

PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LAS ENTIDADES SUBVENCIONADAS O DEPENDIENTES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

*Luis Ortiz de Urbina Alonso
José García Ibáñez*

Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

ÍNDICE

1. ACTIVIDADES SUBVENCIONADAS.

- 1.1. Demandas de despido: naturaleza del contrato.
- 1.2. Reclamaciones de daños a la entidad financiadora por parte de la beneficiaria de la subvención.

2. DESPIDO COLECTIVO, CESIONES ILEGALES, SUCESIÓN Y GRUPOS DE EMPRESAS.

- 2.1. Extinción derivada de despido colectivo.
- 2.2. Extinción y cesión ilegal.
- 2.3. Sucesión de empresas y extinción.
- 2.4. Grupo de empresas.

Como sabemos, si por algo se ha caracterizado la prestación de servicios públicos en las últimas décadas, y el sector de la sanidad no es una excepción, es en la búsqueda de una mayor eficiencia y un menor coste en la prestación, evidentemente agudizado en estos últimos años por razones obvias.

Pues bien, ello ha dado lugar a realizar cambios organizativos y desarrollar distintas fórmulas de gestión en su ya clásica diferenciación de formas directas e indirectas.

Así, entre las primeras se han creado multitud de formas públicas dotadas de personalidad jurídica

diferenciada como entes públicos, consorcios, fundaciones, organismos autónomos, sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales..., y junto a ellas, las formas indirectas, en las que una Administración, que financia y supervisa la prestación del servicio, establece acuerdos de naturaleza contractual que adoptan la forma de convenios, conciertos, concesiones de obra pública o concesiones administrativas... con entidades privadas de base asociativa, sociedades mercantiles, o bajo la más moderna denominación de colaboración público privada concretada en la concesión de obra pública o concesión administrativa para la gestión integral de los servicios públicos.

Por último, no hay que olvidar, que también se fomentan actividades de interés general a través de subvenciones por parte de las Administraciones sanitarias, tanto a entidades públicas como privadas, no tanto en el ámbito de la prestación de asistencia sanitaria directamente, sino en materia de prevención, drogodependencia, salud mental, investigación, etc.

Esta situación conlleva que las Administraciones sanitarias se vean envueltas, cada vez más, en conflictos jurídicos derivados de las relaciones que establecen con estas entidades subvencionadas o dependientes, colaboradoras de una u otra forma en la gestión del servicio público, y con su propio personal, donde adquiere especial relevancia el personal

laboral, residual en la gestión directa, pero que se convierte en el auténtico protagonista de la gestión indirecta y de las propias actividades subvencionadas. Por ello en esta exposición, vaya por delante, dejaremos al margen al personal funcionario y estatutario, cuyas normas reguladoras constituyen un marco jurídico diferenciado.

Y es en este contexto donde desarrollaremos el presente tema. Por un lado, apuntaremos los problemas jurídicos específicos, que surgen cuando se extingue una relación laboral en el desempeño de una actividad subvencionada, tanto en la entidad contratante como en la financiadora y temas de responsabilidad y por otro, el problema de las cesiones ilegales de trabajadores, los despidos colectivos, sucesión de empresas y grupos empresariales.

1. ACTIVIDADES SUBVENCIONADAS

Nos encontramos en el supuesto en el que una Administración Pública, financia una determinada actividad de interés general, que va a ser gestionada por una entidad, pública o privada, que va a ser, a su vez, la que contrata el personal para llevarla a cabo.

Es decir, un Ayuntamiento beneficiario de una subvención que, en virtud del correspondiente convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma gestiona un centro de atención a drogodependientes, o una fundación o una asociación que en virtud de dicha subvención va a ejecutar programas de investigación, de integración social de determinados enfermos (parapléjicos, síndrome de Down...), etc, etc.

1.1. Demandas de despido: naturaleza del contrato.

En ocasiones, estas entidades recurren a contrataciones indefinidas, pero normalmente la contratación de personal para la realización de estas actividades subvencionadas, se realiza al amparo del art. 15.1.a) del ET, es decir, como contratos de duración determinada de obras o servicios, siendo su naturaleza, por tanto temporal y no indefinida.

Si bien la extinción de estos contratos debería producirse por las causas recogidas en el art. 49.1. b) o c), es decir por causas válidamente consignadas en el contrato o realización de la obra o servicio, no es infrecuente el planteamiento de demandas por despido.

Hay que partir de que estamos ante dos relaciones jurídicas diferentes: la contratación para la realización de una obra o servicio determinado, que constituye una contratación temporal causal, es decir por una de las causas tasadas que recoge el art. 15 del ET y, por otro, la que se da entre la entidad que va a realizar o está realizando la actividad y la Administración financiadora.

Si bien en un principio se admitió por los Tribunales que el contrato de obra o servicios quedara condicionado a la consignación presupuestaria que lo soportara (TS 10-06-94, TS 28-12-98), con posterioridad se superó esa doctrina y se afirma que la existencia de una subvención no es un elemento decisivo y concluyente que demuestre la temporalidad de la obra o servicio.

Así, desde la vigencia del art. 52.e) introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que autoriza la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas *“en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extra-presupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo que se trate.”*

El TS viene manteniendo una reiterada doctrina en relación con la validez de la contratación temporal vinculada a la percepción de una subvención que podemos concretar en los siguientes puntos:

- **Hacer depender la duración de los contratos de trabajo de la persistencia de una subvención de un tercero, necesaria para el funcionamiento de la actividad, no es un acto que pueda considerarse abusivo, en fraude de ley o contrario a Derecho y si susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado.**

Como sabemos, el art. 49 del ET, establece que el contrato de trabajo se extinguirá por las causas consignadas válidamente en el mismo salvo que constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Estaríamos en el supuesto en que el servicio u obra no se extingue por su realización en sí, sino

por la finalización de su financiación, pero, debemos partir de la premisa de que estemos ante un verdadero contrato de naturaleza temporal y no de carácter indefinido.

