

NUMERO

23

SEMANA
5 AL 11 JUNIO

1995

- 6 JUN. 1995

ENTRADA Nº

ACTUALIDAD LABORAL

DIRECTOR: EFREN BORRAJO DACRUZ

*«El despido colectivo
en el Estatuto de los Trabajadores»
Elías González-Posada Martínez*

NUMERO MONOGRAFICO



ACTUALIDAD LABORAL

PUBLICACION SEMANAL TECNICO-JURIDICA DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- DIRECTOR** Efrén **Borrajó Dacruz**. Catedrático de Política Social y Derecho del Trabajo. Universidad Complutense. Madrid. Abogado.
- CONSEJO DE REDACCION** Pedro Francisco **Armas Andrés**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social.
Vicente **Conde Martín de Hijas**. Magistrado del Tribunal Supremo.
Félix **de las Cuevas González**. Magistrado del Tribunal Supremo (jb.).
José María **Marín Correa**. Magistrado de la Audiencia Nacional. Sala de lo Social.
Rafael **Martínez Emperador**. Magistrado del Tribunal Supremo.
Blas **Oliet Gil**. Presidente de Sala del Tribunal Central de Trabajo (†).
Juan Manuel **Ramírez Martínez**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia.
Tomás **Sala Franco**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia.
José **Vida Soria**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada.
- CONSEJO ASESOR** José **Alvarado Ruiz**. Fiscal del Tribunal Supremo. Madrid.
Benjamín **Blasco Segura**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Presidente de la Sala de lo Social.
Víctor **Cubero Romeo**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Presidente de la Sala de lo Social.
Jesús **González Peña**. Magistrado del Juzgado de lo Social. Oviedo.
Luis **Hernández Ruiz**. Magistrado del Juzgado de lo Social. Jaén.
Vicente **Lope Saenz de Tejada**. Magistrado del Juzgado de lo Social. Guipúzcoa.
Antonio **Martín Valverde**. Magistrado del Tribunal Supremo.
Jesús **Martínez Calleja**. Fiscal.
Alfredo **Montoya Melgar**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Madrid.
Antonio **Navas Galisteo**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga). Presidente de la Sala de lo Social.
José María **Ordeig Fos**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Presidente de la Sala de lo Social.
M. Carlos **Palomeque López**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Salamanca.
Alvaro G. **Redondo Hermida**. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Antonio **Reinoso y Reino**. Magistrado del Juzgado de lo Social. Huelva.
Bartolomé **Ríos Salmerón**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Presidente de la Sala de lo Social.
Juan **Rivero Lamas**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Zaragoza.
José **Rodríguez Quiros**. Magistrado del Juzgado de lo Social. León.
Santiago **Romero de Bustillo**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla). Sala de lo Social.
Jesús **Souto Prieto**. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sala de lo Social.
- EDITA** ACTUALIDAD EDITORIAL, S. A.
c/ Aragonenses, 7 - Polígono Industrial. 28100 ALCOBENDAS (Madrid)
Centralita: Teléf. (902) 34 00 24 - Fax 634 17 23
Atención al cliente: Teléf. (902) 34 61 13 - Fax 634 63 29
- REDACCION EDITORIAL** **Director Técnico:** José Guilló Sánchez-Galiano (Abogado).

© ACTUALIDAD EDITORIAL, S. A. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico, electrónico, fotocopia, microfilm, sin la autorización previa de la Editorial.

Los criterios y juicios contenidos en los artículos de esta Revista son los de sus autores y no necesariamente son compartidos por la Editorial y la Dirección.

Publicación adherida a la APP no sujeta a control obligatorio de difusión, por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.



DOCTRINA

XXIII

LA CONFIGURACION DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**Elías GONZALEZ-POSADA MARTINEZ***

«El proceso de destrucción creadora constituye el dato de hecho esencial del capitalismo. En ello consiste en definitiva el capitalismo y toda empresa capitalista tiene que amoldarse a ello para sobrevivir»

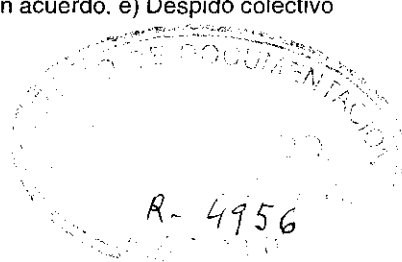
J.A. Shumpeter

Capitalismo, socialismo y democracia.

SUMARIO. CAPITULO I. EL DESPIDO POR REDUCCION DE PERSONAL. 1. Empresa y despido colectivo. 2. Antecedentes normativos en la construcción de la noción de despido por crisis. 3. Notas en torno a la caracterización dogmática del despido por crisis. 4. La fundamentación inicial del despido por crisis. CAPITULO II. LA ACTUAL CARACTERIZACION DEL DESPIDO COLECTIVO. 1. Aspectos generales de la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/94 en materia de despido colectivo. 2. La estructura del despido colectivo. a) Elementos numérico-temporales. b) Elementos causales. c) Elementos finales. d) La especialidad del despido colectivo total. 3. Fraude de Ley y despido colectivo. CAPITULO III. LA PROCEDIMENTALIZACION DE LA FACULTAD EXTINTIVA. 1. Información, consulta y composición de intereses. El control colectivo. a) Derecho de información. b) Derecho de consulta. c) El acuerdo. 2. El procedimiento de regulación de empleo. El control público. a) La iniciación del procedimiento. b) La instrucción del expediente. c) La autorización administrativa con acuerdo. d) La autorización administrativa sin acuerdo. e) Despido colectivo y situación de desempleo. 3. La doble hipótesis normativa.

357

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valladolid.



CAPITULO I

EL DESPIDO POR REDUCCION DE PERSONAL

1. EMPRESA Y DESPIDO COLECTIVO

A los efectos puramente instrumentales puede concebirse la empresa como toda forma de actividad productiva organizada. En tal con texto el empresario ocupa una posición organizadora y al mismo tiempo actúa como intermediario entre producción y consumidor combinando capital y trabajo para la producción de bienes o/y servicios.

Admitida la perspectiva de la empresa como organización, donde se integran medios precisos para hacer de la misma un sujeto económico rentable y eficiente, ocurre que la específica ordenación de las prestaciones singulares de los asalariados, así como la estructura de sus cualificaciones, constituye una facultad propia del empresario de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Hechas las consideraciones anteriores, la materia que viene a suscitarse a lo largo de las siguientes páginas es la determinación por parte del empresario del número óptimo de trabajadores a su servicio. Nociones como regulación de empleo, reducción de efectivos, reducción de personal o despido colectivo tienen como finalidad expresar un episodio cada vez más habitual en las empresas, y consistente en la optimización de los recursos a través de la más alta rentabilidad y utilización de los mismos. Dentro de los recursos utilizados, los humanos —la fuerza de trabajo—, puede ser recualificada, si ello es posible, o ser más intensamente explotada, pudiéndose en ambos casos producir un excedente de mano de obra para la empresa. El excedente estará sometido a la lógica de los fenómenos extintivos del contrato de trabajo, que iniciados por voluntad unilateral del empresario, se corresponde con lo que técnicamente se conoce como despido.

El despido, siendo colectivo, puede querer expresar la existencia de una pluralidad de extinciones contractuales acaecidas en un único acto de voluntad empresarial. No obstante la naturaleza colectiva del despido expresa igualmente el verse afectado un interés colectivo que se exterioriza como conflicto entre los afectados por la extinción del contrato en la empresa y los no afectados; entre el empresario y los sujetos colectivos opuestos al despido colectivo mismo o a su dimensión cuantitativa; conflicto entre el equilibrio productivo de la empresa y el sistema económico externo a la empresa que recibe la expulsión de la mano de obra; conflicto en fin entre las razones de la microeconomía empresarial y las razones de la sociedad(1).

358

Como ha podido apreciarse la finalidad última que motiva todo despido colectivo reside en la reducción del volumen de mano de obra en la empresa. Tal finalidad responde a la misma lógica que motiva la contratación de trabajadores: la maximización del beneficio, ya sea por incremento de la producción, de la productividad, o por reducción de las pérdidas.

Frente al razonamiento anterior se alza, como ya se ha dicho, el interés del trabajador contratado, cuyo objetivo es el mantenimiento de las expectativas jurídicas generadas como consecuencia del vínculo laboral existente, e igualmente se alzan los intereses colectivos que pretendiendo mantener el nivel de colocación someten a criterios de objetivación y racionalidad las medidas extintivas, atenuando los efectos de la decisión empresarial(2).

(1) Vid. Carofalo, M.: «Eccedenze di personale e conflitto: Profili Giuridici» en *Giornale de diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 46, 1990, pág. 244.

En el centro de los intereses enfrentados, suele ubicarse la norma jurídico-laboral cuya función viene a ser la disciplina de una serie de requisitos sustantivos y/o procedimentales de garantía, que pudiendo reconocer diversas variables de distinto orden, faculta con mayor o menor rigor la extinción parcial o total de las singulares relaciones de trabajo existentes en la empresa. De forma resumida puede indicarse que las variables que tienden a reconocer los ordenamientos son de orden económico y social; sin embargo tales sistemas jurídicos acaban optando por contextualizar normativamente modelos sociales, y en éste caso modelos de empresa.

Resultan diversas las consecuencias que se derivan de una *concepción de empresa como organización estática*, donde las facultades extintivas del empresario atienden de forma exclusiva a razones provocadas por la situación de insolvencia.

Distintas son las consecuencias cuando se reconoce un *modelo de empresa dinámico* concebido como sujeto activo en el mercado, facultándose la mecánica extintiva al comprobarse la contracción de la actividad productiva en el mercado.

Igualmente diverso es en fin el efecto cuando se acepta un *modelo de empresa como organización productiva y sujeto económico fundamental*. Entonces la extinción colectiva es admitida cuando así lo exige la mejor organización con independencia del grado de solvencia económica o condiciones en que se desenvuelve en el mercado, dado que concibiéndose como operador económico, su organización está libre de limitaciones externas por parte del ordenamiento.

Conviene precisar que la incidencia de la normativa laboral ante las posibles hipótesis de despido colectivo, tiene una relevancia sustancialmente diversa a la que acaece como consecuencia de la crisis de empresa en el orden jurídico-mercantil. En tal orden, las situaciones de insolvencia o de prevención de la misma tratan de componer el conflicto entre las distintas posiciones acreedoras y deudoras del empresario, y cuya trascendencia puede ser nula en el ámbito jurídico-laboral. Ambas situaciones, mercantiles y laborales, constatan la existencia de una crisis, pero con contenido diverso. Existe crisis en la medida en que se produce una solución de continuidad entre el pasado y el futuro, pero mientras la que consta en el círculo mercantil afecta a la continuidad de la empresa, la existente en el ámbito laboral afronta la continuidad total o parcial de las relaciones de trabajo. Es cierto que ambas situaciones pueden ocupar terrenos comunes afectándose mutuamente, pero ello no debe hacer considerar su identidad común bajo el denominador de crisis de empresa.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN LA CONSTRUCCION DE LA NOCION DE DESPIDO POR CRISIS

Una vez subrayada la significación que tiene la empresa como organización, así como la relación existente entre la optimización de los recursos humanos y los despidos colectivos, conviene dejar constancia de las distintas variables normativas que se han ido sucediendo en el ordenamiento jurídico español, como respuesta a las cuestiones apuntadas. Será fácil constatar en las distintas formulaciones legales cómo quedan reflejados los intereses merecedores de tutela y las causas adecuadas en el ejercicio de la rescisión colectiva, expresión todo ello del modelo de organización productiva de una comunidad política que al mismo tiempo traduce el modelo de célula productiva en una sociedad.

359

(2) Sobre la protección del interés general Vid. Bayon Chacón, G.: «La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas». En diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de Trabajo, reconversión y desempleo. Madrid, 1970, págs. 41 y ss. Vid. igualmente Borrajo Dacruz, E.: «La triple dimensión de los despidos colectivos y objetivos plurales: «Interés legítimo del trabajador, exigencias organizativas de la empresa y protección por desempleo». Actualidad Laboral, nº 2, 1995, págs. 133 y ss.

La extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario encontró, en su versión plural o colectiva, una primera referencia a través de una Real Orden de 2 de julio de 1909 (Caceta de 4 de julio) por la que se daban instrucciones a las Juntas Locales y provinciales de Reformas sociales para la confección de los datos de interés por el servicio de Estadísticas del Trabajo. En tal Orden, cuando se llega a definir el Lockout, se describe como supuesto en el que uno o varios patronos hubieran resuelto el despido colectivo de sus obreros(3). Sin embargo las más precisas referencias a las hipótesis extintivas por crisis laboral de empresa se localizan en el período Republicano con expresión de una concepción más moderna y evolucionada del Derecho del Trabajo. El art. 46 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931 y el art. 54 del Texto Refundido de la Legislación sobre Jurados Mixtos de 1935, distinguía entre el despido justificado por causas imputables al trabajador y despido justificado por causas ajenas a dicha voluntad, estableciendo en ambos casos que la causa extintiva era justa. El legislador al concretar en los preceptos citados las causas ajenas a la voluntad del trabajador enumeraba las mismas, señalando la crisis de trabajo, la cesación de la industria o profesión, la naturaleza eventual y limitada del trabajo, y finalizando con un «etcétera» que daba cuenta del carácter abierto del precepto a otras causas similares o análogas. En las hipótesis señaladas el trabajador tenía derecho a exigir el importe de los salarios correspondientes al término de preaviso indicado en las Bases de Trabajo o por costumbre. Adviértase que la primera referencia expresa a lo que hoy puede denominarse despido colectivo no se produce hasta 1931 y merced no a la Ley de Contrato de Trabajo, sino por medio de la Ley de Jurados Mixtos y dentro del apartado de los Juicios por despido(4). Crisis de trabajo y cesación de industria o profesión legitiman por tanto la adopción del acto extintivo cuando circunstancias objetivables así lo justifican, disponiéndose para ello de un órgano de control para evaluarlo. La Ley de 25 de junio de 1935 sobre paro voluntario y el Decreto de 29 de noviembre del mismo año, exigieron la comunicación al Jurado Mixto correspondiente la motivación de la extinción por parte del empresario, investigando el propio Jurado sobre la posibilidad de atenuación de los despidos, mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días de labor. Comunicadas al empresario las alternativas posibles al despido, y de no ser admitidas por éste, la documentación era remitida al Ministerio de Trabajo quien establecía turnos o reducía días de trabajo quedando facultada la empresa para elegir entre ambas medidas. En los supuestos en que el Jurado Mixto, previa elaboración del correspondiente informe, entendiera la imposibilidad de medidas atenuadoras del despido la empresa podría proceder al mismo, al igual que cuando el Ministerio de Trabajo no hubiera resuelto en el plazo de quince días desde la recepción del informe del Jurado Mixto(5).

(3) Bien es cierto que la referencia citada poco tiene que ver con la materia que nos ocupa, pero no desmerece ser evocada aunque solo sea por razones terminológicas. Vid. Martínez Cirón, J.: «Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva». I.E.L.S.S. Madrid, 1985, pág. 187, nota 184.

360 Conviene resaltar que la utilización de la noción de despido colectivo para dar cuenta de una extinción colectiva de los contratos de trabajo en situación de conflicto era habitual encontrarla en la Jurisprudencia extranjera de la época, y así la Sentencia de 7 de agosto de 1906 del Tribunal de Apelación de Nápoles, comentada por Barassi, donde se establecía que la insubordinación y rebelión en masa de trabajadores, haciendo venir a menos la causa jurídica y la finalidad del contrato de trabajo, justifica el despido colectivo. Cit. por D'antona, M.: «Il licenziamento collettivo per riduzione del personale nel quadro della stabilità reale del posto di lavoro: Spunti per un ripensamento». Rivista Giuridica del Lavoro, 1-2 parte segunda, 1974, pág. 77 nota 10.

