impedían el buen funcionamiento de la empresa (artículo 52,c) o bien para garantizar la viabilidad futura de la empresa (artículo 51,1 ET). En la actualidad, la regulación es idéntica para todos los supuestos, habiéndose asimilado el nivel de exigencia. Se ha establecido la posibilidad de extinción contractual también con carácter preventivo, por lo menos formalmente.

Sin embargo, de la propia exposición de motivos de la Ley, que ha de servir sin duda de fuente de inspiración para la interpretación de la misma, de la interpretación integrada de los diversos preceptos y de la aplicación del llamado juicio de razonabilidad que viene establecido para la extinción contractual en términos que no se mencionan para las otras medidas, cabe y debe sostenerse que el umbral de exigencia para la extinción contractual no es el mismo que para otras medidas, relativas a la flexibilidad interna.

En efecto, la propia exposición de motivos de la Ley 35/2010 señala que *“el capítulo II agrupa diversas medidas que pretenden potenciar los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales, favoreciendo la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo”*. Vemos por tanto que la propia Ley conduce a los instrumentos flexibilizadores del contrato de trabajo antes que a la extinción del mismo. Por tanto, únicamente en el caso de que dichos instrumentos resulten insuficientes será posible acudir a la extinción contractual. Siendo éste el objetivo de la Ley, el juicio de razonabilidad que exige la norma deberá ajustarse al mismo.

La aplicación de esta medida requiere prevenir una evolución negativa de la empresa o una mejora en la competitividad de la misma. Se trata por tanto de un juicio de futuro que, al igual que en el caso de la previsión de pérdidas, deberá basarse en hechos ciertos y actuales, objeto de prueba, de los que, en base a un criterio de razonabilidad, pueda deducirse una determinada conclusión. No puede fundarse en meras hipótesis o previsiones, carentes de apoyo o fundamento en hechos actuales y constatables. Dicho de otra forma, aunque la previsión de mejora de la competitividad o de la situación económica negativa se proyecte de cara al futuro, las dificultades deberán ser actuales y estar suficientemente acreditadas.

Puede servir como criterio de interpretación la pauta establecida por el Tribunal Supremo a la hora de abordar la extinción contractual, basada en causas objetivas, en los casos de externalización de un servicio. Esta discutible medida (dado que, en definitiva no se amortizan puestos de trabajo sino que pasan a desempeñarse por trabajadores de empresas externas) ha sido confirmada por los Tribunales, pero no carácter general, sino estableciendo una serie de cautelas que pueden extenderse a cualquier extinción contractual, basada en causas técnicas, organizativas o

productivas, y en las que lleguen a aducirse por la empresa previsiones de futuro. En efecto, la sentencia del TS de 11-10-2006 (recurso 3148/2004) exige la acreditación de dificultades concretas de gestión o pérdidas actuales y reales, no meras previsiones o iniciativas de gestión.

Cualquier otra interpretación conllevaría la autorización de la extinción en base a meras expectativas, hipótesis o previsiones, lo que conduciría al trabajador a la imposibilidad de articular adecuadamente la defensa. Por ello, las previsiones han de venir acompañadas de hechos constatables, graves y de los que, con arreglo a las reglas de la lógica, puedan deducirse las consecuencias que la empresa les atribuye (una evolución negativa). Además, únicamente puede acudirse a esta medida en el caso de que no resulten operativas las medidas de flexibilidad interna alternativas que la legislación brinda.

Es preciso por tanto una interpretación restrictiva, un plus de razonabilidad como el que el Tribunal Supremo exige para la amortización por externalización de servicios. No puede concluirse que el legislador haya pretendido una banalización del despido, ya que expresamente excluye esta posibilidad en la exposición de motivos y ello aunque algunas medidas, articuladas con deficiente técnica normativa, pudieran sugerirlo. Nos referimos a la indemnización por despido objetivo a cargo de la empresa en empresas de menos de veinticinco trabajadores (en el futuro para todo tipo de empresas), cuyo importe resulta ser inferior al previsto para la extinción vinculada a la no aceptación por el trabajador del traslado o de la modificación sustancial que resulte perjudicial para sus intereses.

LA EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS EN EL MARCO DE UN GRUPO DE EMPRESAS.