• **La existencia de una subvención, no constituye un elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal.**

Dicho de otro modo, del carácter anual o periodicidad correspondiente del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian. (STS Sala 4ª de 8-2-2007, 10-11-2009 y 17-01-2011).

Partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial, que considera irrelevante el hecho de que la actividad esté sujeta a dotación presupuestaria anual a los efectos de calificar la actividad como permanente o temporal, será preciso atender a la naturaleza y contenido del servicio, que no puede confundirse con la temporalidad de las subvenciones, es decir, lo que se tiene que analizar es si lo pactado se ajusta al tipo legal de contrato de obra o servicio determinado:

- Que la obra o servicio presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad propia de la entidad o empresa.
- Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo sea de duración incierta.
- Que se especifique en el contrato con precisión y claridad.
- Que el trabajador sea normalmente ocupado en dicha obra o servicio y no sea en tareas distintas.

Y todo esto era aplicable tanto a empresas privadas como públicas, e incluso, a las propias Administraciones Públicas (STS Sala 4ª de 21-07-2008).

• **La extinción de la relación laboral por decisión unilateral de la entidad contratante, al perder parte o la totalidad de la subvención, podría llevarse a cabo por causas objetivas.**

Como hemos visto, si la actividad no es excepcional, esporádica, con autonomía y sustantivi-

dad propias, sino que es una actividad permanente, natural, habitual y ordinaria de la entidad contratante (como correspondería a la prestación de un servicio de su propia competencia), la relación laboral no sería temporal (por obra o servicio), sino indefinida, por lo que no sería posible invocar el art. 49.1.c) del ET para justificar la extinción del contrato de trabajo, sino el cauce del despido objetivo recogido en el art. 52.e) del ET, introducido por la Ley 12/2001.

• **La referida doctrina es de aplicación tanto a las Administraciones Públicas como a fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro.**

Así lo especificaba, el art. 52.e) del ET tras la incorporación de este apartado por la Ley 12/2001.

Ahora bien, desde 8 de julio de 2012, en virtud de la reforma operada por la Ley 3/2012, DA 18ª, la insuficiencia de consignación presupuestaria como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo, es aplicable, únicamente, a los contratos indefinidos concertados por entidades sin ánimo de lucro y no a los concertados por las Administraciones Públicas.

Así, dicha Ley, no solo modifica el art. 52.e) del ET retirando la referencia que hacía a “Administraciones Públicas”, sino que añade una Disposición Adicional Vigésima al ET (DA 2ª L 3/2012) en la que proclama que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público conforme al art. 3.1 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por RDLegislativo 3/2011, se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) del ET.

Asimismo, en el caso de las Administraciones Públicas, se entenderá que concurren causas económicas cuando exista una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para los servicios públicos correspondientes, entendiéndose en todo caso, que dicha insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

El carecer de jurisprudencia, dado el corto espacio de tiempo desde su entrada en vigor, nos impide tener una visión de los efectos de la medida y tampoco la exposición de motivos de la Ley nos aclara nada al respecto.

No obstante, podemos avanzar que, para la Administración, en todas las contrataciones laborales que realice, calificadas de naturaleza indefinida y para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante subvenciones, al no existir ya una causa autónoma de despido objetivo, la inexistencia de consignación presupuestaria no va a ser motivo suficiente que justifique el despido, sino que será necesario justificar, y se investigará, que existen motivaciones o dificultades económicas que motiven el despido al amparo del art. 52.c) del ET (causas económicas).

1.2. Reclamaciones de daños a la entidad financiadora por parte de la beneficiaria de la subvención

La concesión de una subvención, puede dar lugar o no, a la adopción, por parte de las beneficiarias, de una serie de medidas para poner en marcha la actividad subvencionada y dar un fin adecuado al objeto de la subvención, las cuales pueden incluir, por centrarnos en el objeto de la ponencia, la contratación del personal que va a desarrollar la actividad.

Pues bien, lo que queremos plantear aquí, es de que vías dispone la entidad beneficiaria ante el impago o retraso en el pago de una subvención concedida, para reclamar la indemnización por daños y perjuicios a la Administración financiadora.

A efectos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se entiende por “subvención” toda disposición dineraria realizada por las Administraciones Públicas, a favor de personas públicas o privadas cuando cumpla determinados requisitos. Asimismo, el art. 34 de la Ley, dispone que la resolución de la concesión de la subvención conllevará el compromiso del gasto correspondiente.

Con independencia de que se concedan en régimen de concurrencia competitiva o por el procedimiento de concesión directa, a través de los oportunos convenios, una vez concedida genera un derecho a percibirla en el beneficiario que, cumpliendo todos los requisitos exigibles, compromete una serie de recursos al cumplimiento de la actividad subvencionada.

Para empezar, hay que dejar claro que, en principio, la consignación presupuestaria agotada o comprometida para atender otras peticiones prioritarias en el tiempo, el agotamiento del crédito presupues-

tario, en fin, impide que se otorguen o renueven las subvenciones (STS 28-02-1991, STS 22-01-1995, STS 27-07-1995), por lo que estaríamos ante una situación no generadora de responsabilidad.

Pero, debemos distinguir entre lo que se considera una subvención “genérica”, concedida en régimen de concurrencia competitiva, donde es lógico que agotada o comprometida una partida presupuestaria se termine la actividad a subvencionar y el agotamiento del crédito presupuestario determina que se no otorguen o renueven las subvenciones y lo que se considera una subvención “específica” suscrita con base en un convenio.

En este último supuesto, el convenio obliga a los suscribientes a cumplirlo desde el momento de la firma, obligación que conllevaría incluir la correspondiente partida presupuestaria (STSJ Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2001).