(4) Con anterioridad a los preceptos citados, no se localizan referencias normativas que atiendan a la cuestión del despido por crisis en sus variadas posibilidades, recurriendo para estos casos el empresario a la figura de la extinción de la relación obligatoria por la fuerza mayor. Vid. Alarcón y Horcas, S.: «Código de Trabajo». Reus, Madrid, 1927, donde son comentadas diversas Sentencias.

(5) Sobre el despido parcial de obreros por falta de trabajo regulado por Decreto de 29 de noviembre de 1935 Vid. Palomeque López, C.: «Crisis económica y regulación de empleo», en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. Universidad Complutense, Madrid, 1984 págs. 253 y ss. Igualmente Vid. Suárez Conzalez F.: «La terminación del contrato de trabajo» Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1967 págs. 244 y ss. Vid. Villa Gil, L-E.: «La extinción del contrato de Trabajo», Madrid, 1960.

Con el cambio de régimen político la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en su art. 76.7 admitió la extinción del contrato por cesación de industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación hubiere sido debidamente autorizada. El Decreto de 26 de enero de 1944, bajo los presupuestos de la Ley de Contrato de Trabajo, exigió la autorización administrativa previa a la extinción, para cesar en sus actividades. Ambos conceptos legitimadores se verán precisados y ampliados como consecuencia de toda una normativa en materia de subsidios de paro. Así el Decreto de 16 de junio de 1954 posibilitará su percepción a los despedidos con autorización oficial al introducirse en la empresa mejoras de carácter técnico o nuevos métodos de trabajo que diera lugar a un incremento de la productividad. Con posterioridad el Decreto de 26 de noviembre de 1959 y su Orden de desarrollo de 11 de diciembre de 1959 establecieron el subsidio de paro en los casos de despido a causa de dificultades de orden económico, y el Decreto de 3 de marzo de 1960 así como la Orden de 9 de marzo de 1960 acogieron la posibilidad de disfrutar del subsidio de paro por causas económicas o tecnológicas, ampliándose en 1962 el subsidio a los afectados por cese definitivo de todo o parte de la plantilla. La derogación del Decreto de 1944 por el de 2 de noviembre de 1972 sobre política de empleo, supone la recepción de la experiencia normativa anteriormente citada, admitiéndose el despido, previa autorización administrativa por causas tecnológicas y económicas, y rompiéndose la tradicional formulación de crisis laboral o económica(6). La nueva fundamentación causal acaba consolidándose en la Ley de Relaciones laborales de 1976, en el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, así como en el Estatuto de los Trabajadores de 1980(7).

Vistas de manera breve y sintética las distintas formulaciones legales que se han venido produciendo hasta el presente, pueden obtenerse algunas conclusiones. En primer lugar, que la figura del despido colectivo parcial aparece con la Ley de 25 de junio de 1935 sobre medidas transitorias para remediar el paro obrero, fundamentando el acto extintivo por la falta de trabajo. En segundo lugar, que la referencia localizada en la Ley de Jurados mixtos de 1931 mediante la cual se faculta la extinción del contrato por crisis de trabajo o cesación de actividad, ha de entenderse tiene una exclusiva dimensión individual, idéntica dimensión que se constata en la ley de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944 (arts. 89.5º y 76.6º respectivamente) esta vez fundada la extinción por fuerza mayor. En tercer término, que el despido colectivo por crisis laboral o económica trae su reconocimiento con la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, posibilitándose su ejecución previa autorización administrativa ante la cesación de actividad, según el Decreto de 26 de enero de 1944. Y por último que con el Decreto de política de empleo de 2 de noviembre de 1972 se faculta la extinción colectiva por causas económicas y tecnológicas, ratificándose tal fundamentación por parte de la Ley de Relaciones Laborales y Estatuto de los Trabajadores hasta la reciente redacción de la Ley 11/94.

En un segundo orden de conclusiones puede evidenciarse como a partir del año 1972 desaparece en la fundamentación de las extinciones contractuales la referencia a la crisis, estableciéndose la legitimación extintiva en un principio de causalidad económica o tecnológica. Sin embargo ante la ausencia de una definición legal de causa económica o tecnológica, y vistas las dificultades de su construcción, la doctrina optó por aceptar elaboraciones jurisprudenciales y administrativas(8), que al mismo tiempo habían bebido sus criterios interpre-

361

(6) Vid. Sagardoy Bengoechea, J.A.: «Sobre las crisis laborales o económicas: concepto» en diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo. Madrid, 1970 págs. 137 y ss. Igualmente Vid. Barrionuevo Peña, J.: «La nueva regulación de los expedientes de crisis». R.P.S. nº 97, 1973, págs. 69 y ss. Vid. un análisis de la vinculación entre regímenes de subsidios de paro y despido colectivo en Borrajo Dacruz, E.: «Sujetos protegidos y objeto de la relación jurídica del seguro contra el paro involuntario», en Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 6, 1959 págs. 1.801 y ss.

(7) Por todos vid. la analítica reflexión sobre la normativa del franquismo realizada por García Becedas, G.: «Reconversiones industriales y ordenamiento laboral». Tecnos. Madrid, 1989, págs. 21 y ss.

(8) Cfr. Matía Prim, J.: «El expediente de regulación de empleo» Tesis Doctoral. Inédita. Madrid, 1977, págs. 190 y ss.

tativos en las fuentes de la dogmática construida bajo la vigencia de los conceptos de crisis laboral o económica(9), con lo que en la práctica variados los conceptos permanecieron idénticas realidades interpretativas, que han restringido las posibilidades flexibilizadoras de la Ley(10).

3. NOTAS EN TORNO A LA CARECTERIZACION DOGMATICA DEL DESPIDO POR CRISIS

Pero junto a la fundamentación de las causas económicas y tecnológicas en la previa apreciación de crisis, la caracterización dogmática de las citadas causas han determinado hasta el momento presente una lectura, en muchos casos, bunkerizada del despido colectivo cuando éste debía ser resuelto en una instancia administrativa o jurisdiccional.

Planteada la cuestión en estos términos es necesario subrayar como de manera implícita se ha suscitado una conexión entre crisis de empresa y crisis del contrato al verse afectado por la extinción(11). De tal manera ello ha sido así que la extinción de la relación contractual por cesación de actividad fundada en causas económicas o tecnológicas motivó la valoración inicial de la situación empresarial para posteriormente evaluar la adecuada ruptura del vínculo laboral, ambos supuestos articulados a través de la crisis(12). En el contexto citado la fundamentación dogmática de la extinción del contrato basada, como se ha dicho, en causas económicas o tecnológicas de la empresa básicamente encontró dos anclajes doctrinales: Fuerza mayor(13) y Onerosidad sobrevenida(14).

(9) Así las definiciones sobre crisis laboral o económica de Alonso Olea, M.: «El despido», I.E.P. Madrid. 1958, pág. 64; Suárez González, F.: «La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad». R.P.S. nº 56 págs. 61 y ss; Bayón Chacón, G.: «La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas», en diecisiete lecciones... cit. pág. 65.

(10) En parecido sentido y respecto a las resoluciones administrativas Vid. Durán López, F.: «Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España». Documentación Laboral, nº 22, 1987, pág. 71.

(11) Sagardoy Bengoechea, establecía no obstante que la crisis no era del contrato sino de la empresa, pero con la particularidad de que aquél se desenvolvía en esta. Cfr. en «Sobre las crisis laborales o económicas: concepto». cit. pág. 142.

(12) Bien es cierto que pronto Alonso Olea al analizar la legislación vigente a partir de 1944 consideró que el Decreto de 26 de enero de 1944 debía identificarse mejor como Decreto sobre despidos colectivos que como habitualmente se denominaba, Decreto sobre despidos por crisis. Vid. «El despido». I.E.P. Madrid, 1958 nota 3, pág. 61.

(13) En el primer caso, Alonso Olea consideró la fuerza mayor impropia la vía a través de la cual podía ser liberado el empresario del mantenimiento de la relación obligatoria, dada la imposibilidad sobrevenida (crisis o causas económicas o tecnológicas), siempre que tal imposibilidad fuere absoluta, definitiva y como es obvio sobrevenida. Cfr. Alonso Olea/Casas Baamonde: «Derecho del Trabajo» 12ª edición, Madrid, 1991, págs. 421 y ss. Tesis sostenida, entre otros y sin fisuras, por Blasco Segura en «La extinción del contrato de Trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo». A.L. nº 33, 1992. Sobre la disminución de la viabilidad futura de la empresa Vid. Ortiz Lallana, M.C.: «La extinción del contrato por imposibilidad física del cumplimiento», Madrid, 1985.

(14) La onerosidad sobrevenida fundando la resolución contractual, y el reconocimiento de las causas tecnológicas y económicas dentro de tal esquema extintivo encuentran en Suárez González su principal defensor, atendiendo a que el desequilibrio entre las prestaciones de trabajador y empresario obliga a éste a dar demasiado para tener a cambio demasiado poco, produciéndose el hecho de que la imposibilidad sobrevenida produce la excesiva onerosidad, viniéndose a facultar el límite del riesgo empresarial en el desequilibrio de las prestaciones inicialmente previstas. Cfr. Suárez González, F.: «La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación de empresario» R.P.S. nº 56, págs. 61 y ss. Igualmente en «La terminación del contrato...» cit. Más recientemente en «La extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores». I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, M.T.S.S. Madrid 1981, págs. 260 y ss.

Como ha podido observarse en el resumen realizado, en las notas anteriores la imposibilidad de la prestación por fuerza mayor o la resolución del contrato por onerosidad sobrevenida acaban reconociéndose en el marco estricto de la extinción de las obligaciones, afectando a la satisfacción o abdicación del derecho de crédito, y no tomándose consideración del sistema de organización de intereses establecido entre las partes, presupuesto vital en los fenómenos que afectan a la extinción de la relación obligatoria. De tal forma ello es así que existiendo fuerza mayor propia o impropia, quedaría imposibilitada la prestación laboral con carácter absoluto y definitivo, lo que no supondría, en términos jurídicos, la imposibilidad de mantener la remuneración, pudiéndose en tales circunstancias solicitarse la extinción de la relación obligatoria a iniciativa de quien no puede cumplir su deuda por razones imposibilitantes y objetivas(15). Es evidente que la extinción colectiva viene legitimada igualmente al empresario; nace aquí, como se ha visto la razón de la excesiva onerosidad sobrevenida como teoría, pero ésta ha de enmarcarse dentro del riesgo o aleas normal del contrato de que se trate, exigiéndose que el acontecimiento producido sea imprevisible y extraordinario(16). Como puede apreciarse la lógica de la técnica jurídica propia de la teoría de las obligaciones aplicable a la cuestión objeto de debate exige tal número de excepciones, matizaciones y especificaciones que acaba rompiendo la propia configuración dogmática atribuida a la excesiva onerosidad o a la imposibilidad sobrevenida. Distintos referentes histórico-normativos y doctrinales han complicado la búsqueda adecuada de la solución precisa al abordar los despidos colectivos al margen de la extinción objetiva del contrato individual. Cuestiones distintas, como la cesación de actividad empresarial, no pueden ser acogidas totalmente, al poder existir reducciones parciales de la plantilla; tampoco la figura de la onerosidad sobrevenida, al admitirse despidos colectivos fundados en riesgos normales en el mercado; ni la fuerza mayor, como se ha visto, legitimaría las extinciones al reconocerse las mismas por acontecimientos no extraordinarios. Quedaría quizás sólo entender que en la relación obligatoria se ha producido una modificación de la base objetiva del negocio contractual, al transformarse el estado general de circunstancias que permite la continuidad del contrato, rompiéndose la relación de equivalencias; pero lo cierto es que en tal caso es exigible una alteración extraordinaria de tales circunstancias y que tal alteración no forme parte del riesgo asumible(17).

Hechas las consideraciones anteriores conviene precisar que el legislador, al menos hasta el año 1994 —más tarde analizaremos la incidencia de la Ley 11/94— ha reconocido al

La tesis citada es compartida por Vida Soria, J.: «La suspensión del contrato de trabajo» en Comentarios a las Leyes Laborales, tomo IX, EDESA, (Borrajó, Dir.) Madrid, 1983, págs. 121 y ss. Igualmente Álvarez Alcolea, M.: «Fundamentación de los expedientes de regulación de empleo en las decisiones administrativas y jurisprudenciales». Boletín A.E.D.I.P.E. nº 3, 1983, págs. 3 y ss., siendo criticado tal argumento por Rodríguez-Piñero, M.: «El Régimen Jurídico del despido (II): Leyes de Contrato de Trabajo y de Jurados mixtos», R.P.S. nº 77, 1968, pág. 53 donde manifiesta la inexistencia de un desequilibrio sobrevenido de la equivalencia de las prestaciones, sino la modificación de las circunstancias, persistiendo el valor objetivo de la prestación y desapareciendo el interés empresarial. Vid. igualmente Montoya Melgar, A.: «El despido por fuerza mayor» R.P.S. nº 85, 1970, págs. 95 y ss. donde mantiene que en las causas económicas y tecnológicas no hay deterioro del equilibrio de prestaciones derivada del contrato de trabajo. Vid. Alonso García, M.: «Curso de Derecho del Trabajo» 10 edición, Madrid, 1987, pág. 554.

(15) Tal sería el caso de la prestación laboral, lo que explicaría la razón por la cual los trabajadores encuentran legitimada la iniciación de una actuación administrativa cuya pretensión es autorizar el despido colectivo, por todos Vid. Palomeque, C.: «Legitimación activa para la incoación de expedientes de crisis». R.P.S. nº 93, 1972, págs. 86 y ss.

(16) En contra de que la circunstancia sobrevenida sea imprevisible o independiente de la voluntad de las partes. Vid. Cruz Villalón, J.: «Las modificaciones de la prestación de Trabajo». M.T.S.S., Madrid 1983, pág. 116.

(17) Vid. los requisitos en Díez Picazo, L.: «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Tecnos, Madrid, 1970, págs. 870 y ss.

empresario la facultad de resolver los contratos de trabajo fundándose en unas hipótesis o supuestos de hecho previstos en la Ley, previa autorización administrativa. Podría decirse que ha habilitado una justa causa extintiva⁽¹⁸⁾ eludiendo experiencias existentes en otros ordenamientos que hacen posible el desistimiento unilateral⁽¹⁹⁾. Y que tales supuestos de hecho son de carácter económico o tecnológico, abriéndose entonces un debate nuevo y distinto al margen de la consideración de la crisis de empresa, de la fuerza mayor o de la onerosidad sobrevenida⁽²⁰⁾ cuando se trate de analizar el despido colectivo por aquellas causas. Debate sobre hechos empíricamente constatables, al margen de las elaboraciones propias de la teoría negocial y que aproximan la estructura del despido al modelo de los actos administrativos.