La empresa es en la actualidad un sujeto económico y jurídico complejo. Las formas diversas en las que se manifiesta, los frecuentes procesos de fusión, escisión, segmentación para hacer frente a fases distintas pero sucesivas de un mismo proceso de producción... la existencia de sociedades patrimoniales, de holdings de empresas... hace que en múltiples ocasiones resulte difícil averiguar quién es el auténtico empresario y, más aún, donde se encuentra el núcleo del que parten las decisiones que pueden afectar en el ámbito laboral.

La regulación legal de los grupos de empresas es parca, reduciéndose a la normativa fiscal, a alguna disposición laboral aislada relativa a las normas sobre fomento del empleo y bonificaciones empresariales en materia de Seguridad social y, especialmente, el artículo 42 del Código de Comercio. Dicho precepto establece como criterio configurador del grupo la condición de socio de la sociedad dominante en las dominadas y contempla los siguientes supuestos: 1.- posesión de la mayoría de los derechos de voto. 2.- la facultad de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del consejo de administración. 3.- disponer de la mayoría de los derechos de voto por medio de acuerdos celebrados con otros socios y 4.- nombramiento de la mayoría de los miembros del consejo de administración que en ese momento y con anterioridad, dos ejercicios, sean los administradores.

Sin embargo, estos criterios determinantes de la existencia de un grupo de empresas, no han sido considerados suficientes en la jurisprudencia laboral para considerar existente un grupo de empresas a efectos laborales. A estos efectos, a los efectos laborales, debemos establecer dos puntos de referencia:

1.- La existencia de grupo de empresas como realidad empresarial única, a la que cabe derivar la responsabilidad por deudas de cualquiera de las empresas del grupo.

2.- La existencia de grupo de empresas como marco al que referir la necesidad de aplicación de determinadas medidas que la empresa pretende aplicar, y significadamente en este caso la extinción del contrato por causas objetivas.

La jurisprudencia ha elaborado una doctrina, ya sólida, en la que define las notas configuradoras del grupo de empresas a efectos laborales. Dicha doctrina tiene su raíz en la teoría del levantamiento del velo y la necesidad de adentrarse en el sustrato de la realidad empresarial, más allá de quien aparezca formalmente como empresario. Se trataría, por tanto, de averiguar quién es el auténtico empresario. Se centra en lo que podríamos denominar el “grupo de empresas patológico”, en el que se parte de la existencia de un fraude de ley o de un abuso de la forma societaria. Los supuestos que han dado lugar a la declaración de grupo de empresas a efectos laborales serían los siguientes (sigo una clasificación elaborada en la sentencia del TSJ de Madrid de 26-4-2005, que considero especialmente atinada y pedagógica):

1º aquel en que se constituye el grupo de empresas para llevar a cabo el ocultamiento del patrimonio en fraude del derecho de los acreedores, determinando una insolvencia aparente en alguna de las empresas que realmente no existe por haber concentrado el patrimonio en otras del grupo.

2º aquel otro en que, aun cuando la empresa no se crea ilícitamente, se confunde en su dirección, administración y patrimonio común e indiferenciado con la persona de su propietario, lo que ocasiona el funcionamiento de hecho como si se tratara de una empresa unipersonal, al que ha de equipararse el supuesto en el que existe un grupo de empresas igualmente con una dirección, organización y patrimonio común e indiferenciado, que en definitiva constituye una sola empresa con varias personalidades jurídicas,

3º aquel en el que no existe actuación fraudulenta ni confusión empresarial sino que se constituye un grupo de empresas lícitamente, estando perfectamente diferenciados sus patrimonios pero prestando servicios los trabajadores indistintamente para varias personas físicas o jurídicas que actúan a su vez como empresarios.

Según señala la sentencia antes citada, del TSJ de Madrid, en el primero de los casos la responsabilidad solidaria deriva del artículo 6,4 del Código Civil, debiendo los tribunales desenmascarar la actuación fraudulenta de la empresa. En los casos segundo y tercero, la solidaridad empresarial derivaría del artículo 1,2 del Estatuto de los Trabajadores.

No es objeto de esta comunicación el análisis de los casos en los que la responsabilidad de los administradores dimana del incumplimiento de preceptos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas, supuestos que, además, están excluidos del ámbito de la jurisdicción laboral.