En efecto, la normas que rige o regulan los Convenios de Colaboración de las Administraciones Públicas se recogen en los artículos 4 a 9 de la Ley 30/1992, de aplicación supletoria a las Corporaciones locales, que, en cualquier caso, no contienen una regulación exhaustiva de los mismos. Estos instrumentos, por tratarse de un negocio jurídico bilateral entre dos administraciones públicas, celebrado en el ámbito de sus respectivas competencias, se le atribuye naturaleza contractual, siendo aplicable el art. 1258 del CC, que establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley y junto a este artículo, constituye pilar básico del derecho de obligaciones el art. 1256 CC, que establece que el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En el mismo sentido hay que destacar el art. 8.2 de la Ley 30/1992 al establecer que “...los convenios de colaboración celebrados obligarán a las Administraciones intervinientes desde el momento de su firma, salvo que en ellos se establezca otra cosa.”

Pues bien, a la vista de lo anterior y siendo claro que el impago de la subvención o, simplemente el incumplimiento de los plazos establecidos para ello, puede generar unos daños o perjuicios que, en no pocas ocasiones, el beneficiario no estaría obligado jurídicamente a soportar, ha de plantearse la posibilidad de resarcirse de dichos perjuicios mediante una reclamación por incumplimiento del correspondiente

convenio o una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la administración financiadora.

1.2.1. Responsabilidad contractual

La obtención de una declaración de derecho a reparación y fijación del importe de una indemnización, a través de la denuncia de incumplimiento del instrumento a través del cual se otorga la subvención, sería una posibilidad contemplada en los arts. 31 y 71.1 de la Ley 29/1998 LJCA (contenido de la pretensión y sentencia).

A efectos expositivos y, siguiendo la doctrina clásica, y diferenciando los efectos de la mora o cumplimiento tardío y el incumplimiento (en este caso retraso en el pago o impago de la subvención), podemos decir que la mora, como cumplimiento tardío, en última instancia, no es sino una modalidad de incumplimiento, incurriendo en mora, conforme el art. 1100 CC, los obligados a alguna cosa desde el momento en que no la cumplen y el acreedor lo exige, siendo aplicable tanto a las personas privadas como a las Administraciones con diferencias en cuanto al nacimiento y sus efectos.

Como sabemos, las Administraciones Públicas son sujetos de derechos y tienen capacidad para contraer obligaciones, por lo que tiene obligación de cumplirlas y en los plazos acordados, incurriendo, en caso contrario, en mora.

Por un lado, la entidad beneficiaria denunciando el incumplimiento del instrumento a través del cual se ha articulado la subvención, pero consistiendo la obligación en una aportación dineraria hay que recordar que si bien el art. 1101 del CC previene la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrir en mora, el art. 1108 CC, especifica que cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, si no hay pacto en contra, la indemnización por mora va a consistir en el pago de los intereses legales.

En el ámbito administrativo, dejando a salvo normativas específicas (materia tributaria, contratación administrativa, expropiación forzosa), el art. 24 Ley General Presupuestaria establece que *“Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor,*

una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación”.

Por tanto, mediante la reclamación de esta responsabilidad por mora en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad financiadora, incumplimiento “contractual”, la entidad beneficiaria podría verse satisfecha en cuanto al pago con los intereses de demora a título indemnizatorio.

Cuestión distinta debe ser denunciar el incumplimiento, el impago. En este caso, sentencias como la precitada STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2001, nos recuerdan que suscrito un convenio de colaboración entre dos Administraciones Públicas, ambas, desde el momento de su firma quedan vinculadas a realizar la actividad convenida, de tal forma que, si el incumplimiento de una de ellas causa perjuicios a la otra parte subscriptora del Convenio, está obligada a repararlos, siempre y cuando haya cumplido con sus obligaciones.

En definitiva, se sienta como doctrina la misma que consta en el art. 1124 del CC cuando establece que *“El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”*

1.2.2. Responsabilidad Patrimonial

En primer lugar, tenemos que partir de que, si bien a través del instituto de responsabilidad patrimonial, podemos alcanzar la reparación de los daños y perjuicios causados por no haberse hecho efectiva la financiación de la actividad al igual que en el procedimiento anterior, a diferencia del mismo, esta vía no es adecuada para exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por parte de la administración financiadora, sino tan solo para resarcir el daño derivado de tal incumplimiento.

Como sabemos, el fundamento legal de esta institución lo tenemos en los arts. 106.2 CE y 139.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La jurisprudencia, por su parte, ha venido decla-

rando que, para apreciar dicha responsabilidad por parte de una Administración, son precisos una serie de requisitos, que podemos resumir en:

- Efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que alteren el nexos causal.
- Que no concurra fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.
- Que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde el hecho que motivó la indemnización.

Desde esta perspectiva, la primera pregunta que debemos hacernos es si la morosidad o retraso en el pago de la subvención, es un supuesto de responsabilidad y, parece claro, que sí. No solo el impago, sino la mora constituiría un funcionamiento anormal de la Administración que, si es generador de daños, deben ser susceptibles de ser indemnizados.

Bajo esta premisa, y desde un punto de vista subjetivo, el primer elemento a analizar será si una Administración, la beneficiaria de la subvención, ostenta **legitimación activa** para reclamar ante la Administración financiadora que incumple su obligación y que avoca (o no) a la primera a extinguir las relaciones laborales establecidas para la ejecución de la actividad subvencionada.

Tanto el rt. 106 CE como el art. 139 LRJPAC, contempla como sujetos protegidos a “los particulares”, lo que, en principio excluiría a una Administración Pública. No obstante, tenemos que partir de que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada, se ha pronunciado respecto a que las Administraciones Públicas también gozan del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras SSTC 129/1995 y 123/1996).

Así, respecto a la consideración de las Administraciones Públicas como particulares a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y el Tribunal Supremo, desde una interpretación integradora, reconoce que, para el caso de producirse una

lesión antijurídica en el patrimonio de una Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos de otra, no existe una norma por la que la persona de derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante del daño su resarcimiento coactivo y, ante ese vacío del ordenamiento jurídico o laguna legal, los Tribunales han de subsanar dicha laguna, correspondiendo a la jurisprudencia, en su función complementaria del ordenamiento jurídico rellenarla, siendo la analogía uno de los instrumentos en virtud del art. 4.1 del CC. (STS de 24 de febrero y 14 de octubre de 1994, 2 de julio de 1998).