4. LA FUNDAMENTACIÓN INICIAL DEL DESPIDO POR CRISIS

Como se ha dicho, la normativa relacionada con los despidos colectivos fundados en causas tecnológicas o económicas, han tenido como cuestión de fondo la determinación por parte de la empresa del número óptimo de trabajadores a su servicio, así como la estructura de sus cualificaciones. Los distintos ordenamientos, y dentro de ellos, las distintas modificaciones normativas habidas a lo largo del proceso de consolidación científica del Derecho del Trabajo⁽²¹⁾, han buscado situar el punto de equilibrio entre el interés individual del trabajador a la permanencia en el puesto de trabajo y el interés de la empresa a contar con un volumen de mano de obra rentable económicamente. Han buscado igualmente el equilibrio entre el interés social, inmanente a la productividad empresarial, y el interés socialmente afectado por la pérdida de ocupación obrera. Se ha pretendido en fin delimitar el escenario en que venían a representarse las tensiones sociales y las económicas. Bajo tales presupuestos la extinción colectiva de los contratos de trabajo se vio sometida en una primera fase a las limitaciones que con carácter sustancial y procedimental existían respecto a los despidos individuales, sometiéndose en un segundo momento el poder extintivo empresarial a un control social, tanto administrativo como sindical. Tal control social se producía en orden a la motivación o causalidad del despido pretendido por el empresario, estableciéndose en otros casos una obligación de consulta a los Sindicatos, así como la necesaria información a la Autoridad Administrativa sobre el proyecto de extinción colectiva de las relaciones de trabajo, todo ello con vistas a la atenuación y racionalización del conflicto de intereses sustanciales a la reducción de la plantilla.

Como resulta fácil apreciar una de las cuestiones vertebrales en la materia que nos ocupa es la motivación del despido colectivo, así como la procedimentalización de su ejercicio;

364 (18) Cfr. Rodríguez-Piñero, M.: «El régimen jurídico del despido...» cit. págs. 32 y ss., donde con clarividencia indica que el concepto de justa causa lejos de coincidir con el incumplimiento verdadero y propio de deberes contractuales o legales, incluye eventos o conductas extrañas a la esfera del contrato, añadiendo en otro lugar que reconocida la justa causa se establece la circunstancia en base a la cual no debe hacerse exigible al empleador la continuidad de la relación de trabajo por haber desaparecido su interés en ella.

(19) Tiene interés señalar como el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 1987 A/296 (Sala de lo Social) manifestó como la autorización administrativa tenía como sentido excluir el desistimiento unilateral del empresario.

(20) Un análisis reciente de estas cuestiones, con una bibliografía completa puede verse en Fernández Domínguez, J.J.: «La fuerza mayor como causa de suspensión y extinción del contrato de trabajo». Cívitas, Madrid, 1993. Del mismo autor Vid: «Expedientes de regulación de empleo». Trotta, Madrid, 1993 especialmente págs. 19 a 49. Igualmente en Martínez Girón, J.: «Despidos colectivos: Libertad de empresa y acción administrativa en España», en la Reforma del Mercado de Trabajo (Borrajó, Dir.). Actualidad Laboral, S.A. Madrid, 1993, págs. 789 y ss.

(21) Vid. los trabajos de investigación realizados respecto a los despidos colectivos por Biagi, Weiss, Rojot, Neal, Spagnolo y Persiani en *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº 2, 1992.

situación ésta a la que se llega como consecuencia de un dilatado proceso evolutivo. Bajo los cánones de la primera economía liberal, la libertad de comercio y economía otorgaban al empleador la facultad extintiva sin causa, posibilitándose así la ruptura del contrato de manera unilateral; posteriormente los ordenamientos de finales de siglo pasado y principios del presente limitaron la facultad extintiva exigiendo un motivo legítimo para la ruptura del vínculo contractual que no fuera abusivo o arbitrario; llegándose en el período actual a contemplar la consulta con la representación obrera, como presupuesto fundamental, y verificándose la adecuada motivación del despido sólo en los sistemas donde la causalidad objetiva mantiene limitaciones al desistimiento empresarial⁽²²⁾.

En los casos en que la norma jurídica explícita las causas económicas y/o de otro tipo como presupuestos que fundan el despido colectivo, puede apreciarse como la cuestión de la competitividad se configura como matriz definitiva de la reducción de personal. Entonces la citada reducción, por propia lógica, debe obedecer a reducción de volumen de producción, a transformación en los productos elaborados, o en los sistemas a través de los cuales se producen, coincidiendo razones económicas y productivas en la motivación final del acto extintivo. No obstante conviene advertir que el número de trabajadores empleados, la producción realizada y el coste de mano de obra forman un marco de relaciones que no siempre sirven para apreciar la causa económica. Si se pretende reducir producción, trabajadores y salarios en una empresa, ello no puede necesariamente conducir a la viabilidad futura de la misma, ya que el punto de referencia último será la productividad e incidencia en el mercado que ostentan las empresas concurrentes mejor situadas. Por tanto utilizar el sencillo criterio de que la viabilidad de la empresa pasa por que el volumen de producción no justifica el empleo de todos los trabajadores, no deja de ser un punto de partida equívoco que puede ser un escalonado futuro de reducciones de plantilla. Un razonamiento sólido que mida en su adecuada dimensión la causa económica, debe partir del análisis de los ajustes que son necesarios para obtener un adecuado equilibrio productivo y contable, valorándose con carácter preliminar las distintas alternativas de orden financiero y organizativo que hagan más eficaz y productiva la empresa en el contexto donde actúa, identificando a posteriori los puestos de trabajo no necesarios, y todo ello previo estudio de la utilización flexible de la mano de obra ocupada⁽²³⁾. En tal contexto el despido colectivo no puede ser considerado ni la última medida, ni la última solución, sino la primera medida que ha de realizarse para la solución del objetivo inmanente en las legislaciones: la viabilidad de la empresa y la defensa de su equilibrio de ocupación.

(22) En tal con texto pueden situarse las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas 75/129 de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y la Directiva 92/56 de 24 de junio de 1992 que modifica la anterior. Igualmente el Convenio nº 158 y la Recomendación nº 166 de la O.I.T. de junio de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

(23) Vid. en el anterior sentido Mallet, L.: «Sureffectif et licenciement économique». Droit Social nº 4, 1992, págs. 348 y ss.

CAPITULO II

LA ACTUAL CARACTERIZACION DEL DESPIDO COLECTIVO

1. ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR LA LEY 11/94 EN MATERIA DE DESPIDO COLECTIVO

La primera constatación que debe hacerse es la modificación del número 9 del art. 49 del Estatuto. La actual redacción determina que el contrato de Trabajo se extinguirá por despido colectivo, fundado en causas económicas técnicas, organizativas o de producción siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley. Como resulta obvio señalar el precepto anteriormente citado se ubica en el Título primero del Estatuto (de la relación individual de Trabajo), dentro de su Capítulo III (Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo) y sección 4 del citado Capítulo relativo a la extinción del contrato. Bajo tales condicionamientos sistemáticos puede afirmarse que la extinción del contrato de trabajo puede fundarse en despido colectivo, desapareciendo definitivamente la cesación de la industria, comercio o servicio, como presupuestos habilitantes de la extinción contractual, y facultándose mediante asimilación al despido colectivo el supuesto de cesación total de la actividad empresarial ex art. 51.1, párrafo 3. Conclusión igualmente deducible de la reforma es que la extinción contractual por despido colectivo se desarrolla en el ámbito de la relación individual⁽¹⁾, de manera que autorizado el despido colectivo nace una justa causa justificadora del despido individual en sentido propio. En consecuencia el Despido colectivo no sería una causa de extinción del contrato que opere ope legis sin declaración de las partes, sino que como se ha adelantado significaría una justa causa de despido individual.

366

Pudiéndose diferenciar por tanto el doble círculo concéntrico en que actúa la causa de extinción contractual y la causa del despido colectivo, ha de decirse en relación a esta última que su fundamentación debe residir en la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, produciéndose la eficacia del despido colectivo una vez autorizado conforme a lo dispuesto en el art. 51 del Estatuto de los trabajadores. La segunda constatación a realizar es la modificación del art. 51, auténtica columna vertebral en la configuración del despido colectivo, así como en la procedimentalización de su autorización. De forma breve, y a los solos efectos de situar en este momento los aspectos más generales de la reforma, debe decirse que en el art. 51 se establece una noción de despido colectivo delimitada por la concurrencia de factores causales y numérico-temporales; igualmente se establece, por asimilación, el valor de despido colectivo a la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de trabajadores de la empresa cuando el número de afectados fuera superior a cinco y estuviere fundada tal extinción en las causas propias del despido colectivo, diferenciándose así un despido colectivo parcial y total.

Concebida la noción de despido colectivo en el art. 51.1 a los efectos de lo dispuesto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, debe igualmente repararse en la modificación de la letra c del art. 52 relativo a la extinción por causas objetivas. Como se explicará, es reconocido un mecanismo extintivo plural de contratos individuales de trabajo cuando, ante idénticas causas que las contempladas en el despido colectivo, no se llegare al umbral mínimo de número de trabajadores afectados exigidos en el art. 51.1, y donde al margen de consideraciones futuras no es requisito necesario la consecución del expediente de regulación de empleo.

(1) Cuestión esta desde hace tiempo mantenida por Giugni al considerar el carácter individual del despido colectivo, en la medida que golpea al trabajador singularmente considerado, Vid. la intervención de Giugni, G.: «I licenziamenti nell' interesse dell' impresa». Giuffrè, Milán, 1969, pág. 100.

Junto a la determinación conceptual de despido colectivo, el nuevo artículo 51 contempla en los números dos y siguientes el procedimiento de regulación de empleo que necesariamente ha de seguirse. Tanto en la hipótesis de despido colectivo como en el supuesto de cesación de la actividad empresarial declarada por los sindicatos en caso de declaración de quiebra, fuerza mayor, o por iniciativa de la representación obrera, deberá instruirse el expediente administrativo que concluirá según los casos, mediante la correspondiente autorización del despido colectivo o la constatación de la razón extintiva.

2. LA ESTRUCTURA DEL DESPIDO COLECTIVO

A falta de una noción general de despido colectivo, y ante la ausencia de una declaración normativa que permita su identificación conceptual, nos referimos a la estructura del despido colectivo con el objeto de identificar sus notas fundamentales. Dado que el legislador perfila, a los únicos efectos de lo dispuesto en la Ley, un conjunto de elementos que caracterizan el despido colectivo, debe entenderse que su presencia o ausencia harán utilizable o inapropiado el régimen jurídico establecido al efecto.

Conviene precisar no obstante, y antes de referirnos a los elementos que componen la estructura del despido colectivo, como la noción conceptual que sobre el mismo puede hacerse no debe olvidar la influencia ejercida por la Directiva 75/129/CEE. La citada norma comunitaria entiende por despidos colectivos los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos colectivos sea de un determinado número o porcentaje según la plantilla del centro de trabajo y en un período de treinta o noventa días⁽²⁾. Lo característico del instrumento comunitario en materia de despidos colectivos, al igual que ocurre en la gran mayoría de los países de la Unión Europea, es que la denominación dada a la extinción de los contratos de trabajo por voluntad unilateral del empresario se corresponde con la conocida formulación técnica de despido, mientras que la vigente ordenación del Estatuto de los Trabajadores, al reconocer la justa causa extintiva en el despido colectivo, somete su adecuada calificación no tanto a un número de presupuestos establecidos en el art. 51.1, sino a la autorización administrativa. Por tanto puede decirse que es la voluntad extintiva del empleador, cumpliendo los presupuestos caracterizadores del despido colectivo, la que transmite el efecto constitutivo de la extinción del contrato de trabajo, y que a tal efecto, ya sea previo acuerdo con los trabajadores o sin él, se vienen a producir consecuencias previo acto administrativo. Sólo entonces el ordenamiento español reconoce la justa causa extintiva ex art. 49.9(3), creando las condicio-

(2) La influencia de la Directiva 75/129 se concreta en la propia terminología de despido colectivo, así como en la exigencia de requisitos numérico-temporales; para un período de treinta días: 1) Al menos igual a 10 trabajadores afectados en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; 2) Al menos el 10 por 100 del número de los trabajadores en los centros de trabajo que emplean habitualmente como mínimo 100 y menos de 350 trabajadores; 3) Al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores como mínimo. Y para un período de noventa días, al menos igual a 20 trabajadores cualquiera que fuera el número de trabajadores empleados en el centro de trabajo. Probablemente puede afirmarse que la D. 75/129 ha servido más como motivación legitimadora de la actual flexibilidad del régimen jurídico de despido colectivo que como referencia sustancial en la ordenación del mismo. Vid. un análisis global en Monereo Pérez, J.L.: «Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario». Civitas, Madrid, 1994.

(3) Circunstancia esta no habitual en otros ordenamientos europeos, salvo Holanda. En Alemania el juego conjunto del art. 102 de la Ley Constitucional de la empresa y el fundamental art. 17 (redacción de 1978) de la Ley de protección contra el despido reconocen el despido socialmente justificado por motivos de carácter económico debido a factores externos o a medidas adoptadas por el empleador. En el Reino Unido se contempla el sistema de protección del excedente de mano de obra en el art. 81 ff de la Employment Protection (Consolidation) Act de 1975 reconociéndose en el art. 126 de esta última

nes para el ejercicio de un derecho: la extinción del contrato de trabajo por despido colectivo. Planteada la cuestión en los presentes términos cabe preguntarse si el despido colectivo supone la recepción en nuestro ordenamiento de una nueva modalidad de despido(4). Siendo coherente con lo que se ha venido expresando, y dada la estricta noción de despido colectivo ofrecida por el art. 51.1 del Estatuto, puede adelantarse que el mecanismo jurídico establecido responde en sustancia a una comunicación o proyecto del negocio extintivo a los representantes de los trabajadores y a la Administración. Más aún el proyecto extintivo puede calificarse como una resolución diferida del contrato y condicionada a su autorización, cuyas funciones pueden asimilarse en parte a las del preaviso(5). En consecuencia y aún cuando pueda resultar paradójico, el despido colectivo sería una causa legítima de extinción del contrato de trabajo individual.

Aceptando la denominación de despido colectivo dada por el legislador, la adecuada configuración del mismo —su estructura— requiere la concurrencia de una serie de elementos numérico-temporales, causales y finales sin cuya presencia resulta improcedente hablar de despido colectivo.

a) Elementos numérico-temporales

Los elementos numérico-temporales se explicitan en el art. 51.1, párrafo 1º, inciso segundo y en el art. 51.1, párrafo 4º cuando se trate de despido colectivo parcial; y en el art. 51.1, párrafo 3º cuando se trate de despido colectivo total(6).

Para el supuesto de despido colectivo parcial, el campo de aplicación establecido en el precepto (art. 51.1, párrafo 1º, inciso segundo) afecta a las hipótesis extintivas en la empresa, proyectadas en un período de noventa días, y que se aplicarán cuando menos a diez trabajadores si tuviere menos de cien, al 10 por ciento de los trabajadores en la empresa, si ocuparan entre cien y trescientos; y a treinta trabajadores para las empresas de trescientos o más ocupados.

368

Ley el concepto de «redundancy» o despido por excedente basado en razones particulares de la empresa cuyo significado directo es el de despido efectuado por un empresario por una o varias razones no inherentes a la persona del trabajador. En Francia tras la reforma de agosto de 1989, el art. 321.1 del Código de Trabajo considera despido por razones económicas el acto de receso del empleador por una o varias razones no inherentes a la persona del trabajador resultante de la supresión o transformación de un puesto de trabajo, o bien por un cambio sustancial (en las condiciones) del contrato individual de trabajo, consecuencia principal de una situación de dificultad económica o por innovación tecnológica. Por lo que se refiere a Italia la Ley 223 de 23 de julio de 1991 en su art. 24 califica como despido colectivo aquel en que las empresas que ocupen más de quince trabajadores y que como consecuencia de una reducción o transformación de la actividad o del trabajo, pretendan efectuar al menos cinco despidos en el arco de 120 días, en cada unidad productiva, o en más unidades productivas en el ámbito del territorio de la misma provincia.