Llegados a este punto vemos que, tal como anticipábamos, a la hora de examinar la concurrencia de causas justificativas de la extinción del contrato, el ámbito, la referencia, no debe limitarse a la empresa sino que debe extenderse al grupo de empresas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado que la valoración de la existencia de causas justificativas de la extinción contractual ha de venir referida al grupo de empresas, entendiendo por tal el grupo de empresas a efectos laborales, esto es el que hemos definido como “grupo de empresas patológico”. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-2007 (recurso 641/2005) acepta tal posibilidad señalando que *“en estos supuestos nos encontramos ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad...”*. Este criterio, seguido de forma más o menos pacífica por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, no sólo obliga a analizar la situación del grupo para considerar existente la causa justificativa de la extinción, más allá de la situación de la empresa formalmente empleadora, sino que deriva al grupo las consecuencias económicas de la extinción, estableciendo la responsabilidad solidaria de sus integrantes.

Sin embargo, consideramos que la necesidad de analizar conjunta y globalmente la situación del grupo, tanto en su vertiente económica (sus resultados) como organizativa y productiva, no debe limitarse a los denominados “grupos de empresas a efectos laborales”, en los que concurre una actuación fraudulenta o una única realidad empresarial. La necesidad de analizar conjuntamente la situación del grupo puede ser necesaria en grupos de empresas ordinarios, en los que las notas caracterizadoras antes mencionadas para los grupos “a efectos laborales” no aparezcan con toda la nitidez. En efecto, en los casos en que la dirección de una empresa es ejercida por otra sociedad externa, con ramificaciones diversas dentro de un área de producción o con segmentación del proceso productivo a través de varias sociedades vinculadas, el destino de la empresa no depende su propia y autónoma y diferenciada actuación en el mercado, sino que viene determinado por intereses o por conveniencias del grupo, o de la sociedad dominante. Son los casos de deslocalización, los de externalización de servicios (mantenimiento, transporte...) que suelen ser encomendados a empresas del grupo, muchas veces constituidas a partir de una escisión de la principal o los de empresas cuyo único cliente y destinatario de sus productos es una empresa del mismo grupo.

En estos casos, se hace necesario igualmente el análisis y estudio de la situación del grupo, y tanto en los casos de causas económicas como también en las causas organizativas o productivas. Alguna sentencia se ha adentrado en este terreno, pudiéndose mencionar, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de once de diciembre de 2008 (recurso 3515/2008). Señala en concreto dicha sentencia: *“..respecto a las demás entidades que integraban el grupo empresarial nada se adujo sobre la existencia de una inadecuado desequilibrio financiero de balances contables que hiciera pensar que las mismas también soportaban una situación económica deficitaria, por lo que desde esta perspectiva la reducción de ventas en una de las empresas del grupo que opera con las otras de manera casi exclusiva ... ya hacen dudar de la existencia efectiva y constatada de una situación financiera deficitaria al carecerse de elementos de valoración sobre la situación económica que poseen las otras empresas del grupo empresarial...”*.

No se nos oculta que en muchas ocasiones, las operaciones entre las empresas del grupo pueden esconder intentos de fraude bajo la apariencia de operaciones mercantiles normales. Debe partirse que en ningún caso se tratará de operaciones mercantiles normales cuando se trata de empresas que no operan como sujetos autónomos respecto de la otra parte. Por ello a la hora de abordar la causa justificativa de la extinción debe partirse de un criterio amplio que no se limite al estricto marco del grupo de empresas a efectos laborales.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Debe señalarse en primer lugar que, al margen de concretas causas de despido objetivo a las que luego aludiremos, la regulación legal de la extinción del contrato por causas objetivas y del despido colectivo contenida en el artículo 52,c) y en el artículo 51,1 del Estatuto de los Trabajadores no se ajusta fácilmente al ámbito de la administración pública. Basta con señalar cómo conceptos tales como “preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado” o “mejor respuesta a las exigencias de la demanda” no se corresponden con la naturaleza y objetivos de los servicios públicos prestados desde la administración pública.

La reforma laboral llevada a cabo por la Ley 35/2010 no ha aportado ninguna clarificación en este sentido, como tampoco lo hizo el Estatuto Básico del Empleado Público en el año 2007. Esta norma, a pesar de su pretensión de establecer un marco regulador general para el empleo público, no contiene precisión alguna en orden a la posibilidad de amortizar puestos de trabajo y el concreto procedimiento a seguir. No resulta sencillo aventurar cuál es la idea del legislador a este respecto.