Igualmente, pese a alguna reticencia inicial en que se opuso a que las Administraciones cupieran en el término “particulares”, estimando que no era adecuada esta vía de reclamación (Dictamen de 18 de julio de 1985), el Consejo de Estado, se ha manifestado en el sentido de que las Administraciones Públicas pueden considerarse incluidas en el concepto de “particulares” cuando resulta clara su personalidad jurídica y la titularidad de un patrimonio separado en el que residenciar el daño (Dictámenes 1498/93, 42/94, 3142/96).

Por tanto, nada impide que una Administración beneficiaria de una subvención, generalmente Ayuntamientos, puedan reclamar a la Administración financiadora, responsabilidad por los daños que le origina el impago o la mora de una subvención ya concedida.

Llegados hasta aquí, ya desde un punto de vista objetivo, hemos de plantearnos qué **daños** pueden originar a la Administración contratante la extinción de las relaciones laborales originadas con ocasión de la ejecución de la actividad subvencionada, lo cual no ha de ser especialmente controvertido.

Así, partiendo de los ya conocidos criterios jurisprudenciales al respecto, tales como que el daño alegado debe ser efectivo (actual, no potencial), evaluable económicamente (cuantificable) e individualizado (con relación a una persona o grupo de personas), podríamos concretar el daño causado a la entidad beneficiaria, en el desembolso total realizado en contrataciones laborales como consecuencia de la actividad subvencionada que se comprometió a realizar y otra Administración no llegó a financiar, lo que incluiría los salarios abonados mientras la relación laboral se mantuvo vigente (y no se subvencionó) las cotizaciones a la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a ceses y despidos, siendo más discutible que proceda incluir, como veremos al

analizar la relación de causalidad, indemnizaciones y salarios de tramitación para el caso de despidos nulos o improcedentes si se opta por la readmisión o son miembros del comité de empresa o representantes de los trabajadores (a partir de la reforma laboral operada por el RD Ley 3/2012).

No obstante, para valorar las posibilidades de prosperar una reclamación patrimonial por estos motivos, quizá el elemento esencial sería el análisis de la **relación de causalidad**, no solo en su sentido estricto (cuestión de hecho) sino en su vertiente jurídica, es decir los criterios de imputación objetiva, en este caso la atribución de los hechos a la Administración financiadora (imputabilidad).

Debe existir una relación causa-efecto entre el impago de la subvención, o retraso en el mismo y la extinción de las relaciones laborales establecidas por la entidad beneficiaria con ocasión de ejecutar la actividad subvencionada, y estos hechos, como hemos dicho, deben ser atribuibles, a la Administración financiadora, teniendo en cuenta que, si bien el nexo causal ha de ser directo, exclusivo e inmediato, como hemos adelantado, también se admite la concurrencia de culpas, lo que conlleva la moderación del quantum indemnizatorio.

Esta relación causa-efecto es clara cuando la subvención está otorgada para la finalidad concreta de contratar un número determinado de trabajadores: los trabajadores son contratados por la entidad beneficiaria y, no haciéndose efectiva la subvención, es causa única y directa del despido.

Ahora bien, no siempre estamos ante un supuesto tan claro. En la mayoría de los casos se subvenciona una actividad (una línea de investigación, programas de integración social, de información y asesoramiento socio-sanitario a los ciudadanos de una determinada zona, de prevención, construcción de centros sanitarios...).

En estos casos habrá que valorar si estamos ante una actividad ordinaria de la entidad beneficiaria que va a continuar con o sin subvención o si goza de otras fuentes de financiación y, por tanto, el impago de la subvención no es causa única y directa de los ceses o despidos (argumentos expuestos, entre otras, en STSJ Castilla-León de 25 de febrero de 2003). Así, por citar unos ejemplos, el impago de la subvención concedida a una asociación como la Cruz Roja, la Asociación Española contra el Cáncer o la Fundación Alzheimer España, que desarrollan su actividad or-

dinaria con múltiples fuentes de financiación sin depender de una de ellas en concreto.

En el caso de Administraciones Públicas tenemos un claro ejemplo en el caso de los Ayuntamientos, que gozan de su propio presupuesto y además, a través de los oportunos convenios, son receptores de múltiples subvenciones para realizar diversas actividades en colaboración con las Comunidades Autónomas. Dichas actividades, a veces salen fuera de la esfera de sus actividades ordinarias, pero otras veces entran dentro de sus propias competencias y se siguen ejerciendo a pesar de no hacerse efectiva la subvención. En este sentido, recordar que el artículo 25 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye competencias a los Municipios en materia de participación en la gestión de atención primaria de la salud y prestación de servicios sociales, promoción y reinserción social.

Por tanto, en estos supuestos, habrá que estar al caso concreto y a los propios instrumentos de colaboración para valorar si existe verdadera relación de causalidad en los términos exigidos por la jurisprudencia.

Por último, en relación con el nexo causal, habrá que tener en cuenta como influye en el mismo la propia actividad de la entidad beneficiaria respecto a las contrataciones realizadas. Parece claro que ante un despido declarado nulo o improcedente, difícilmente será atribuible a la entidad financiadora no contratante, las indemnizaciones o abono de salarios de tramitación, responsabilidad única de la negligente conducta de la entidad contratante, que realizó una forma de contratación no adecuada a la verdadera naturaleza de la actividad o realizó un despido que no se ajustaba a la legalidad.

2. DESPIDO COLECTIVO, CESIONES ILEGALES, SUCESIÓN Y GRUPOS DE EMPRESAS

La extinción de las prestaciones de servicios acontecidas en el seno de las diversas personas jurídicas existentes, como entes subvencionados o dependientes de la Administración sanitaria, es un fenómeno de tremenda importancia, no ya sólo desde un punto de vista cuantitativo sino sobre todo, en lo que aquí más interesa, desde una perspectiva cualitativa o de diferente régimen jurídico.