(4) En tal sentido Cfr. Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica» en La Reforma del Mercado Laboral, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 400.

(5) Sobre la función del preaviso como término inicial y suspensivo de la eficacia del negocio resolutorio Vid. Mancini, F.: «Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro». Giuffré, Milán, 1962, pág. 287. Igualmente Vid. Pérez-Espinoso, F.: «El preaviso en la extinción del contrato de Trabajo». Montecorvo, Madrid, 1980 especialmente págs. 33 y ss. donde se analiza la extinción con preaviso en la normativa republicana y su relación con los despidos objetivos por crisis laboral.

(6) En los casos de cese total de actividad planteado en los términos del art. 51.1,3º, las reglas de cómputo a las que se alude con posterioridad en el texto y los requisitos numéricos exigibles para los ceses parciales no tienen aplicación por razones obvias. Sólo la exigencia de que la plantilla conste con un mínimo de seis trabajadores constituye la base aplicativa del despido colectivo ante el cese total, en caso contrario el procedimiento a actuar sería el establecido en el art. 52.c del Estatuto.

Una primera y rápida conclusión sobre los datos dados permite deducir la exigencia de una dimensión mínima de la empresa cuando se trate de producir un despido colectivo parcial. Evidentemente será aplicable el art. 51 del Estatuto en los supuestos de empresas que cuenten con 11 trabajadores, y si se pretendiera la extinción total de la plantilla la dimensión mínima de la empresa exigiría 6 asalariados, interpretación ésta obligada por el art. 51.1 párrafo 3º.

Una segunda conclusión al margen de la propia dimensión empresarial, es la relativa al umbral mínimo de afectación del despido colectivo parcial. Es fácilmente deducible que hipótesis extintivas entre 1 y 9 trabajadores en empresas de menos de cien trabajadores, entre 9 y 29 en empresas de 100 a 300 trabajadores, e inferiores a 30 trabajadores en empresas que ocupen trescientos trabajadores como mínimo, quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto comentado.

Establecidas las dos primeras conclusiones a través de las cuales se ha deducido la exigencia por parte del legislador de una dimensión mínima de empresa, así como un umbral mínimo de afectación del despido, a renglón seguido debe indicarse que en los casos excluidos por estas causas, y siempre que exista necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, cabe optar por la extinción del contrato por la causa objetiva del art. 52.C.

Una tercera e importante conclusión afecta a una preliminar regla de cálculo que se refiere al espacio en el que ha de computarse la medición del número de trabajadores sometidos al despido colectivo. Como se ha citado el ámbito espacial es la empresa y no el centro de trabajo, como establece el art. 1 de la Directiva 75/129. En una primera apreciación parece existir una ampliación del campo de aplicación de la normativa española respecto a la comunitaria en la calificación de despido colectivo, pero resulta esta una visión equívoca y que expulsa del sistema de garantías ofrecidas en materia de derechos de información y consulta regulados por el art. 2 y ss. de la D. 75/129, a determinadas situaciones extintivas(7), pudiendo ello recabar posibles actuaciones del Tribunal de Justicia Comunitaria(8). Abstracción hecha del problema subrayado, debe plantearse el posible equívoco que la actual redacción del art. 51.1 puede ofrecer cuando se hace cita de la sede empresarial como ámbito exclusivo en que pueda actuarse el despido colectivo. Conocido es que a los efectos de la Ley del Estatuto su art. 1.2 considera empresarios todas las personas físicas o jurídicas, o comuni-

(7) El art. 1 de la Directiva 75/129 ofrece a los Estados miembros la opción entre cuantificar los despidos en un período de treinta días o de noventa, entendiéndose este último caso que 20 ó más trabajadores afectados en un centro de trabajo, cualquiera que fuera el número de asalariados, cualifican el despido colectivo. Como se tendrá ocasión de analizar la existencia de despido colectivo exige el cumplimiento de unos deberes de información, consulta y procedimiento explícitamente contemplados en la norma comunitaria. La opción del legislador español al establecer el período de noventa días como base temporal de medición de las extinciones, y seguir unos umbrales mínimos de afectación ya indicados, ha dejado sin la cobertura de despido colectivo dos supuestos. Efectivamente tal es el caso del centro de trabajo con trescientos o más trabajadores cuando los afectados sean de 20 a 29, y los centros de trabajo que ocupando entre 200 y 300 trabajadores se vean afectados menos del 10 por ciento de los mismos siempre y cuando el número de posibles extinciones sea de 20 trabajadores como mínimo. Ejemplos estos últimos sometidos a la disciplina de la D. 75/129 y no a la del art. 51 del E.T., y ello con independencia de que tomemos como punto de referencia una empresa con un centro de trabajo, o una empresa con varios centros de trabajo, siempre claro está que tenga aquella, para un caso de 300 asalariados o más, y para el otro entre 200 y 300. En síntesis tales hipótesis de despido colectivo reconocida en el Derecho Comunitario no lo son el español, abriéndose la posibilidad en tal caso de aplicarles el art. 52.C del Estatuto.

(8) Vid. los asuntos 91/81 de la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Italia y 284/83 de Dansk Metalarbejderforbund et Specialarbejderforbundet i Dinamarca contra H. Nielsen an Son, Maskinfabrik A/S, donde se aporta una doctrina muy significativa en relación a cuestiones conexas a la relatada en el presente problema.

dades de bienes que reciban la prestación de servicios en los términos del propio art. 1.1, pero tal aseveración no llega a hacernos deducir que tales comunidades sean empresas, a no ser concebamos las mismas a efectos laborales como ámbitos o marcos en los que se produce la relación jurídico-laboral entre empleador y trabajador(9). Tal interpretación faculta in extenso la aplicación de la normativa en materia de despido colectivo a aquellos supuestos en los que no quepa apreciar la condición de empresa bajo los presupuestos jurídico-mercantiles, pero donde sí conste la existencia de un empleador y contratos de trabajo(10). La regla contenida en el art. 51.1 párrafo 4º permite abordar ahora la difícil cuestión del cómputo numérico requerido para poder actuar el despido colectivo. El párrafo indicado establece que para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero del art. 51, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el apartado 3 del art. 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

El precepto transcrito obliga a realizar una reflexión general sobre el cálculo numérico establecido en el párrafo primero del art. 51, para después valorar la regla especial de este párrafo cuarto. Como cuestión preliminar, dada la significación interpretativa que ha de otorgarse al Tribunal de Justicia Comunitaria sobre la lectura de la D. 75/129, debe indicarse que en los Fundamentos Jurídicos del «Arrêt» de 12 de febrero de 1985 correspondiente al ya citado asunto 284/83(11) se indica textualmente: «l'employeur n'est tenu de consulter les syndicats que lorsqu'il envisage d'effectuer des licenciements tandis qu'il ne doit informer l'autorité publique que de projets de licenciement»; dictaminándose en el fallo: «la directive 75/129 du conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs ne s'applique que lorsque l'employeur a réellement envisagé d'effectuer un licenciement collectif ou a établi un projet de licenciement collectif». Los parámetros a subrayar, dados los términos de la resolución, son los siguientes: primero que la consulta a los sindicatos procede cuando el empleador planea, piensa o tiene en perspectiva efectuar despidos; segundo, que la información a la autoridad pública se articula sobre la base de un proyecto (concreto) de despido. Apréciase la sucesión de fases lógicas, antecedente (consulta), consecuente (información), que sin embargo se hacen aparentemente simultáneas en el art. 51.2 del Estatuto (apertura de un período de consultas y solicitud a la autoridad laboral cuando se tiene intención de efectuar un despido colectivo). Simultaneidad procedimental pero que en el contexto del precepto deviene en una sucesión cronológica al producirse primero el trámite de consultas y después la autorización sobre la base de la solicitud.

370 El conjunto de observaciones formuladas tiene trascendencia a los efectos del cálculo, y habida cuenta de que corresponde a la autoridad administrativa reconocer la existencia de despido colectivo, ello será factible cuando el acuerdo empresarial-obrero, o la propia resolución de la autoridad laboral por ausencia de acuerdo, contemplan la totalidad de los presupuestos que con forman la estructura del despido colectivo. Significa ello que «el dies a quo» de los 90 días se deberá constatar en el acuerdo o en la resolución, o debería comenzar a contarse a partir de la notificación si no existiera una periodificación de los despidos(12). Afirmación la realizada que

(9) Cfr. Camps, L.: «Régimen laboral de la Trasmisión de la empresa». Tirant Lo Blanch, Valencia. 1993, págs. 22 y ss.

(10) Vid. en otro contexto normativo Sagardoy Bengoechea, J.A.: «El despido laboral y los expedientes de crisis». Deusto, Bilbao 1969 pág. 210.

(11) Vid. nota 8.

(12) Siendo lo cierto que el período de noventa días se inicia con el primer despido de los autorizados o convenidos, cuando no se ha establecido la fecha de tal despido con carácter previo, podría quedar al arbitrio del empresario la iniciación del período señalado (Vid. Sentencia de 30 de octubre de 1989, Sala de lo Contencioso-Administrativo, A/7465). No obstante transcurrido un plazo prudencial sería presumible la renuncia empresarial a ejercitar la facultad extintiva.

pretende ser coherente con el régimen jurídico vigente, ya que ni la intención de efectuar un despido colectivo por parte del empresario cualifica la existencia del mismo, ni extinciones efectuadas con carácter previo a la solicitud en un período de noventa días pueden ser tomadas en consideración ya que debiendo obedecer a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción deberían haber sido objeto de una previa instrucción de expediente de regulación de empleo, o haber sido efectuada por los cauces del despido objetivo ex art. 52.c(13).

Pero de admitirse la interpretación realizada queda por resolver la indicación ofrecida por el párrafo 4º del art. 51.1, líneas arriba transcrito. Debe abrirse su explicación concretando que ha de entenderse por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el apartado 3 del art. 49. Sirva como apreciación preliminar que el art. 1 de la D. 75/129 considera despidos colectivos los efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, formulación amplia y menos restringida que cuando se habilita el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Igualmente puede establecerse el no ser inherentes a la persona del trabajador los propios despidos económicos(14) al no ser debidos al comportamiento o aptitud del asalariado, como sí lo serían los fundados en el incumplimiento contractual del trabajador o en circunstancias objetivas concurrentes con el mismo(15). En síntesis puede decirse que no son razones inherentes aquellas razones objetivas que prescinden del todo del comportamiento del trabajador(16) no siéndoles ni imputables ni reprochables.

Hecha la excepción por parte del legislador de la causa extintiva del art. 49.3 y retomando el hilo conductor del párrafo 4º del art. 51, un índice fundamental para su interpretación, que no se ha querido aportar hasta este momento, es la nueva redacción del art. 1º.1.b realizada por la Directiva 92/56 al modificar la 75/129 que dice así: «A efectos del cálculo del número de despidos previstos en la letra a) del párrafo primero se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco»(17), formulación esta que hace extender el propio concepto de Despido colectivo hasta comprender los casos de supresión de puestos de trabajo a iniciativa empre-

(13) Vid. con argumentos en contra Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por ...» cit. pág. 413 y ss. La posición aquí defendida supone comprender el conjunto de mecanismos establecidos en el art. 51 como un proyecto que legitima su ejecución con la autorización administrativa. La interpretación que debe darse al párrafo 4º del art. 51.1, cuando posibilita al cómputo de extinciones respecto de: «... *cualesquiera otras producidas* en el período de referencia...», no debe suponer cuantificar actos del pasado al no utilizarse la construcción *cualesquiera otras ya producidas*, sino las producidas cuando las extinciones hayan de realizarse, es decir en el período de 90 días posterior a la autorización administrativa.

(14) Cfr. Jeammaud, A.: «La notion de licenciement pour motifs économiques». Droit Social nº 3, 1981 págs. 276 y ss., para quien no son personales al asalariado, y siendo motivos inherentes toda consideración de una actitud o postura, o de una ineptitud no conforme a lo que el empleador estaba en derecho de esperar.

(15) Cfr. Durán, F.: «Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencias de empresas». Revista de Economía y Sociología del Trabajo, nº 4 y 5, 1989, pág. 161.

Excluidos los motivos inherentes serían igualmente los debidos a causas disciplinarias y los relacionados con la conducta del trabajador. Cfr. Ramírez Martínez, J.M.: «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas. Normas comunitarias y régimen español». A.L. nº 33, 1987.

(16) Vid. Napoli, M.: «La stabilità reale del rapporto di lavoro». Franco Angeli, Milan, 1980, págs. 349 y ss.

(17) Se debe subrayar que en la motivación de la directiva 92/56 realizada por el Consejo de las Comunidades Europeas se lee que con el fin de calcular el número de despidos previstos en la definición de despidos colectivos conviene asimilar a los despidos otras formas de extinción del contrato de trabajo efectuadas por iniciativa del empresario, siempre y cuando los despidos sean como mínimo cinco.

sarial. Advertida la similitud o equivalencia entre los párrafos señalados de la norma comunitaria y española puede con la autonomía técnica exigible comprenderse mejor al legislador de la Ley 11/94.

Parece claro ahora que en el cómputo del número de extinciones se tendrán en cuenta las que se produzcan en el período de noventa días debidos a iniciativa empresarial por motivos objetivos no imputables o reprochables a la persona del trabajador, distintos de los establecidos en el art. 49.3, y siempre que su número sea al menos de cinco. La cuestión ahora es determinar cuales son los otros motivos no inherentes, pudiéndose concluir que entre los normativamente establecidos que obedezcan a iniciativa del empresario, como expresa Valdés, restan sólo la extinción por mutuo disenso, la extinción por cumplimiento de la condición resolutoria, y el supuesto del art. 52.C por causa objetiva(18). No obstante y aceptando el mutuo disenso adoptado a iniciativa del empresario (por ejemplo prejubilación), y la hipótesis extintiva del art. 52.C(19), cabe hacer alguna referencia al cumplimiento de la condición resolutoria, cuya posibilidad de cómputo vendrá determinada por la efectiva supresión del puesto de trabajo en el período de referencia. Es decir, si se parte de la necesidad de formular un proyecto de despido colectivo cuya autorización es requisito previo de validez, constando el número mínimo de trabajadores afectados se cumple uno de los requisitos exigidos; el cómputo de tal número ha sido analizado y resta añadir que en la hipótesis de la condición resolutoria puede aceptarse su inclusión si no obedece a razones inherentes a la persona (rendimiento mínimo y obtención de determinada titulación, serían por ejemplo excluidos) y dada la exigencia de denuncia empresarial para poner fin a la relación entre las partes. Cabe añadir sólo que los nuevos supuestos extintivos establecidos en los arts. 4º.1, párrafo 4º y 41.3, párrafo 2º del Estatuto de los trabajadores no serían computables dada la clara voluntad extintiva por parte del trabajador.

Llegados a este punto puede con claridad verificarse la función otorgada por el legislador al tantas veces repetido art. 51.1, párrafo 4º y cuya coincidencia con la establecida en la Directiva 92/56 parece más que evidente. Trátase de reducir los umbrales exigidos al despido colectivo atrayendo las modalidades extintivas anteriormente indicadas cuando en su conjunto superen el número de cinco, sometiéndolas al expediente de regulación de empleo y a la consulta con la representación obrera.

Por último, una doble consideración debe hacerse en este apartado: primera, cómo debe hacerse la medición o cuantificación de la plantilla de la empresa afectada por el despido colectivo; segunda, cuál debe ser la caracterización técnica de trabajador afectado por la extinción contractual.