Ello no obstante, los Tribunales laborales han venido aceptando la procedencia de esta vía extintiva en casos de déficit o desequilibrio presupuestario y quizás por la mencionada ausencia de un marco legal claro y preciso sobre la materia han seguido criterios distintos e incluso en ocasiones abiertamente contrapuestos. En efecto, algunos tribunales siguen criterios más rigurosos y estrictos a la hora de abordar la extinción del contrato de trabajo en la Administración Pública. Una muestra de ello puede ser la sentencia del TSJ de Cataluña de 9-3-1999 (AS1999\384), cuando señala: “...*la actividad de un Ayuntamiento, que no está nunca orientada por el afán de obtener beneficios económicos; cuyos ingresos ni tan siquiera dependen de su actuación en el mercado; que necesariamente ha de mantener la prestación de ciertos servicios manifiestamente deficitarios... frente a todas estas consideraciones, se encuentra el hecho innegable de que si partimos del sometimiento de las administraciones públicas a la legislación laboral para contratar, no hay razón para que deba excluirse la aplicación de la misma para extinguir los contratos en base a las causas previstas en el propio Estatuto de los Trabajadores (...)* la correcta aplicación de unos y otros principios, nos lleva a la conclusión de admitir la posibilidad de que también las administraciones y organismos públicos puedan acogerse a la extinción de contratos de

trabajo por las causas que regulan los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, pero siendo rigurosamente restrictivos en su aplicación, para estimar procedentes los despidos únicamente en los casos en los que concurran circunstancias verdaderamente especiales y extraordinarias que justifiquen y permitan entender razonable esta medida en un ámbito tan singular como es el de la actividad desarrollada por los Ayuntamientos.

Por el contrario, otros tribunales, basándose asimismo en la naturaleza peculiar de las Administraciones Públicas, consideran que deben regir pautas más flexibles.

Esta disparidad de criterios, en una materia que difícilmente puede ser objeto de unificación por el Tribunal Supremo, nos obliga a plantear la necesidad de contar con un marco propio regulador de la relación laboral en el seno de la administración pública que aborde ésta y otras materias que le son propias.

Mientras tanto debemos partir de la normativa realmente existente, interpretándola de forma integrada y armoniosa. Por ello, y puesto que los tribunales, superando dudas doctrinales y reservas sindicales, vienen aceptando la procedencia de esta vía extintiva en la Administración Pública, consideramos que ello no puede en ningún caso llevarse a cabo prescindiendo de las prescripciones del Estatuto Básico del Empleo Público. El EBEP, en su artículo 69 y bajo el epígrafe “objetivos e instrumentos de planificación” contempla la aprobación de “planes para la ordenación de los recursos humanos” en los diversos supuestos que en el mismo se contemplan. Entre los supuestos –que no integran una relación cerrada- no se encuentra la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo (con lo que nos entran nuevas dudas sobre la procedencia de articular medidas extintivas en la administración pública por el cauce del despido objetivo o colectivo), pero no cabe duda de que la adopción de una medida de esta naturaleza –la de más calado y trascendencia dentro de las que puede afectar al personal- debe, con más motivo, adoptarse en el marco de un “plan de ordenación de recursos humanos” y sujeta a las formalidades que para este supuesto se vienen exigiendo.

SUPUESTOS CONCRETOS

1.- Puestos de trabajo sujetos a financiación externa.

Se trata del supuesto contemplado en el artículo 52,e) del Estatuto de los Trabajadores y hace referencia a los contratos concertados por tiempo indefinido directamente por la administración pública o entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas sin dotación económica estable y financiados mediante asignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.

Llama la atención en primer lugar a la mención al “contrato indefinido” en el ámbito de la administración pública, mención cuyo concreto alcance en este caso es difícil de precisar. En cualquier caso y en relación con esta concreta modalidad extintiva, cuyos perfiles aparecen claramente delimitados, debemos señalar que su inclusión como causa autónoma de extinción contractual por causas objetivas ha de determinar la imposibilidad de acudir a los contratos por obra o servicio determinado para hacer frente a estas necesidades y cubrir estos puestos de trabajo (STS de 21-3-2002).