La coexistencia de personificaciones públicas o

privadas, como sujetos que organizan y atienden la prestación sanitaria y la naturaleza del vínculo de la prestación, ya sea funcionarial, estatutario o laboral, significan, qué duda cabe dicha extinción. Dado que nos encontramos ante entes subvencionados o dependientes, el régimen jurídico de la prestación será, en la gran mayoría de los casos, laboral (la prestación por personal funcionario y estatutario se realizará, en la inmensidad de supuestos, no a través de entidades subvencionadas o dependientes, sino de forma directa).

En atención a dicha condición laboral, el régimen de extinción del contrato es el común a la legislación laboral, atemperado eso sí, por la importante particularidad relativa de poder ser, también, el empleador un ente público.

Se pueden establecer múltiples puntos de estudio en la incidencia de dichas extinciones. Ahora bien, quizás por su importancia, la limitación temporal de esta pequeña exposición y sobre todo por su relevancia práctica, creo que sería conveniente tratar (dado que el despido objetivo -con su importante particularidad establecida en la letra e del artículo 52- ha sido estudiado de forma independiente) el despido colectivo en las Administraciones Públicas, así como ciertos aspectos de la cesión ilegal de trabajadores, sucesión de empresas y una referencia a la doctrina del grupo de empresas.

2.1. Extinción derivada de despido colectivo

La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley 3/2012, añade una disposición adicional 20 al Estatuto de los Trabajadores, que tiene por finalidad la de facilitar la posibilidad de efectuar despidos colectivos en la administración Pública. En concreto dispone lo siguiente:

“El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos o entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las

Administraciones Públicas”.

El ámbito subjetivo de aplicación es el “personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”, es decir, el personal fijo, indefinido y temporal.

En cuanto al ámbito de aplicación, la Disposición Adicional Segunda remite al artículo 3.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, entre el conjunto de entes y organismos que conforman en términos amplios la Administración Pública, se encuentran las entidades públicas empresariales con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto público o dependiente del mismo, incluyendo aquéllas que con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

En relación con primera cuestión -posibilidad de efectuar despidos colectivos del personal laboral en el ámbito de la administración pública en general- debemos manifestar, que existen ya numerosos pronunciamientos de las Salas de Tribunales Superiores de Justicia y, en concreto, de esta Sala que avalan la plena aplicabilidad de los artículos 51 y 52 al personal laboral de las administraciones públicas con anterioridad a la vigencia de la citada Disposición Adicional Segunda por las siguientes razones: a) es evidente que cuando la administración pública actúa sujeta al derecho del trabajo queda sometida a él en su integridad, sin perjuicio de la modalización que quepa establecer, y por ello, también resultan de aplicación los arts. 51 y 52 ET (STSJC, entre otras, de 10.12.03) y 27.09.11); b) no cabe desconocer que la Administración, por imperativo legal, ha de adecuar su actuación a criterios de eficacia -así se señala expresamente en el artículo 103 de la Constitución Española y 3.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, por lo que estando en juego unos fondos públicos obtenidos de los contribuyentes, la obligación de quien los administra es hacerlo de la manera más eficiente para el cumplimiento de los fines encomendados, siempre con la vista puesta en el interés general (STSJA de 09.05.97). Finalmente, tampoco puede oponerse a la aplicación de los mencionados preceptos estatutarios, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) pues la inamovilidad que proclama solo se predica de los funcionarios públicos.

Ahora bien, lo que queda fuera de toda duda, es que, en atención a la actual coyuntura económica, con el fin de corregir las estructuras de las administraciones públicas y sus empresas - sobredimensionadas en términos de plantilla- éstas están ahora legitimadas de manera diáfana para recurrir a la extinción de los contratos de trabajo del personal laboral a su servicio ex artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores por causas económicas, organizativas y productivas, sin perjuicio de adoptar todas aquellas medidas de ajuste que también han de contribuir a la aplicación de ésta según se dejó dicho más arriba. Creemos con un sector de la doctrina que, en la medida que no se incorpora la última causa, ésta debe considerarse suprimida en virtud de la imposibilidad de que la definición de la causa productiva pueda tener virtualidad en la esencia del actuar administrativo. No obstante lo anterior, la doctrina se encuentra dividida sobre tal cuestión.

No obstante lo anterior, un sector doctrinal mantiene que pese a la concurrencia de las causas que instituye el actual artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores debe concurrir, asimismo, una conexión de funcionalidad entre la extinción acordada y la superación de la situación negativa económica o presupuestaria que impida la consecución en la prestación del servicio público. Y así, lo que era predicable para la Administración pública se predica ahora, igualmente, respecto de la empresa privada. En este sentido la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21.11.12 (autos 4756/2012), que razona del siguiente modo:

“Sin embargo, la modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

Así pues, la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas:

- a) Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado.
- b) Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir.
- c) Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. - Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.

La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.

El RD 1483/2012 ha venido a aportar elementos para completar esta delimitación de las causas económicas para los despidos colectivos. Aquí comenzamos a notar la diferente regulación según el tipo de entidad pública de que se trate. Para los entes, organismos y entidades que, formando parte del sector público no tengan la consideración de Administraciones Públicas les resultará aplicable la definición general de las causas económicas prevista para los empleadores privados, y que aparece recogida en el

artículo 1.2 del RD, sin aportar nada a la definición ya recogida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

La única especialidad la encontramos en el apartado 3 del artículo 34 del RD 1483, en el que se dispone que “en los procedimientos contemplados en este apartado, y por lo que afecta a la documentación mencionada en el artículo 3.1 de este Reglamento, los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior deberán indicar, además, la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere”.

Para las Administraciones Públicas se recoge una definición propia, dentro del Capítulo II del Título III que les es de aplicación exclusiva, en los siguientes términos “3. A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. (...)”