372

En relación a la primera cuestión, ya se ha hecho observar la trascendencia que tiene el umbral de ocupación empresarial de cien y trescientos trabajadores a la hora de establecer el número de trabajadores afectados por el despido colectivo. Nivel de ocupación que debe ser tomado como punto de referencia en el momento de solicitud de la autorización sin que

(18) Excluyendo de forma razonada y coherente los demás supuestos extintivos contenidos en el art. 49. Cfr. Valdés Dal-Re, F.: «Los despidos por ...» cit. págs. 409 y ss.

(19) Aún cuando y dada la interpretación que viene realizándose respecto al cómputo del período de noventa días, carecerá de eficacia práctica la alusión al art. 52.C, toda vez que de no llegarse al número mínimo de trabajadores afectados que se establece en el art. 51.1 el procedimiento a seguir será el del despido objetivo. Sólo en la hipótesis en que sumados los puestos de trabajo amortizados ex art. 52.C y los procedentes del mutuo disenso, más los producidos por condición resolutoria, en la medida en que se supere el número exigido por el art. 51.1 podrá formularse la pretensión de despido colectivo. Supuesto el indicado que permite otorgar un nuevo valor al art. 51.9, pudiendo incoar los trabajadores el expediente ante el ofrecimiento de un plan de bajas incentivadas formuladas por el empresario, trasladando así del ámbito individual al colectivo la cuestión.

quepa entender que las alteraciones posibles en la plantilla durante el trámite administrativo y consultivo, que no obedezcan a la mala fe de las partes puedan tener influencia procedimental. Por tanto el volumen de trabajadores ocupados claramente ha de ser el de contratos de trabajo vigentes, incluyendo los de duración determinada e indeterminada, así como relaciones laborales de carácter especial y contratos de trabajo a domicilio, de todos los centros de trabajo pertenecientes a la empresa(20). Surge en este contexto la cuestión referida a los contratos a tiempo parcial fijos discontinuos por campaña cierta o incierta y los contratos a tiempo parcial marginal cuya prestación se realiza por valores inferiores a 12 horas a la semana o 48 horas al mes(21), en estos casos nada parece impedir el cómputo de tales relaciones laborales al articular la dimensión de la empresa, dada la redacción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores donde no se establecen limitaciones o precisiones al respecto(22).

En lo que afecta a la segunda cuestión, es decir la referida a la naturaleza o especialidad contractual de los trabajadores afectados por la mecánica extintiva del despido colectivo, nada explicita la ordenación vigente, por lo que difícilmente pueden formularse interpretaciones restrictivas. Podrán verse afectados trabajadores de la empresa, vinculados a ella por un contrato de trabajo cualquiera que fuera la tipicidad del mismo, incluido el personal de alta dirección merced a lo dispuesto en el art. 12 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula tal relación de carácter especial(23). Trabajadores en suma que no hayan de ver extinguido el contrato por razones distintas a las explicitadas en el conjunto del art. 51.1 del Estatuto.

b) Elementos causales

Los elementos causales se contemplan en la formulación inicial del art. 51.1 al exigirse la fundamentación económica, técnica, organizativa o de producción del despido colectivo, y estableciendo en tal contexto un filtro a las disposiciones comunitarias cuya fundamentación reside en motivos no inherentes a la persona de los trabajadores(24). Filtro por otra parte de dudosa eficacia dada la posibilidad abierta por el párrafo 4º del art. 51.1 para poder computar las extinciones a iniciativa empresarial por causas no inherentes a la persona del trabajador. La construcción legislativa parece, al menos desde los presupuestos interpretativos desde los que partimos, medidamente ambigua o insincera, sumando en distintas partes del precepto

(20) No cabría rechazar que para el cómputo de los trabajadores se tomara como referencia, si así se dispusiera reglamentariamente, no el momento de impulso del procedimiento, sino el dato de la ocupación normal en un periodo antecedente. Tal es el caso de la experiencia italiana donde la circular ministerial número 155/91 se refiere a la ocupación media del último semestre.

(21) Vid. Sobre la configuración de este tipo de contratos Camps Ruiz, L.M.: «La reforma del mercado de trabajo». Tirant lo Blanch, Valencia 1994, págs. 106 y ss. Ramírez Martínez, J.M.: «La regulación del trabajo a tiempo parcial: balance y perspectivas». A.L. nº 11, 1994, págs. 168 y ss. Pedrajas Moreno, A.: «El trabajo a tiempo parcial» en «La Reforma del Mercado Laboral». Lex Nova Valladolid, 1994, págs. 142 y ss.

(22) No resulta así en el ordenamiento alemán donde a partir de 1985 se toman en consideración únicamente los trabajadores empleados por al menos 10 horas a la semana ó 45 horas al mes. Cfr. Weiss, M.: «Licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania» en *Diritto delle relazioni industriali*, nº 2, 1992, pág. 158.

(23) En algunos ordenamiento se establece un tratamiento jurídico diferenciado respecto al personal de alta dirección. No obstante en Italia la Corte Constitucional por Resolución de 22 de mayo de 1987 consideró que la diferenciación del tratamiento jurídico de los despidos individuales del personal de alta dirección no es extensible a los casos de despido colectivo, en los cuales no se toma en consideración la relación de confianza sino la exigencia objetiva de la economicidad de la gestión.

(24) Vid. entre otros y recientemente Goerlich Peset, J.M.: «Informe técnico-jurídico: el despido colectivo en la Europa Comunitaria» A.L. nº 3, 1993, págs. 171 y ss.

lo que como un todo debiera haberse establecido al inicio. De la misma forma el legislador parece evidenciar «curiosamente» un acto fallido entre tradición (causas económicas y tecnológicas) y europeidad (motivos no inherentes a la persona del trabajador). Lo cierto es que en cualquier caso la ampliación conceptual, por vías directas o indirectas del despido colectivo, suma derechos de información y consulta a los trabajadores y resta indemnización, con relación a un despido individual, calificable como improcedente. La afirmación realizada puede de forma resumida situar los parámetros del conflicto en torno a la ordenación del despido en España, al margen claro está de la cuestión de la autorización administrativa⁽²⁵⁾, donde la falta de credibilidad sincera en los derechos de información y consulta sitúa en la indemnización el centro de gravedad del problema. Puede presumirse a través de los argumentos dados, el menor peso específico que los elementos causales tienen en relación a los numérico-temporales para la configuración del despido colectivo, y corresponde en este momento formular un análisis de aquellas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Primer aspecto a considerar es que la enumeración de las cuatro causas que pueden fundamentar el acto extintivo reproducen lo que podría denominarse como una ideal concepción o noción de empresa. Así la empresa se identificaría con un sujeto económico-social que a través de la adecuada combinación de una organización laboral y técnica desarrolla una actividad productiva rentable, o dotada de eficiencia económica. El legislador al tomar en consideración los factores que identifican una noción moderna de empresa, expresa al mismo tiempo el valor del factor trabajo en su configuración. Quiere decirse con ello que un adecuado equilibrio en la plantilla de una empresa posibilita la mayor solidez económica, técnica, organizativa o productiva; convirtiendo la variable laboral, quizás exageradamente, en el centro de los centros, o en el exclusivo determinante de la existencia empresarial⁽²⁶⁾.

Adviértase por tanto que en el equilibrio financiero-contable están las causas económicas; que en los medios para producir se sitúan las razones técnicas; que en el modo de producir son localizables las razones organizativas; y que en la propia producción se encuentran las razones productivas. La consecuencia que se debe deducir según la interpretación realizada es que las citadas causas no pueden ser intercambiadas o asimiladas a una genérica, y normativamente superada fundamentación económica o tecnológica, y ello no sólo porque cada una de ellas tiene una función precisa⁽²⁷⁾ sino porque cada una de ellas debe partir de un presupuesto de hecho autónomo. Parece coherente establecer que la concreta extinción de contratos de trabajo exige la concreta fundamentación de la causa que lo motiva, no resultando factible una genérica o abstracta legitimación extintiva basada en factores externos o internos a la empresa, o en crisis de diverso origen, sino en la específica situación empresarial. Llegados a este punto, surge la cuestión de situar el plano adecuado en que las causas

(25) Vid. sobre tal cuestión, Valdés Dal-Ré, F.: «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y técnica». R.L. n.º 3, 1994, págs. 1 y ss.

(26) Sobre la identificación del concepto de razones técnicas, organizativas productivas exigidas para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo Vid. Cruz Villalón, J.: «Las modificaciones de la prestación de trabajo» M.T.S.S. Madrid 1983; López Tarruella, F.: «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo» Universidad de Alicante, 1984; Rivero Lamas, J.: «Modificación de las condiciones de Trabajo», Borrajo, E. (dir), en comentarios, a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, EDERSA, Tomo VIII, Madrid, 1988; Román, M.ª D.: «Poder de dirección y contrato de trabajo». Grapheus, Valladolid, 1992; Sala/López: «La modificación de la prestación de trabajo», Deusto, Bilbao, 1991; V.V.A.A.: «Movilidad del trabajo» CEOE, Madrid 1983. Vid. el tratamiento realizado de acuerdo con la legislación vigente por Goerlich Peset, J.M.: «La extinción del contrato de trabajo». Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, págs. 67 y 55. Igualmente Vid. Camps Ruiz, L.M.: «La nueva regulación del mercado de trabajo». Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 244 y ss.

(27) Cfr. aunque en otro con texto normativo a Napoli, M. «La stabilità real e del rapporto di Lavoro». Franco Angeli, Milán 1980, págs. 303 y ss. Igualmente Liso, F. «La mobilità del lavoratore en aziende: Il quadro legale». Franco Angeli, Milán, 1982, págs. 72 y ss.

dictadas deben actuar como presupuesto extintivo, o dicho de otra forma, debe establecerse si la razón que lleva al despido ha de ser extraordinaria y sustentada en una coyuntura crítica que requiera como última ratio la resolución de la relación laboral. Es la anterior una materia que ha de ser contestada con posterioridad al referirnos a los elementos finales en la estructura del despido colectivo. No obstante puede adelantarse el que no existe, en el actual régimen jurídico, indicación alguna que haga exigencia de la situación crítica de la empresa o de la gravedad de su situación(28) para aceptar la extinción contractual por despido colectivo. Vistas así las cosas debe intentar establecerse el preciso contenido del elemento causal, observándose el paralelismo existente entre las razones requeridas para ejercitar la movilidad geográfica ex art. 40, las modificaciones sustancial es ex art. 41 así como la suspensión del contrato de trabajo ex art. 47 y las causas para proceder a despido colectivo. En todos los casos indicados la referencia económica técnica, organizativa y de producción coexiste, si bien para la situación contemplada en los arts. 40 y 41 puede observarse el ejercicio de un poder empresarial concebido como facultad jurídica inserta en la relación laboral; no ocurre igual en el caso de suspensión del contrato y despido colectivo, toda vez que, al deber estar fundado en causas explícitas, la facultad de control se somete a la autoridad laboral, naciendo una vez constatada la justa causa extintiva(29). Apreciadas las diferencias en el orden técnico-jurídico, y referidas a la concepción de la facultad otorgada por el ordenamiento al empleador, debe a renglón seguido indicarse que siendo las tantas veces citadas razones o causas, conceptos instrumentales procedentes del lenguaje de las relaciones industriales su significado puede considerarse no polivalente siendo único en cualquier situación. Lo dicho no significa que no puedan cumplir funciones diversas según su grado de utilización, sustanciándose en dicho aspecto el contenido diferenciado que otorga la finalidad dada a los artículos 40 y 41 de un lado, y al art. 51 y 47 de otro(30). Según ya se ha indicado, cada una de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción responde a un presupuesto de hecho autónomo que debe ser identificado con carácter previo, con el objeto de que su adecuada dimensión pueda ser revalidable de acuerdo con la finalidad que se le otorga en el párrafo 2º del art. 51.

La causa económica, considerada en forma autónoma, cuenta con una innegable tradición histórica como presupuesto legitimador de las extinciones contractuales. El planteamiento doctrinal formulado para su correcta identificación, ha girado básicamente en torno a dos

(28) Tampoco era exigible de acuerdo con la anterior legislación una situación de crisis, aunque la Jurisprudencia así lo requirió en muchos casos, al igual que la generalidad de Resoluciones Administrativas sobre expedientes de regulación de empleo. Vid. por todas las Sentencias del Tribunal Supremo siguientes: Sala 3ª, S. de 6 de abril de 1984 (A/1899); Sala 4ª, S. de 28 de noviembre de 1984 (A/5702); Sala 5ª de 17 de noviembre de 1987 (A/8151); Sala 5ª, S. de 8 de noviembre de 1988 (A/8657). Una recopilación jurisprudencial Vid. García Tena/Alarcón Beira: «Regulación de empleo. Jurisprudencia». I.E.L.S.S. Madrid 1984. Por lo que afecta a las Resoluciones Administrativas de la Dirección General de Empleo pueden igualmente ser consultadas en el libro citado con anterioridad. Sobre la relación de causa a efecto entre crisis y regulación de empleo Cfr. Durán, F.: «Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España». D.L. nº 22, 1987, págs. 57 y ss. Vid. la más reciente información de los Juzgados de lo Social haciendo una lectura inicial del vigente régimen jurídico, en relación a las causas y su fundamentación, en Actualidad Laboral números 41 y 42 de 1994, epígrafes 1571 y 1610, así como número 4 de 1995, epígrafe 137. Vid la sentencia del T.S.J. de Castilla y León de 29-11-94 en A.L. nº 6, 1995, epígrafe 242.

(29) Sobre la falta de correspondencia entre lo que los artículos 40.1 y 41.2 entienden por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y las que entiende el art. 51.1, considerando que tal falta de correspondencia es más aparente que real Cfr. Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica» ... cit. pág. 403.

(30) En un caso mejorar la situación de la empresa, adecuando sus recursos y favoreciendo su posición competitiva en el mercado. En el otro supuesto superar la situación económica negativa y garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo.

polos: el primero, mediante su distinción respecto a la fuerza mayor(31); el segundo mediante su integración en el más amplio concepto de crisis(32). Ambos planteamientos, como se ha tenido ocasión de explicar con anterioridad, se localizan en el plano de la relación individual de trabajo desnaturalizando su dimensión colectiva, o bien se ubican en un terreno dotado de un grado tal de abstracción que dificulta gravemente su identificación, y acaba por ser determinada en instancias administrativas y jurisdiccionales(33).

Partiendo de la consideración de que la causa económica se sitúa en la empresa, y no fuera de ella(34), debido a la independencia y autonomía de la estructura económica y financiera que comporta la propia noción de empresa, la identificación del elemento causal resulta más fácilmente aprehensible. Bajo tal presupuesto, es evidente que la causa económica no puede obedecer a idénticas motivaciones si se pretende un despido parcial o un despido total de la plantilla. En el primer caso la razón esencial que motiva la causa pretenderá un resultado práctico para la empresa inscrita en el círculo de las decisiones que es propia de todo empresario; en el supuesto de la cesación total de su actividad empresarial la razón esencial que motiva la causa pretende un resultado práctico para el empresario. En ambos casos la exigencia de causa económica es la misma, pero la finalidad es diversa, argumento que permite distinguir causas y fines en la estructura del despido colectivo, como igualmente lo hace el legislador cuando en el art. 51.6 indica que procederá la autorización administrativa cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el art. 51.1, y tales fines no son otros que los indicados en el párrafo segundo del art. 51.1.

Igualmente en el art. 51.4, al referirse a la consulta con los representantes legales de los trabajadores se indica que la misma versará sobre las causas motivadoras, estableciéndose en tal contexto el control o/y análisis de la fundamentación económica.