2.- Puesto de trabajo afectado por la nulidad de un concurso oposición.

Es ésta una cuestión resuelta por el Tribunal Supremo, que ha unificado doctrina al respecto. Se trata de los casos en los que, una vez adjudicada una plaza laboral tras el correspondiente proceso selectivo, éste es declarado nulo por sentencia judicial firme. Ello supone lógicamente la extinción de los contratos de trabajo celebrados en virtud del mencionado proceso selectivo. No puede exigirse la continuación del contrato una vez anulado el concurso que es su base de sustentación.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21-1-2008, seguida de otras en el mismo sentido, considera que una vez notificada la sentencia firme de la jurisdicción contencioso administrativa anulatoria del concurso o de sus bases, debe procederse a la extinción del contrato de trabajo y ello ha de hacerse por la vía prevista en el artículo 49, apartados h) y i), cuando contemplan la extinción por razón de fuerza mayor y por causas objetivas. Señala dicha sentencia que “*el impedimento de la prestación de trabajo por acto de la autoridad o factum principis (definido habitualmente como*

orden de la autoridad gubernativa pero que cabe extender por analogía a la resolución de la autoridad judicial) del contrato de trabajo es equiparable a la fuerza mayor”. Esto obliga a seguir la tramitación establecida en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores (o, en su caso, en el artículo 51, de rebasarse los umbrales numéricos que obligan a seguir uno u otro cauce) y al abono de la consiguiente indemnización, fijada en veinte días de salario por año de antigüedad.

3.- Extinción del contrato indefinido no fijo.

El denominado contrato indefinido no fijo en las Administraciones Públicas es una construcción jurisprudencial, referida a los supuestos de contrataciones temporales fraudulentas, o que desbordan el marco propio de los contratos temporales. Se considera que en el ámbito de la Administración Pública no es posible consolidar por esta vía la condición de fijo de plantilla por cuanto ello supondría vulnerar los principios que rigen en el acceso al empleo público, recogidos en los artículos 23 y 103,3 de la Constitución. La referencia al contrato indefinido aparece por vez primera recogida en el EBEP, como modalidad diferenciada del contrato temporal y del fijo de plantilla.

Una vez creada la figura, era preciso dotarla de un régimen jurídico diferenciado y eso se hizo por la vía de la asimilación del contrato indefinido no fijo con el contrato de interinidad por vacante. Así queda reflejado, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 7-5-2004 y 29-6-2004, que autorizan la extinción unilateral de los contratos indefinidos no fijos, en las mismas condiciones y en los mismos supuestos previstos para los contratos de interinidad y sin necesidad de acudir a la vía del despido objetivo. Siguiendo el criterio marcado por estas sentencias, y otras del mismo tenor, era posible extinguir el contrato indefinido no fijo, sin necesidad de acudir al despido objetivo o colectivo, en el caso de cobertura reglamentaria de la plaza y también si la administración decidía, tras la tramitación administrativa correspondiente, amortizar la plaza.

Sin embargo, la situación, y la regulación legal de la materia, ha ido cambiando, dando lugar a que nos encontremos en un terreno diferente. En efecto, ya mencionamos que, por vez primera, el EBEP alude al contrato indefinido en el ámbito de la administración pública como figura diferenciada y autónoma. Además, la Ley 35/2010, incorpora una disposición adicional 15 al Estatuto de los Trabajadores, regulando las

consecuencias de las irregularidades en materia de contratación temporal en las administraciones públicas, aunque referidas a dos supuestos concretos, cuáles son el exceso en la duración de los contratos por obra o servicios y el desbordamiento asimismo del límite temporal en caso de encadenamiento de contratos de acuerdo con el artículo 15.5 ET. Dicha disposición adicional establece que en estos supuestos, *“el trabajador continuará desempeñando el puesto de trabajo hasta que se produzca su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en que se producirá la extinción de la relación laboral”*. Esta consecuencia, presumiblemente, puede extenderse al resto de los supuestos de contratos temporales fraudulentos o irregulares.