Siguiendo con el análisis de las causas de despido objetivo en el sector público, el artículo 35.2 del RD 1483/2012: “se entenderá que concurren (...) causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.”

Las siguientes causas a analizar son las técnicas. En el artículo 35.2 del RD 1483/2012: “Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate”.

En relación con el último tipo de causas que en nuestro ordenamiento justifican una extinción del contrato de trabajo, las productivas, el único referente que tenemos es el artículo 51 ET, que al respecto afirma que “se entiende que concurren (...)”

causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar al mercado.”; en idénticos términos se pronuncia el artículo 1.2 del RD 1483/2012. La Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores no establece nada al respecto.

Un aspecto muy importante, que la Jurisprudencia ha interpretado en sentido restrictivo y protector de los trabajadores, es la necesidad de que la negociación del despido colectivo se lleva a cabo conforme a las exigencias de la buena fe. Se trata éste de un concepto jurídico indeterminado de difícil control, y que en una interpretación amplia puede determinar la nulidad, como efectivamente está ocurriendo, de muchos despidos colectivos y todo ello con independencia de que concurra o no la causa legal para el despido colectivo. Probablemente las nuevas reformas laborales incidan en este aspecto a los efectos de concretar lo que debe entenderse por buena fe en la negociación.

2.2. Extinción y cesión ilegal

La institución jurídica de la cesión ilegal de trabajadores es un fenómeno de importantísimas consecuencias prácticas en orden a la determinación de la responsabilidad empresarial respecto de la empleadora con el trabajador despedido, que conllevan una consabida responsabilidad solidaria y posibilidad de opción del empleado despedido de acceder como personal laboral de forma indefinida no fija a un ente público.

A partir de STS 19-1-1994 es doctrina jurisprudencial reiterada que para excluir la calificación de cesión ilegal de trabajadores no basta con la presencia de un empresario real en una relación de encargo de obras o servicios por parte de una empresa principal, sino que es necesario que el empresario real al que se encargan o subcontratan obras o servicios no se limite a “suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial” (STS 17-12-2010 y las en ella citadas).

La puesta a contribución o puesta en juego de la propia empresa a la que se hace el encargo o subcontrata se manifiesta en diversos indicios, relativos a la selección de los trabajadores contratados, o a la asunción del riesgo de empresa en las tareas asumidas, o al desarrollo de las potestades propias de la gestión

de los recursos humanos, o a la provisión de los medios técnicos y organizativos exigidos en la realización de las obras o servicios contratados.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido trasplantada al ordenamiento legal en la reforma introducida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que califica expresamente de “cesión ilegal” el supuesto en el que” el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”

En efecto, Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores establece: 1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Y como ha manifestado este Tribunal en sentencias de 23-11-04 R. 4691/04, “el elemento esencial que caracteriza el fenómeno interpositorio es la intromisión de un titular ficticio entre los titulares reales de la relación, con la consiguiente usurpación por parte del primero de la posición jurídica correspondiente a uno de los segundos. En concreto, el contrato de trabajo se configura en la interposición con un empresario aparente, que contrata formalmente con los trabajadores, pero éstos prestan sus servicios a otra persona que es el empresario real, la cual no aparece como sujeto de las respectivas relaciones jurídicas.

Las funciones que la interposición persigue en el contrato de trabajo pueden ser también múltiples, desde la elusión de las responsabilidades empresariales por parte del que utiliza los servicios de los trabajadores sin figurar como empleador, hasta la evitación de que la plantilla de este último llegue a un determinado número de trabajadores, pasando por

la aplicación a los trabajadores afectados de normas sectoriales diferentes, probablemente menos gravosas para el empresario que se beneficia de la aportación laboral.

Pero en todo caso con la interposición indubitablemente se pretende que las obligaciones y derechos correspondientes al sujeto empleador queden atribuidos a un titular ficticio, que no es el que recibe y utiliza los servicios de los trabajadores, con elusión por tanto del que efectivamente sí lo hace. Se da con ello en esta operación un elemento de ocultación que aproxima la figura a la simulación negocial; es claro que en la interposición se simula un sujeto que no es el verdadero, aunque la coincidencia se detiene aquí, puesto que en la simulación negocial el elemento engañoso afecta a la entera estructura del negocio a través de la ficción de su causa, mientras que en la interposición sólo es afectado el elemento subjetivo, permaneciendo sin alteración la naturaleza del contrato. En esta situación calificada por la doctrina como triangular o tripolar, próxima a las que en los negocios patrimoniales civiles se han identificado como realizados por persona interpuesta, se puede advertir un segundo elemento esencial, constituido por el negocio concluido entre el titular ficticio y el titular real que se pretende ocultar. Este otro negocio, que puede adoptar varias modalidades, posee en todo caso el rasgo común de proveer de una apariencia jurídica lícita el hecho de la intromisión personal en el contrato de trabajo”.

A lo que añadir la exigencia de que la operación de interposición conlleve un propósito especulativo en sentido propio y directo, que normalmente ha venido requiriendo la jurisprudencia, siquiera en algún concreto supuesto antigua doctrina haya prescindido de tal elemento adicional.

En palabras de la STS 17/01/02, lo que contempla el art. 43 ET es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal

y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan de terminadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo -cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real- o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

Al tratar de las características del ilícito mecanismo interpositorio, la jurisprudencia destaca que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante a tales efectos consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia. Y aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas. Por ello se afirma que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio.

Tal doctrina ha de ser puesta en relación con los datos de hecho que normalmente llevan a los Tribunales a declarar, ya sea en autónomamente en acción declarativa ya en impugnación de un despido, la cesión ilegal, con la condena solidaria y posibilidad de considerarse al afectado por la medida como personal indefinido en la entidad cedente o cesionaria, a su elección.