En síntesis, y a tenor de lo argumentado, puede decirse que la causa económica que funda la pretensión extintiva obedece a una valoración del empresario, cuya motivación razonada es preceptivo exteriorizar, estando sometida a la discusión y consulta de los representantes obreros, y pudiéndose calificar desde este punto de vista como materialización de los derechos de información y consulta de los trabajadores.

376

(31) Según esto la fuerza mayor afectaría al intercambio presente en el objeto del contrato, mientras que la motivación económica se inscribiría en el terreno de la causa. Otros autores considerarían que la fuerza mayor tiene su origen en el círculo exterior a la empresa, mientras la crisis económica se origina en el círculo de la empresa. Vid el amplio análisis en Fernández Domínguez, J.J.: «La fuerza mayor...». Cit.

(32) Planteando el estado de la cuestión hasta el momento y afirmando que la causa extintiva es siempre la situación de crisis Cfr. Sagardoy Bengoechea, J.A.: «El despido laboral...» cit. pags. 191 y ss.

(33) Vid el tratamiento realizado por Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas», Borrajo, E. (dir.) en comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo IX vol. 2º, E.D.E.R.S.A., Madrid, 1989, pags. 273 y ss.

(34) En este sentido es interesante subrayar la desaparición del vigente art. 51, el punto 14 de la anterior redacción relativo a los planes de reestructuración sectorial. Perdida igualmente vigencia la Ley de 26 de julio de 1984 de Reconversión y Reindustrialización y sus normas de desarrollo parece advertirse en este como en otros supuestos normativos hoy vigentes, la hegemonía de la empresa como ámbito idóneo del modelo de relaciones laborales.

Sobre el análisis de las consecuencias jurídico-laborales de los procesos de reconversión industrial Vid. por todos García Becedas, O.: «Reconversiones industriales y ordenamiento laboral». Tecnos, Madrid 1989, así como la bibliografía allí citada, básicamente y respecto a la cuestión que nos ocupa los trabajos de Cabrera Bazán, Monereo Pérez, Ortiz Lallana, Cruz Villalón, Durán López, Desdentado y García Perrote, Sagardoy Bengoechea, y Palomeque López.

Según lo dicho, la habitual requisitoria administrativa y jurisprudencial mediante la cual había de demostrarse la objetiva, real, suficiente y actual causa económica pierde su anterior sentido a la vista de los términos de la vigente legislación⁽³⁵⁾. Siendo ello así ante la ausencia de controles sobre la motivación de las causas, se predica la exclusiva actuación administrativa al único aspecto de la relación existente entre medidas extintivas propuestas y fines últimos del despido colectivo. En consecuencia la causa económica se acaba identificando en una valoración económica realizada por el empresario, dentro de las coordenadas de la propia gestión de la empresa, y a quién se atribuye la titularidad de establecer la dimensión de la plantilla, el volumen de producción y el tipo de producción, entre otras facultades⁽³⁶⁾.

Admitido el planteamiento realizado, la causa económica como fundamento del despido colectivo adquiere relevancia jurídica a los solos efectos de las motivaciones extintivas sometidas a consulta con la representación legal de los trabajadores. Desde tal punto de vista la motivación económica habrá de evidenciar el desequilibrio económico y financiero que impide el mantenimiento del estado de la plantilla en la situación previa al despido colectivo, desequilibrio concebido como coyuntura que supera la mera dificultad y llega a la inviabilidad parcial o total⁽³⁷⁾.

En relación a las causas técnicas, organizativas o de producción, respondiendo en su conjunto a lo que pudiera denominarse en palabras de Napoli «modernización del aparato productivo»⁽³⁸⁾, cada una de ellas tiene funciones diversas y responden a diferentes presupuestos de hecho⁽³⁹⁾. Las técnicas, vinculadas a los medios para producir tienden a maximizar la producción, se identifican con la introducción en la empresa de maquinaria tecnológicamente avanzada, y definen la nueva cualidad de la prestación de trabajo⁽⁴⁰⁾. Las causas organizativas afectan al modo de producir, expresando las operaciones que han de desarrollarse para obtener el fin productivo, y afectando a los actos que los trabajadores han de realizar⁽⁴¹⁾. En fin las causas de producción —que no deben identificarse con las productivas ya que estas hoy deben integrarse en el concepto de causas técnicas—, puede considerarse que obedecen a la propia finalidad de la empresa, cual es la elaboración de mercancías o puesta a disposición de servicios, de manera que modificando la cualidad de estos o reduciendo su volumen cabe fundar el despido colectivo⁽⁴²⁾. Según lo anterior pueden existir causas de producción aunque no existan las económicas toda vez que cabría la posibilidad de alterar la plantilla aunque no se hubiera producido un desequilibrio económico o financiero en la empresa.

(35) Vid. los requisitos en Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato...» cit. págs. 274 y ss.

(36) Ello no ha de querer decir que se exprese con ello la materialización del contenido esencial del principio constitucional de libertad de empresa, ya que como ha indicado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 84/1983, Fundamento 3º, no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada actividad empresarial concreta.

(37) Sobre la configuración del riesgo de empresa y riesgo en el contrato Vid. Rodríguez-Saúdo, F.: «Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario». Universidad de Sevilla, 1975, págs. 135 y ss.

(38) Cfr. Napoli, M.: «La stabilità...» cit. pág. 310, donde añade igualmente que a través de la modernización del aparato productivo se sacrifica a priori el interés en la estabilidad.

(39) Vid. en tal sentido y por lo que se refiere a la redacción del antiguo art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, las distinciones relativas a las razones técnicas, organizativas y productivas realizadas por Rivero Lamas, J.: «Modificación de las condiciones de trabajo». Borrajo E. (dir) en Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo VIII. EDESA, Madrid, 1982, págs 174 y ss.

(40) A través de la innovación tecnológica se llega a subrayar la hegemonía empresarial en la administración de la relación de trabajo, acentuando la subordinación técnico-funcional. Cfr. Veneziani, B.: «Innovazioni tecnologiche e licenziamenti collettivi». Rivista Giuridica del Lavoro, nº 5-6, 1989, pág. 426.

(41) Vid. Liso, F.: «La mobilità...» cit. págs. 163 y ss.

(42) Vid. Rivero Lamas, J.: «La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa». En el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los ochenta, Zaragoza, 1983, págs. 323 y ss.

Como se ha podido observar, los presupuestos de hecho en cada una de las causas resulta diferente, y cada una de ellas por sí misma faculta la apertura de una declaración extintiva. Debe señalarse nuevamente que con relación a las causas técnicas, organizativas o de producción resultan aplicables los criterios establecidos con relación a los económicos, es decir que cada una de ellas adquiere relevancia práctica a los solos efectos de las motivaciones extintivas sometidas a consulta de la representación legal de los trabajadores.

c) Elementos finales

En el párrafo segundo del art. 51.1 se contiene un claro ejemplo de norma final o programática, mediante la cual se entenderá la concurrencia de los elementos causales cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, a través de una más adecuada organización de los recursos.

Dos cuestiones iniciales deben subrayarse en este momento: la primera es que las medidas propuestas deban contribuir a una finalidad; la segunda, el que la finalidad resulta diferente según la fundamentación causal que motiva la pretensión del despido colectivo.

Con relación a la primera de las cuestiones, parece fuera de toda duda el afirmar que las medidas propuestas se concretan en un proyecto extintivo de determinadas relaciones de trabajo, y que tal proyecto al adoptarse debe contribuir a una finalidad explícita. Los términos del precepto evidencian la inexigibilidad de una total y absoluta satisfacción de los fines a través de las medidas, ya que éstas han de contribuir o ayudar a la consecución de las finalidades más tarde expresadas. En este caso el legislador ha sido consciente de que la situación económica de la empresa, así como su viabilidad responden a una serie de variables en los que el factor empleo ocupa un específico y único lugar que pretende despejarse mediante el presente precepto. Se trata por tanto en el art. 51 de remover un obstáculo que impide o dificulta la superación de la situación de la empresa y que necesariamente habrá de sumarse a otros para obtener el fin previsto. Planteada en estos términos la situación, la contribución de aplicar mecanismos extintivos para la consecución de los fines de empresa, debe ser objeto de una mínima evaluación ya que no resultaría idéntica la motivación del despido colectivo si se concibiera el mismo como mera o simple contribución o si las extinciones contribuyeran directamente a la superación de la situación empresarial. Ante la duda planteada es necesario indicar que en la estructura del despido colectivo, privilegiándose el interés del empresario a extinguir, ello se hace por motivos objetivables y no por simples pretextos, con lo cual su interés ha de ser positivo y no negativo, es decir ha de dirigirse al estricto logro de los fines legalmente establecidos y no a la elusión de responsabilidades contractuales libremente elegidas. Por ello cabe concluir que las extinciones pretendidas deben contribuir a la superación de la situación empresarial de manera directa, sin que quepa encubrir otras intencionalidades en la utilización de las resoluciones contractuales.

378

En lo que afecta a la segunda de las cuestiones inicialmente planteadas, se advierte como el legislador manifiesta que en la fundamentación económica las medidas propuestas deben contribuir a superar una situación económica negativa, mientras que en las causas técnicas, organizativas o de producción las medidas se dirigen a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos. Parece por tanto que rentabilidad y eficacia se configuran como presupuestos reseñables, diferenciando el legislador finalidades diversas según el tipo de fundamentación causal.

La fundamentación económica y las hipótesis extintivas deben contribuir a superar una situación económica negativa, que según el dictado normativo no ha de querer decir que con ello se deba pretender la viabilidad futura de la empresa ni tampoco la viabilidad posterior del empleo.

Aspectos estos de la cuestión que permiten considerar dos distintas circunstancias, una estática o de presente, y otra dinámica o de futuro. La primera afecta a la causa económica mientras que la segunda afecta a las demás causas. Por consiguiente el despido colectivo pretendido, y fundamentado en una causa económica, tiene su razón de ser en una situación económica negativa, ya dada y mensurable, cuya solución se programa mediante su afectación al empleo existente en la empresa(43). La supresión de empleo basado en costes económicos y no la reducción de contratos de trabajo(44) puede constituir por tanto una medida prevista en el despido colectivo, facultándose entonces extinciones contractuales con perfiles determinados que abran la posibilidad a nuevas contrataciones donde tales perfiles sean distintos(45).

Los últimos razonamientos sirven igualmente a los casos de extinción por causas técnicas, organizativas y de producción, ya que teniendo como objetivo la viabilidad de la empresa y del empleo puede resultar adecuada, por causas inherentes a la actividad de la empresa y no al trabajador, proceder a extinguir contratos de trabajo, contratando otros trabajadores con perfiles profesionales y contenidos prestacionales diversos(46), sin que por ello esta haya de ser la única modalidad de la actuación empresarial ya que la habilitación que pudiera pretender con el despido cabría enfocarla a través de la reducción de la plantilla. Argumento el dado que puede proyectarse igualmente a la hipótesis contemplada en el art. 52.C cuando se refiere a la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo(47).

Insistiendo de nuevo en la finalidad de las extinciones por causas técnicas, organizativas o de producción, se ha dicho que tales resoluciones contractuales han de ser necesarias para contribuir a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, a través de una más adecuada organización de los recursos(48). Quiere decirse por tanto que

(43) Situaciones estas que han sido constatadas Jurisprudencialmente: Así respecto al estado de desequilibrio en la estructura económica y financiera Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de 6 de abril de 1984 (A/1899); Respecto a la deficiente coyuntura económica de la empresa Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de 24 de noviembre de 1984 (A/5702); Con relación a la ruptura del equilibrio entre producción y consumo como causa económica Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 5ª de 17 de noviembre de 1987 (A/9949).

(44) Sobre la diferencia entre supresión de empleo y ruptura de contrato de trabajo, caracterizada porque en la supresión de empleo la modificación de uno de los elementos sustanciales de la situación contractual como son el lugar de trabajo, cualificación profesional, objeto del trabajo, modalidades de la remuneración, hacen posible la supresión de un empleo y su remplazamiento por otro Vid. Jeammaud, A.: «La notion de licenciement...» cit. pág. 276. Vid. igualmente la distinción entre supresión de empleo y reducción de efectivos en Laborde, J.P.: «La cause économique du licenciement». Droit Social nº 9-10, 1992, págs. 776 y ss.

(45) Hecho este que no tiene porqué ser imprescindible, ya que en unos casos podrá ser necesaria la supresión de puestos de trabajo sin que quepan nuevas contrataciones.

(46) La propia Jurisprudencia española ha distinguido entre puesto de trabajo y funciones del trabajador. Vid. Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 17 de abril de 1986 (A/2195) y de 11 de noviembre de 1987 (A/7850).

(47) Ya denominado por parte de la doctrina española como despido colectivo menor Cfr. García Fernández, M.: «La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo». A.L., nº 30, 1994, pág. 492. Denominación la de despido colectivo menor o de reducida consistencia conocida en el Ordenamiento Jurídico francés, Vid. Navarro Nieto, F.: «Los despidos por causa económica en Francia», C.E.S., Madrid, 1994, págs. 35 y ss. vid. un tratamiento general del despido colectivo en Francia, en Pérez de los Cobos, F.: «El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo». Actualidad Laboral, número monográfico, nº 11, 1993, págs. 207 y ss.

(48) Sobre la utilización racional de los recursos humanos Vid. Rivero Lamas, J.: «Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo» en la Flexibilidad laboral en España, Universidad de Zaragoza, 1993, págs. 9 y ss. Vid. el análisis realizado por Martínez Emperador, R.: «El despido colectivo», en Actualidad Jurídica. Aranzadi, nº 156, 1994.

las medidas extintivas han de contribuir a las dos finalidades de manera conjunta, cuya concreción puede resumirse en la supervivencia de la empresa y la mano de obra empleada, difícil combinación de fines y que puedan garantizarse razonablemente de cara al futuro, con lo que en la práctica la prognosis vendrá a limitar la indeterminación temporal dada por el legislador.