Paralelamente, el Tribunal Supremo ha delimitado los perfiles de la figura, separando su régimen jurídico del propio de los contratos de interinidad. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16-9-1996 (RJ 2009\6156) hace referencia a la incorporación de esta figura al Estatuto Básico del Empleado Público y concluye señalando que *“si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin vinculación directa con vacante concreta. No hay por tanto equiparación mimética a los interinos por vacantes, ligados estrictamente a un proceso de cobertura”*.

Llegados a este punto, se hace preciso abordar, a la luz de la nueva situación –normativa y jurisprudencial- creada, el régimen jurídico de la extinción de estos contratos.

a) Extinción por amortización de la plaza.

Como antes se ha dicho, por asimilación al régimen de la interinidad, se venía aceptando la extinción unilateral de estos contratos, sin derecho a indemnización alguna, aun sin llegar a la cobertura reglamentaria de la plaza, si la administración, tras la tramitación reglamentaria correspondiente, decidía la amortización de la misma. Esta posibilidad, sin embargo, está siendo recusada por la más reciente doctrina de los tribunales. En este sentido, la sentencia del TSJ de Valladolid de 14-1-2009 (EDJ 2009\71292) señala que, de admitirse tal posibilidad *“se produciría la paradoja de que el efecto del reconocimiento del carácter indefinido del contrato haría de peor condición al trabajador indefinido no fijo que al temporal en lo relativo a su estabilidad en el empleo, puesto que podría ponerse fin de manera libre y gratuita a todo contrato temporal así reconvertido con independencia de que hubiese llegado el término pactado*

del mismo ... si la administración considera innecesarias las plazas por motivos legalmente amparados en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores podrá proceder, si existe justa causa para ello debidamente acreditada, a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos de trabajadores que las ocupan, lo que conllevará en todo caso el abono de la indemnización legalmente prevista...”.

b) Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza.

Ya hemos señalado que la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores contempla la extinción del contrato indefinido no fijo en el momento en que se lleva a cabo la cobertura reglamentaria de la plaza. Sin embargo dicha disposición adicional no establece el cauce a través del cual ha de llevarse a cabo dicha extinción. Hasta el momento, la asimilación de la figura del indefinido no fijo con el contrato de interinidad, conllevaba la extinción automática sin indemnización alguna y sin obligación de preaviso. En este sentido, además del Tribunal Supremo en las sentencias ya mencionadas de 7-5-2004 y 29-6-2004, se ha manifestado también el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 15-5-2003.

No obstante, la reciente doctrina que viene a diferenciar el régimen de uno y otro contrato, obliga a analizar de manera autónoma y diferenciada el cauce a seguir para la ineludible extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo cuando se lleva a cabo la cobertura reglamentaria de la plaza. En este momento consideramos que resulta razonable aplicar a la extinción contractual de los indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza, la misma doctrina que ha justificado el recurso al despido objetivo para extinguir los contratos que se ven afectados por la nulidad, declarada por sentencia judicial firme, de las bases de la convocatoria de la que traen causa. Hemos señalado en un apartado anterior que una jurisprudencia ya pacífica del Tribunal Supremo, de la que es muestra la sentencia de 21-1-2008 obliga, en estos supuestos, a acudir a la vía del despido objetivo. Argumenta para ello que “...para llevar a cabo esta extinción contractual, debida a causas de las que el trabajador es totalmente ajeno y que son consecuencia de un defectuoso proceder inicial de su empleador, deberá acudir éste a alguno de los procedimientos legalmente previstos en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores. De entre las causas enumeradas en dicho precepto pueden ser de aplicación al supuesto enjuiciado las señaladas en los apartados 1.h (fuerza mayor) y la del apartado 1.I (causas objetivas)...”. Esta línea argumental puede

extenderse sin esfuerzo a la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza, dado que la situación inicial de la que se parte no es responsabilidad del trabajador y responde a un defectuoso proceder de la administración.

Añadiremos a ello que en el supuesto resuelto por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21-1-2008 se había llevado a cabo la anulación de una convocatoria que determinó la extinción de unos contratos que el propio tribunal considera que tienen la naturaleza de indefinidos no fijos.

Existe por tanto base suficiente para exigir que la extinción de los contratos indefinidos no fijos en caso de cobertura reglamentaria de la plaza se lleve a cabo por la vía de los artículos 52 y 53 –en su caso 51- del Estatuto de los Trabajadores.

Huesca a cuatro de marzo de 2011.