Tales hechos son como digo si el demandante prestaba servicios continuados en las dependencias y sede de la Administración codemandada, si se ha utilizado los medios y materiales tales como locales,

soporte informático, etc., sin ninguna distinción que lo diferenciase de los demás funcionarios del departamento. Si se presta sus servicios junto con los funcionarios, con su mismo horario de trabajo. Las vacaciones y permisos, su control y autorización dependen del Jefe del Departamento del Servicio si bien las comunicaba a la empresa contratista de que depende el trabajador. El trabajo se realiza bajo la organización y dependencia técnica del Jefe de Departamento del citado Servicio. No se ha acreditado que ningún mando superior o intermedio de la empresa cedente a la que pertenece le impartiese instrucciones técnicas o incluso organizativas.

En tales casos estaría inmerso en el círculo organizativo de la Administración con evidente cesión ilegal.

En otro orden de cosas, debe citarse aquí, aunque sólo sea de forma tangencial, la necesidad de accionar frente al cedente cuando aún está vigente la relación laboral. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal, y si bien es cierto que ello no supone obstáculo alguno para reclamar las consecuencias derivadas de una cesión ilegal cuando se produce un despido, no es menos cierto que sólo podrá alcanzarse esta meta si la cesión ilegal subsiste en el momento de producirse el referido despido.

Por lo expuesto, cuando el cese se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, no puede prosperar la acción de cesión y por ello no pueden en modo alguno reconocerse las consecuencias derivadas de la cesión ilegal de trabajadores, sin perjuicio de que el despido pueda invalidarse por causa diferente, pero no sobre la base de una pretendida cesión ilegal de trabajadores.

2.3. Sucesión de empresas y extinción

La eliminación de entidades administrativas instrumentales, la vuelta a la prestación directa de actividades previamente descentralizadas a favor de empresarios contratistas o concesionarios, a quienes se había recurrido con cierta frecuencia para la cobertura de diferentes finalidades como la ayuda a domicilio, cuidado de discapacitados, tratamientos de expedientes, entre otros muchos, conlleva que surja la duda sobre si los concretos trabajadores afectados por dichas medidas pudieran tener derecho a integrarse en el nuevo modelo de Administración que asuma la prestación del servicio. El supuesto dicho es el del

artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se establece la denominada “sucesión de empresas”, por la que se impone a aquel empresario que pasa a ser titular de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma la obligada subrogación en la posición de empleador en los contratos de trabajo (con todo su haz de derechos y obligaciones) de los empleados que prestan servicios en dicha empresa, centro o unidad productiva por cuenta de su anterior titular. Y esta subrogación opera “ope legis”, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que, una vez producida, el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser el anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a este último en relación con las deudas preexistentes a la sucesión durante el plazo de tres años.

La configuración de la institución de la sucesión laboral en el Derecho del Trabajo español siguió el ejemplo paradigmático de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuyo artículo 3.1 habló por primera vez en nuestro Derecho positivo de las “unidades patrimoniales con vida propia, susceptibles de ser inmediatamente explotadas”, entendidas como un haz de derechos y obligaciones de valor constituido unitariamente de forma orgánica, que no es equivalente a la mera suma o yuxtaposición de sus componentes y es capaz de actuar no sólo como objeto, sino en ocasiones como sujeto de relaciones jurídicas. Se trata de un concepto inspirado en la figura clásica de la herencia yacente, un patrimonio con vida propia. Esta concepción sirvió igualmente de pauta interpretativa para el artículo 72 de la Ley General Tributaria y de ahí pasó al ordenamiento de Seguridad Social con idénticos fines de garantía del cumplimiento de las obligaciones, incorporándose en el artículo 97.2 del texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social bajo la forma de responsabilidad solidaria por las deudas de Seguridad Social en los casos de “sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio”, configurando la sucesión sobre el ejemplo de la tradicional sucesión mortis causa, de carácter universal (in universum ius). Tal concepción, una vez incorporada en la normativa de Seguridad Social, sin duda ha inspirado la interpretación de las disposiciones del Derecho del Trabajo, definiéndose la sucesión de empresas de forma semejante a partir del artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, fuente directa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta concepción civilista ha impregnado la interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que finalmente ha venido siendo interpretado que el supuesto de hecho contemplado en dicha norma exige una transmisión patrimonial entre los suce-

sivos empleadores, de forma que a falta de la misma no podrían operar las disposiciones del artículo 44.

Pero esta interpretación de la norma por sus antecedentes históricos no es ajustada a la obligada interpretación conforme al Derecho comunitario europeo y, en concreto, a la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, sustituida posteriormente por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo 2001, que es la aplicable al caso. Hay que tener en cuenta además que las dudas sobre la incorporación de estas Directivas al Derecho español han quedado resueltas por cuanto el texto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores fue modificado por el artículo 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, para adaptarlo al texto de la Directiva 98/50/CEE y que la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27 de octubre de 2004, ha establecido que el contenido de las Directivas comunitarias citadas y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han de ser los parámetros de interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por imperativo de las obligaciones asumidas por España en el marco de la Unión Europea.

En definitiva, la interpretación de la normativa nacional ha de ser conforme a las disposiciones del Derecho comunitario en la medida en que no exista entre ambas una contradicción clara e insoluble. Y la Directiva 2001/23/CE, en la interpretación dada a la misma por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se fundamenta no en el concepto de transmisión patrimonial, sino de continuidad de “empresa, centro de actividad o parte del centro de actividad” en cuanto actividad productiva identificable como organización con sustantividad propia, lo que en definitiva supone retomar los orígenes remotos de la figura en el Derecho español anteriores a la reinterpretación sucesoria, esto es, el artículo 90 de la Ley de 21 de noviembre de 1931, de contrato de trabajo, y muy especialmente lo establecido en la Orden de 16 de julio de 1932, dictada en interpretación de dicho artículo:

“No existe diversidad de contratos cuando no ha habido solución de continuidad en la prestación de servicios por parte del demandante en el mismo establecimiento, aun cuando éste haya

sido regido por varias personas naturales o jurídicas, pues ello no supone extinción del primitivo contrato concertado por el reclamante, toda vez que tal motivo no cancela el empeño concertado, con lo cual se tiende a remunerar la continuidad del trabajo, con independencia de los cambios de dueño que pueda tener el establecimiento, y a considerar las obligaciones originadas en el contrato como una carga del negocio, que pudiera llamarse real, si bien no tenga esa apariencia jurídica”.