Como complemento necesario a todo lo anterior debe recordarse que el art. 51.6 prescribe que ante el fracaso del acuerdo con los trabajadores, la autorización para calificar el despido colectivo procederá cuando de la documentación obrante se deduzca la necesidad de las medidas planteadas por el empresario de acuerdo con las finalidades del precepto. Obsérvese que la actuación administrativa no verifica las causas, ni la conexión entre las causas y las medidas extintivas propuestas, y solo sí la conexión entre las medidas extintivas y los fines contemplados en el párrafo segundo del art. 51.1. No obstante lo anterior, los términos de la conexión se plantean en manera tal que no es posible deducir una exclusiva y única consecución entre medidas y fines; el propio legislador así parece entenderlo cuando posibilita la autorización –no aprobación– administrativa al desprenderse razonablemente que las medidas propuestas son necesarias a los fines. Tal presunción de razonabilidad, resulta bien conocida por parte de la Doctrina y Jurisprudencia⁽⁴⁹⁾ acabándose definiendo sobre la base del margen de apreciación dada por la autoridad administrativa al ponderar los intereses en juego. Cabe considerar por lo tanto que la autoridad administrativa concreta su actuación a la verificación de la razonabilidad de las medidas extintivas, según las finalidades otorgadas al despido colectivo por la Ley. Situar bajo tales parámetros la actuación de la Administración significa conducirla a resolver fuera de los cauces de un conflicto jurídico y ubicarla dentro de un conflicto de intereses. No serán desarrolladas funciones cuasi-jurisdiccionales al no dilucidarse el mejor derecho, pero tampoco creo que sea posible admitir una calificación de naturaleza arbitral o cuasi arbitral⁽⁵⁰⁾, cuando actúa la Administración una vez constatada la ausencia de acuerdo entre la representación obrera y el empresario. No puede ser considerada arbitral la naturaleza del acto de la Administración, ni siquiera cuasi arbitral, por no ser la actuación pública ni dependiente del consentimiento de las partes, ni obedecer a circunstancias excepcionales. Es cierto que en el caso que nos ocupa existe un interés público-social como ya reconociera hace tiempo Bayón Chacón⁽⁵¹⁾, pero ello no debe habilitar el reconocimiento de la naturaleza arbitral del acto administrativo en el actual contexto jurídico-político. Más bien existe una materialización del poder administrativo que por su contenido puede calificarse como mixto ya que expropia el derecho del trabajador al mantenimiento de la relación de trabajo y otorga el derecho al empleador de extinguir el vínculo contractual, y todo ello por el resultado social que con la conducta que autoriza el acto se pretende conseguir. La consecuencia que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tiene la actual ordenación, es que previsiblemente sólo la desviación de poder facultará el rechazo de la autorización administrativa,

380

(49) Vid. Cruz Villalón, J.: «Las modificaciones...» cit. págs. 262 y ss. Igualmente citando la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1980 que parte de la presunción de razonabilidad con que la Administración actúa en estos casos y predica su carácter «iuris tamtum» que puede ser destruida por el recurrente y el juez apreciarla. Cfr. Rodríguez-Piñero, M.: «La movilidad del trabajo dentro de la empresa» en *Movilidad del Trabajo*, CEOE, cit. págs. 47 y ss. Vid. López Tarruella, F.: «La modificación...» cit. págs. 187 y ss. Sin embargo tal libertad de ponderación no debe prescindir de la adopción de criterios razonables, Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1988, citada por Fernández Domínguez, J.J.: «Expedientes de regulación...» cit. págs. 167 y 168.

(50) En tal sentido y de acuerdo con el orden jurídico anteriormente vigente Cruz Villalón, J.: «El control judicial de los actos de la Administración Laboral: La extensión de las Jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa» en *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral* publicado por Cruz/Valdés, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 238.

(51) Vid. Bayón Chacón, G.: «La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas», en *diecisiete lecciones sobre fuerza mayor...* cit. págs. 41 y 11.

dado el régimen jurídico vigente sobre la estructura del despido colectivo. Paradójicamente una ordenación que no exigiera la actuación de la administración laboral, y sometida a una motivación objetiva cuyo control fuera solamente jurisdiccional podría garantizar mejor la justificación del despido colectivo.

d) La especialidad del despido colectivo total

De las hipótesis extintivas contenidas en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores que puedan comportar la cesación de la actividad productiva en la empresa, y por ello la extinción total de los contratos de trabajo, sólo quedan relatar dos supuestos contenidos en los números siete y ocho.

El art. 49.7 afecta a los casos de muerte, jubilación, incapacidad del empresario, y extinción de la personalidad jurídica del contratante, de entre ellos sólo el último supuesto está expresamente remitido a seguir los trámites del despido colectivo, mientras que los demás según una doctrina jurisprudencial ya establecida se ven excluidos de seguir el expediente de regulación de empleo(52).

El art. 49.8 a los efectos extintivos remite al apartado 12 del art. 51, en el que la existencia de fuerza mayor como causa motivadora de la extinción parcial o total de los contratos de trabajo, exige la instrucción del expediente con el objeto de ser constatado el hecho extraordinario, y facultada la rescisión contractual.

Parece quedar claro que en el caso de fuerza mayor se sigue un procedimiento administrativo atenuado, distinto al de regulación de empleo, y donde ni los elementos causales, número-temporales, y finales son tomados en consideración. De otro lado en el supuesto de cesación total por extinción de la personalidad jurídica del contratante tampoco es exigible el conjunto de elementos que configuran la estructura del despido colectivo, aunque si es necesaria la tramitación del expediente de regulación de empleo(53).

Queda por tanto para el desarrollo la situación contemplada en el párrafo tercero del art. 51, es decir el despido colectivo que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa. En la hipótesis señalada la Ley integra por asimilación dentro del despido colectivo la extinción total de los contratos de trabajo existentes en la empresa siempre y cuando los trabajadores afectados fueren más de cinco(54). El supuesto identifica la cesación de la actividad productiva, si bien por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De los elementos de la estructura del despido colectivo común o de afectación parcial, la figura analizada

(52) Vid. entre otras, sentencias del Tribunal Central de trabajo de 4 de abril de 1984 (A/3186); 5 de junio de 1984 (A/3186); 14 de febrero de 1989 (A/1407). Considerando constitucional el régimen de indemnizaciones del art. 49.7 en relación a las del art. 51 pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1986 de 20 de marzo (B.O.E. de 9 de abril) y 7/1987 de 28 de enero (B.O.E. de 10 de febrero).

(53) Con relación a la extinción de la personalidad jurídica del contratante, el supuesto típico es el de la disolución de sociedades. Un estudio más detallado en Ortiz Lallana, M^a.C.: «La extinción del contrato de trabajo en los supuestos de imposibilidad física o jurídica». Borrajo, E. (dir) Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. E.D.E.R.S.A. Tomo IX, Vol. 2^a Madrid, 1980, págs. 195 y ss.

(54) En los supuestos en que el despido colectivo total de empresas sea con cinco o menos trabajadores la vía procedimental adecuada será la que se contempla en el art. 53 del Estatuto y sobre la base del art. 52.c. El problema surgido en la hipótesis de empresas con situación de insolvencia y falta de liquidez donde no pueda ponerse a disposición de los trabajadores la indemnización de veinte días por año de servicio, a la que se refería el art. 53.1, según la nueva redacción del art. 53.4, hacia el despido nulo en tal circunstancia. Dicha situación queda resuelta merced a la nueva redacción del art. 53.1.b del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

deshecha los requisitos numérico-temporales y los finales, manteniendo exclusivamente los causales. Es obvio reconocer la inaplicación a este caso de la exigencia porcentual o numérica de trabajadores afectados por la extinción ya que claramente vienen a ser todos los de la plantilla, e igualmente los fines del despido colectivo concretados en superar la situación económica negativa o garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo quedan fuera del presupuesto contemplado en el párrafo 30 del art. 51. En consecuencia las empresas con una plantilla superior a cinco trabajadores podrán proyectar la extinción total de los contratos de trabajo fundándose en las causas anteriormente enumeradas a través de la figura del despido colectivo, mientras que las empresas de cinco o menos trabajadores deberán acogerse al procedimiento habilitado según el art. 52.c del Estatuto.

En el despido colectivo total se contempla una cesación efectiva y definitiva de la actividad productiva, no pudiéndose reconocer en la figura contemplada cesaciones no definitivas ya que para ello se habilita la suspensión del contrato de trabajo ex art. 47, ni tampoco cesaciones no efectivas que permitan un vaciado de la plantilla en su totalidad, pasando a cubrirla con otra distinta. La fundamentación de la efectividad del cese de la actividad productiva se justifica en el analizado párrafo 3º, al reconocerse el despido colectivo cuando se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial; expresión la apuntada por el legislador que subraya la naturaleza real y no ficticia del fin de la práctica de la producción.

La exigencia, tal y como se ha dicho, de una fundamentación causal carente de finalidades normativamente prefiguradas, convierte a las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción en auténticos motivos objetivos habilitadores del despido colectivo total. Más aún la ausencia de referencia especial en el art. 51 a los criterios que debe tomar en consideración la autoridad administrativa al resolver sobre la cesación total de la plantilla, en contraste con los exigidos en el despido parcial donde medidas extintivas y fines deben estar vinculados, sitúa a la autoridad laboral —cuando no exista acuerdo— en una posición más cercana a realizar un control sobre la validez de la pretensión empresarial que sobre la función o finalidad de la misma.

382 La validez del despido colectivo que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa debe suponer por tanto la cesación efectiva y definitiva de la actividad productiva por alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En consecuencia las citadas causas se sitúan en el presupuesto de la efectiva y definitiva extinción de la actividad empresarial, sin que esta última obedezca a una libre voluntad del empresario. No hay por tanto desistimiento, ni posible alegación de causas subjetivas en la proposición del despido colectivo, sino sólo el reconocimiento de un justo motivo extintivo basado en la relevancia del interés de empresario concretados en las causas señaladas. Por ello no existe discrecionalidad empresarial, y sólo si condiciones reales en las que se contextualiza la opción del empresario. Lo dicho no puede considerarse como limitación al contenido esencial de la libertad de empresa de la cual da cuenta el art. 38 de la Constitución, ni a la libre iniciativa económica, categoría esta subsumible en el contenido de la libertad de empresa(55), toda vez que el ejercicio de la actividad empresarial está disciplinado por normas de muy diverso orden(56) entre las

(55) Por lo que se refiere a la Libertad de empresa Vid. el análisis y bibliografía citada por Rubio Llorente, F.: «La libertad de empresa en la Constitución», en La Reforma del Mercado de Trabajo (Borrajó, Dir.) Actualidad Laboral S.A. Madrid, 1993, pág. 25 y ss.

(56) La Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1983 expresa que el art. 38 no garantiza el derecho a acometer cualquier actividad sino el de iniciar y mantener en libertad la actividad empresarial.

cuales han de citarse las que afectan a la protección constitucional específica del trabajador(57) y el derecho al trabajo(58).

La justa causa, como se reconocía con anterioridad, se concreta en lo que hemos dado en denominar elementos causales del despido colectivo. Sin embargo la dimensión que ha de otorgarse a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no ha de ser la misma en el despido colectivo parcial y en el total ya que mientras en el primer caso actúan como claves que siendo superadas conducen a la continuidad de la empresa, en el segundo caso expresan claves que por su imposible superación impiden la continuidad de la actividad empresarial. Condicionamientos económicos irreversibles, medios para producir inútiles y de imposible sustitución, organización y modo de producción arcaico que afecta a la rentabilidad, y producción con difícil o imposible penetración en el mercado, son en fin fundadas razones que pueden llevar a la cesación de la actividad. Como puede fácilmente deducirse el conjunto de causas acaban transformándose en una exclusivamente: la económica(59).

3. FRAUDE DE LEY Y DESPIDO COLECTIVO

El hecho sustancial que diferencia el despido colectivo ex art. 51 y el despido plural contemplado en el art. 52.C es el frágil factor numérico, si bien las consecuencias procedimentales que se derivan de una u otra vía extintiva resultan tener un mayor calado. La inexigibilidad de someterse el empresario a un período de consultas con la representación legal de los trabajadores, así como la elusión de la autorización administrativa, flexibilizan notablemente el negocio extintivo ex art. 52.C, al menos en un primer momento. Decimos en un primer momento, ya que la posible impugnación de la citada extinción objetiva ante la Jurisdicción laboral faculta una muy concreta acreditación de la existencia de la causa resolutoria, haciendo factible la declaración improcedente de la extinción por parte del juzgador si la causa económica, técnica, organizativa o de producción no existiere. Es por tanto, y según lo ya dicho con anterioridad respecto a la autorización administrativa, más precisa la valoración de la existencia de la causa extintiva en el orden jurisdiccional a la que se produce en el administrativo. De otro lado y según el art. 122 de la Ley de Procedimiento Laboral la falta de mención de la causa extintiva en los supuestos del art. 52 del Estatuto determina la declaración de nulidad del despido por el Magistrado, mientras que en el supuesto de despido colectivo cuando la autoridad laboral recibe la solicitud, y ésta no reúne los requisitos exigidos, permite su subsanación en un plazo de diez días.

No obstante, y a pesar de los matices establecidos, el legislador en el párrafo 5º del art. 51.1 indica lo siguiente: «Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52.C de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas

383

(57) Vid. una sistemática construcción sobre los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación de trabajo, con una aportación bibliográfica extensa en Pedrajas Moreno, A.: «Despido y derechos fundamentales», Trotta, Madrid, 1992, págs. 15 a 98.

(58) En tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/81 de 2 de julio establece que el derecho al trabajo se concreta «... en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa». Tesis la anterior defendida mayoritariamente por la Doctrina Vid. Montoya Melgar, A.: «Ejercicio y garantía de los derechos fundamentales en materia laboral», R.P.S. nº 121, págs. 33 y ss; Martín Valverde, A.: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1980 págs. 202 y ss.

(59) Tal es igualmente la conclusión a la que llega Valdés Dal-Ré, si bien haciéndola respecto a los supuestos de despido colectivo total y parcial. Vid. «Los despidos por causa económica», cit. pág. 405.

nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto»(60). El párrafo transcrito viene a contemplar el posible supuesto negociado en fraude de Ley mediante el cual se ha utilizado la vía del art. 52.C para evitar la disciplina del despido colectivo, cuando correspondía éste en función del resultado pretendido. Debe observarse que el fraude se produce respecto al art. 51, y en consecuencia el acto fraudulento habría de estar sometido a los efectos de la norma violada, pudiendo el supuesto extintivo ser calificado por el juzgador como despido improcedente, sin embargo el legislador se muestra radical en la apreciación de tal conducta, reclamando la declaración de nulidad por parte del Juez en el art. 122.2,d de la Ley de Procedimiento Laboral.

Distintas son las cuestiones que se plantean a la hora de una adecuada interpretación del precepto. La primera de ellas consiste en establecer cual es la forma de computar los períodos sucesivos de noventa días en los que la empresa realice extinciones de contratos ex art. 52.C. Dada la configuración de la prescripción normativa parece deducirse que cuando en períodos continuados(61) de noventa días se procediera a amortizar puestos de trabajo que afectaran en las empresas de menos de cien trabajadores a diez trabajadores como mínimo, en las de cien y menos de trescientos a un mínimo del diez por ciento, y en las de trescientos o más a un mínimo de treinta, entonces tal conducta sería la tipificada por el legislador en el bien entendido que no se hubiera llegado en cada uno de los períodos a las cifras indicadas por ser patente ya la figura del despido colectivo. Surge al hilo de la ordenación legal y de la interpretación realizada, determinar el número de períodos de noventa días que pueden ser objeto de valoración, toda vez que el carácter de los períodos sucesivos puede ser indefinido y afectar a toda la vida de la empresa provocando la incertidumbre. Sin embargo dado que la existencia del fraude de Ley habrá de ser valorado por el Juez para calificar el acto extintivo como nulo, y tal calificación habrá de ser precedida de una acción previa ejercitada por el trabajador afectado, será este el momento en que se deberá valorar la existencia de períodos sucesivos de noventa días en los que la conducta empresarial haya incurrido en el tipo diseñado por el párrafo 5º del art. 51.1. Podrá argumentarse que la interpretación realizada en nada resuelve el problema de indefinición temporal líneas arriba citado; pero ya que el legislador exige igualmente que la conducta del empresario ha de tener por objeto la elusión del art. 51, en el contexto de la apreciación judicial del despido nulo podrá valorarse no sólo la intencionalidad defraudadora, sino también ésta en relación al espacio temporal en que se ha producido. Parece evidente que ante dos acciones externas iguales una puede ser antijurídica y otra no en función del elemento subjetivo final, y es evidente que si se toma como referencia un espacio de dos años y medio, los distintos períodos de noventa días existentes en los que se han amortizado diez puestos de trabajo (uno en cada período de noventa días, si la empresa ocupa menos de cien trabajadores) no podrá razonablemente considerarse que el último trabajador afectado por la extinción lo ha sido en fraude de ley ex art. 51.1 párrafo 5º. La apreciación por parte del Juez de la motivación elusiva del art. 51, determinará la existencia del fraude, siendo elemento de su apreciación la dimensión temporal en que se han hecho las extinciones ex art. 52.C. Como el legislador

384

(60) La Ley 11/94 ha adicionado una letra d) al número 2 del artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral. El número 2 del citado precepto enumera los supuestos en que la decisión extintiva ha de declararse nula por el juez.