Consecuencia de todo lo anterior es que la subrogación contractual ope legis determinada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 77/187 /CEE opera también en determinados supuestos en los que no existe transmisión de un patrimonio entre las dos empresas y, en concreto:

a) La circunstancia de que la propiedad de los activos necesarios para la explotación de la empresa no haya sido transmitida al nuevo empresario no constituye un obstáculo para que exista una transmisión relevante a efectos de la Directiva, esto es, el hecho de que no haya tenido lugar ninguna transmisión de activos no tiene carácter determinante. Así lo establecen las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1987, Ny Molle Kro, de 10 de febrero de 1988, Tellerup, llamada “Daddy’s Dance Hall”, de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, de 5 de diciembre de 1999, Allen, de 20 de noviembre de 2003, Abler y de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres.

b) El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva es si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkers y de 11 de marzo de 1997, Sützen). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995, Rygaard). Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de

las Comunidades Europeas Sützen, antes citada).

c) Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente.

d) La inexistencia de un vínculo contractual directo entre el cedente y el cesionario no reviste una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva, indicio que ha de valorarse junto con los demás elementos concurrentes en el caso (véanse, en este sentido, las sentencias, Sützen, antes citada, y la de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96). En este sentido pueden considerarse como cesiones contractuales, en el sentido del artículo 1.1.a de la Directiva 2001/23/CE, por ejemplo, la asunción por la Administración de una actividad que antes desempeñaba una entidad privada a través de subvenciones concedidas por la propia Administración (sentencia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting), la asunción de facto por la Administración de la actividad antes desarrollada por una entidad sin ánimo de lucro (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 septiembre 2000, Mayeur), la recuperación por el propietario de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento (sentencias de 17 de diciembre de 1987, Ny MØlle Kro, y de 5 mayo de 1988, Berg), la rescisión del contrato de arrendamiento de un establecimiento por su propietario para la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento con un nuevo cesionario (sentencia de 10 de febrero de 1988, Tellerup, llamada «Daddy’s Dance Hall»), el cambio del contratista que realiza

una determinada actividad para la empresa principal, siempre que el nuevo contratista asuma el establecimiento cumpliéndose los requisitos de identidad exigibles, aún cuando la titularidad de los medios materiales con que cuenta para la prestación del servicio corresponde a la empresa principal (sentencia de 2 de diciembre de 1999, Allen, C-234/1998) y, muy especialmente en relación con el supuesto de que aquí se trata, la situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando el segundo empresario utilice importantes elementos de activos materiales utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante (sentencia de 20 de noviembre de 2003, Abler, C-340/2001).

e) La Directiva sobre traspasos de empresas es de aplicación en los casos en los que una entidad que presta servicios públicos, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, es transmitida a título oneroso en régimen de concesión administrativa, por decisión de los poderes públicos, a una sociedad de Derecho privado (Sentencia de 14 de septiembre de 2000 en el asunto C-343/98, Collino y Chiappero c. Telecom Italia SpA). A la inversa, las Administraciones Públicas no están tampoco exentas de la obligación de asumir a los trabajadores de otras empresas, incluso cuando se trate de asociaciones sin ánimo de lucro, en el caso de que concurren los elementos aplicables con carácter general, en aquellos casos en que la propia Administración pasa a ejercer de forma directa los servicios que antes desempeñaban esas empresas, incluso cuando dichas entidades operasen sin un vínculo contractual directo con la Administración (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 septiembre 2000, Mayeur, en el asunto C-175/1999). No obstante, para determinar la existencia de sucesión, es preciso que concurren los elementos determinantes de la misma valorados en su conjunto, sin que la mera transmisión de competencias o funciones de un sujeto a otro sea determinante por sí solo, si bien constituye un elemento más a tomar en consideración (sentencia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/1991).

f) La transmisión al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa es automática y la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores (sentencias de 11 julio 1985, Mikkelsen, asunto C-105/84, de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89 y de 24 de enero de 2002, Temco Service Industries, en el asunto C-51/2000).

La conclusión que resulta de todo ello es que, para determinar si ha existido o no sucesión, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único.

2.4. Grupo de empresas

El Tribunal Supremo viene manteniendo una línea uniforme y clara en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que se han de cumplir para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes en relación con los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen; siendo la consecuencia más destacable a este respecto la que supone la extensión de la responsabilidad solidaria a todas esas empresas que integran el grupo. Las sentencias que han consolidado esta doctrina son fundamentalmente las de 30 de enero, y 9 de mayo de 1990, 30 de junio de 1993, 26 de enero de 1998, 21 de diciembre del 2000, 26 de septiembre el 2001 y 23 de enero del 2002, entre otras. El contenido de la doctrina que se mantiene en estas sentencias queda perfectamente reflejado en lo que expresa la citada sentencia de 26 de enero de 1998, en la que se manifiesta: “El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia. Así ya se afirmó que “no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores,

sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales” (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993, “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha resabiado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 y 8 de octubre de 1.987). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993). Y todo ello teniendo en cuenta que “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores “ (SS. de 26 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993 que, expresamente, la invoca)”.

Difícil será la existencia de la doctrina del grupo de empresas en los casos en los que las empresas sean Administraciones Públicas, pues la relación de dependencia orgánica y jerárquica imperante entre los órganos administrativos la excluye. No lo será tanto, sin embargo, entre una administración y una empresa pública de carácter privado, en la medida que si se constituye esta última como medio de artificio o fraude para eludir las responsabilidades sociales, no es, en absoluto, impensable la aplicación de esta doctrina, con la condena solidaria de todas las personificaciones jurídicas.