La letra d) dice: «Se haya efectuado en fraude de Ley, eludiendo normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último Párrafo del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores».

(61) Decimos continuados o encadenados ya que esta parece ser la intencionalidad del legislador, toda vez que aceptando una adecuada interpretación semántica, sucesivos pueden ser los períodos distanciados en el tiempo pero que se suceden uno a otro. Sobre cuestión parecida y en relación al fraude de ley en la contratación laboral Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 21 de abril de 1988 (A/3008).

indica las amortizaciones computables son aquellas en que no concurren causas nuevas que justifiquen las mismas, quiere decirse así que aún dándose el presupuesto de hecho delimitador del fraude, el mismo no existirá si hay nuevas circunstancias de la empresa generadoras de causas extintivas distintas ex art. 52.C en los períodos sucesivos.

Habiéndose tratado de dibujar de manera coherente el presupuesto de hecho reconocible en el párrafo 5º estudiado, así como el elemento subjetivo o intencional, y el elemento objetivo mediante el que se excluyen las amortizaciones por causas nuevas, resta hacer alguna observación en relación al momento en que cabe formular la acción al trabajador afectado.

Es evidente que cabe deducir en la actual hipótesis la existencia de un plazo de caducidad de la acción de veinte días contados a partir del momento en que se procedió a la extinción que superó los umbrales del art. 5.2.c. En la hipótesis apuntada, parece que el plazo no debe iniciarse antes de que surja el presupuesto de hecho que debiera haber habilitado, desde un punto de vista numérico-temporal la vía del despido colectivo, pudiéndose abrir desde ese momento, o desde el momento que tuvo conocimiento de tal situación el trabajador, el dies a quo del cómputo del plazo de caducidad(62). A pesar de lo dicho con anterioridad y dada la confusa redacción de la letra d) del art. 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, puede resultar factible la declaración judicial del fraude de ley ex art. 51.1 párrafo 5º a través de un procedimiento ordinario instado por trabajador o Sindicato con interés y legitimación suficiente, pudiéndose solicitar la notificación de la sentencia a las personas que puedan ostentar interés legítimo en el asunto debatido según indica el art. 54.2 de la Ley de Procedimiento Laboral(63), abriéndose entonces el cómputo del plazo de caducidad de la acción.

Por lo demás la declaración de nulidad comporta la readmisión del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir(64), consecuencia que como advierte Valdés Dal-Ré, trata de impedir la fuga del procedimiento de despido colectivo mediante el sencillo expediente de fragmentar o dispersar en el tiempo aquellos despidos que tienen una común causa justificativa(65).

(62) Aún cuando no sea un supuesto idéntico al que se trata veáanse los argumentos dados en relación a la fecha en que se inicia el cómputo del plazo de caducidad en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, Vid. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991 (A/9081). Desde otra perspectiva tiene interés el argumento que ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo en su Sala de lo Social de 12 de julio de 1989 (A/5460) cuando al referirse al plazo de prescripción de las faltas alude a que si la esencia de la falta es la reiteración de una serie de actos, estos no se consideran de modo aislado, iniciándose el plazo de la prescripción larga con el último hecho cuyo acaecimiento determina la apreciación de una falta con entidad propia.

(63) Vid. Valdés Dal-Ré, F.: comentarios al art. 54 de la Ley de Procedimiento Laboral, págs. 171 y 172 en «Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y comentarios». Deusto, Bilbao, 1990.

(64) Vid. Blanco Martín, J.M.: «Despido disciplinario» en la Reforma del Mercado Laboral», cit. págs. 447 y 454 y ss. Igualmente Rodríguez Fernández, M.L.: «Ejecución de las sentencias por despido», en la Reforma del Mercado Laboral, cit. págs. 474 y ss.

(65) Cfr. Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica» en la Reforma del Mercado laboral, cit. Pág. 415.

CAPITULO III

LA PROCEDIMENTALIZACION DE LA FACULTAD EXTINTIVA

La esfera de libertad reconocida al empresario en relación a la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se configura como una facultad jurídica en el art. 49.9 del Estatuto de los Trabajadores. La citada facultad está sometida a una carga a través de las normas instrumentales habilitadas en el art. 51, que prescriben formalidades para ser observadas si se quiere obtener la finalidad perseguida. Hay por tanto una procedimentalización del ejercicio de las facultades empresariales mediante un complejo iter de decisión, que debe formarse tomando en cuenta los intereses afectados por el despido colectivo(1).

El legislador español a través de la regulación contenida en el art. 51. sobre despido colectivo, otorga en el procedimiento una relevancia significativa a las posiciones de los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral, lo cual no significa otra cosa que subrayar los intereses colectivos y públicos afectados por el proyectado acto extintivo(2). Consecuentemente en el precepto antes señalado se perfilan cauces que hagan posible la información, consulta y composición de los intereses, pero igualmente la formulación de un procedimiento administrativo dirigido a la valoración del proyecto empresarial. Es cuestión preliminar por tanto, que el empresario ante la intención de efectuar un despido colectivo, debe solicitar autorización iniciando un procedimiento administrativo denominado de regulación de empleo, y asimismo abrir un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores. La existencia de un doble canal a recorrer con el objeto de permeabilizar la facultad extintiva, constituye al fin la columna vertebral de la figura de despido colectivo. El legislador dictamina incluso que en la solicitud a la autoridad laboral se debe incorporar copia de la comunicación a la representación obrera sobre la apertura del periodo de consultas, privilegiando —como así ocurre en las Directivas 75/129 y 92/56— la fase consultiva en la cronología procedimental(3). En fin, el art. 51 acaba desarrollando un procedimiento de regulación de empleo cuya naturaleza es claramente administrativa, y un procedimiento negocial típicamente privado en la fase consultiva(4).

386

(1) En frase feliz así lo ha venido a reconocer Romagnoli cuando manifiesta que el ejercicio del poder empresarial está vinculado al respeto de procedimientos en que intervienen, con los instrumentos para influenciar, los destinatarios del acto final, con el fin de constreñir al autor a tener en cuenta sus intereses. Cfr. Romagnoli, V.: «Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.» en Riv. Trim. dir. proc. civ., 1977, pág. 1049.

(2) El interés colectivo se ve afectado por la pretensión del despido colectivo al alterar el contenido de las relaciones de trabajo y la estructura del mercado laboral. El interés público, en cuanto interés del Estado, igualmente se ve resentido y no sólo por las consecuencias sociales que genera el despido colectivo, sino por su pretensión de administrar la economía y la convivencia de los distintos sujetos económicos.

(3) Vid. con carácter general Rodríguez-Piñero, M.: «Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa». R.L. nº 12, 1990, págs. 1 y ss.

(4) Salvador del Rey habla de un procedimiento complejo en el que cabe distinguir un subprocedimiento administrativo y un subprocedimiento negocial. Cfr. «Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: Líneas esenciales de la Reforma arts. 51 y 52.C del Estatuto de los Trabajadores». R.L., número monográfico, 1994.

1. INFORMACION, CONSULTA Y COMPOSICION DE LOS INTERESES. EL CONTROL COLECTIVO

a) El Derecho a la información

La apertura de un período de consultas, al que se refiere el art. 51.2, se ve estructuralmente vinculada al suministro por parte del empresario de una información que permita el conocimiento real de las cuestiones objeto de la consulta(5).

La información resulta por tanto un presupuesto de la consulta, concebible como una facilidad que debe dar la empresa a los representantes para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, a las que se refiere el art. 2 del Convenio 135 de la O.I.T. de 1971, o más específicamente el art. 16 de la Recomendación 143 sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa(6).

Se trata pues de un derecho que tiene una naturaleza instrumental o final, y cuya dimensión bien toma la forma de standard jurídico, o es precisado de manera explícita en el ordenamiento legal. En el caso que nos ocupa el derecho de información tiene un contenido explícito, de carácter cualitativo, prefijado en los apartados 2º y 4º del art. 51. Según lo indicado, el empresario, entre la documentación que ha de ser remitida a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, deberá incluir la pertinente para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo y la justificación de las medidas que por tales causas se pretenden adoptar. De igual modo, en las empresas de cincuenta o más trabajadores deberá acompañarse un plan que contemple las medidas necesarias para atenuar las consecuencias derivadas de la extinción del contrato de trabajo a los afectados por un despido colectivo, así como las medidas que permiten la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. La primera observación que merece destacarse, a falta de un desarrollo reglamentario del art. 51, es el diferente contenido dado a la información en la Directiva Comunitaria y en el Estatuto de los Trabajadores. El art. 20.3 de la Directiva 75/129 indica que a los representantes obreros se ha de proporcionar toda la información y en cualquier caso por escrito los motivos del despido, el número y categorías de trabajadores empleados y pretendidamente despedidos, el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, criterios de selección de los trabajadores afectados, y método de cálculo de las indemnizaciones. Como puede apreciarse no consta dentro del art. 51 la obligación de informar sobre la estructura ocupacional y extintiva, tampoco el período en que se han de ejecutar las extinciones —se entiende el período dentro del amplio de noventa días que cualifica el despido colectivo—, ni los criterios por los cuales se ha de seleccionar a las relaciones laborales a extinguir. Toda vez que los presupuestos de información condicionan los de consulta en el art. 51 apartado 4º, habrá de deducirse que el contenido mínimo de la citada consulta podrá ver excluida las cuestiones sobre cuya omisión hemos hecho observancia. En la medida que el desarrollo

387

(5) Para que la consulta tenga sentido es preciso contar con la información pertinente, facilitando la actuación negociadora y reforzando el interés del trabajador en el futuro de la empresa. En este sentido Cfr. Kahn-Freund, O. «Trabajo y Derecho», M.T.S.S. Madrid, 1987, págs. 162 y ss. El citado autor entiende igualmente que la consulta cumple dos objetivos: el primero, permitir que el sindicato ejerza su influencia en las decisiones sobre reducción de plantillas y quizás de un modo particular en la selección de los trabajadores a despedir; el segundo, proteger el mercado de trabajo frente a cambios súbitos en las situaciones de oferta y demanda, así como preparar el terreno para la redistribución de los trabajadores excedentes. La obligación de informar en cierto sentido, y según el autor citado, se encuadraría entre las normas dirigidas al fomento de la negociación colectiva ya que las consultas son una forma de negociación colectiva.

(6) La citada Recomendación de 1971 dictamina en el art. 16 que la empresa debería poner a disposición de los representantes de los trabajadores... las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones.

reglamentario no legitimara una ampliación del contenido de la información, restaría dentro del poder del empresario la definición de la estructura ocupacional afectada por el despido colectivo, así como la selección individualizada de trabajadores despedidos(7), a no ser se considerara aplicable el art. 13 del Convenio nº 158 de la O.I.T. y el art. 23 de la Recomendación 166 de la misma Organización Internacional(8).

Especificadas las cuestiones que han de ser objeto de información(9) a la representación obrera, dentro del procedimiento negociado de la fase consultiva, cabrá la posibilidad de que sea considerada insuficiente por los receptores de la comunicación, a pesar de haberse transmitido formalmente el elenco de cuestiones requeridas. Se plantea aquí la problemática

(7) Vid. Rodríguez-Piñero, M.: «La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control»: R.L. nº 4 y 5, 1989. Igualmente González-Posada Martínez, E.: «la selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal», en la Reforma del Mercado de Trabajo (Borrajó, Dir.) Actualidad Laboral, S.A. Madrid, 1993, págs. 803 y ss. En tal sentido y dada la ausencia de criterios normativos expresos, salvo el de no discriminación, respecto a la selección de los trabajadores afectados por la reducción de personal, y no existiendo acuerdo con la representación obrera, la empresa deberá motivar los criterios adoptados de selección y coherentes con la causa económica, técnica, organizativa o de producción. La identificación de los trabajadores sometidos al procedimiento extintivo deberán ser en tal caso seleccionados por el empleador de acuerdo a las bases y criterios aludidos con anterioridad. Lo indicado no afecta a hipótesis concretas, expresamente reguladas, como es el caso del art. 53 del R.D. 2205/80 de 1 de junio por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares y donde se establecen prelación extintivas.

(8) Con carácter general y en relación al Convenio 158 de la O.I.T. Vid. Alonso Olea, M.: «Sobre la forma de despido en relación con el Convenio nº 158 de la O.I.T., sobre terminación de la relación de trabajo»: A.L. nº 20, 1986, págs. 43 y ss.; Blanco Rodríguez y Blanco Montagut: «La problemática aplicación del Convenio 158 de la O.I.T. sobre la terminación de la relación de Trabajo», A.L. nº 46, 1986; Borrajó Dacruz, E.: «Incidencia del Convenio nº 158 de la O.I.T. en materia de despido», A.L. nº 778 y 946, 1986; Galiana Moreno, J.: «El convenio nº 158 de la O.I.T. y su incidencia en los despidos individuales», Revista jurídica de la Región de Murcia, nº 4, 1986, págs. 103 y ss.; García Becedas, G.: «Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 de la O.I.T.», RT nº 85, 1987, págs. 77 y ss.; Gómez Enterriá, A.: «Reflexiones sobre el Convenio 158 de la O.I.T.», DL nº 20, 1986, págs. 69 y ss.

(9) El art. 51.14 establece que las obligaciones de información y documentación previstas se han de aplicar con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza control sobre él, no pudiéndose tomar en consideración cualquier justificación del empresario basada en hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria. El precepto citado es una transposición, si bien no idéntica, del art. 2.4 de la Directiva 75/129. Parece evidente que en todo caso el derecho de información debe ser cumplido aún cuando la empresa que tomó la decisión del despido colectivo en la empresa «subordinada» no hubiera facilitado la información necesaria. Dada la redacción del apartado 14 del art. 51 y omitido en él referencia alguna a la exigibilidad de la consulta, que si hace ante el mismo supuesto la Directiva 74/129, debe entenderse se produce un incumplimiento de los requisitos exigidos para iniciar el procedimiento de regulación de empleo y que de no ser subsanados a requerimiento de la autoridad laboral se tendrá por desistida la petición del empresario según dispone el art. 51.3. Queda no obstante por aclarar que debe entenderse por «empresa que ejerza control», aún cuando en una primera aproximación resulta del todo evidente la extensión de las obligaciones de documentación e información a los grupos de empresa y a las empresas multinacionales, mayores precisiones exigirían establecer si el control ejercido es económico o de gestión directiva. Aceptando que el legislador admite como ejercicio de control el económico, deberá puntualizarse si este ha de ser mediato (contrata, subcontrata), o inmediato (financiero). Si se entiende que se trata de un control sobre la gestión se vería reducido el ámbito de aplicación del precepto analizado.

Dadas las funciones asignadas al derecho de información, así como el carácter incondicionado que preside la exigencia de requisitos en la solicitud que inicia el procedimiento administrativo, debe entenderse una interpretación que incluya cualquier tipo de control.

referida a la suficiencia en el cumplimiento del derecho de información, dentro del procedimiento negocial como antes se ha establecido, y cuya trascendencia, obliga a realizar las siguientes argumentaciones. Primera, que el trámite en el que se sitúa la información y consulta no debe calificarse según los sencillos parámetros contractuales en que la regla de la buena fe constituye el único fundamento de la correcta relación negocial, sino más bien el trámite se ubica en una fase que tiene por objeto determinar las condiciones de ejercicio de los poderes organizativos del empresario. Según esto la información y consulta se correspondería desde la perspectiva de la representación obrera dentro del ejercicio de la actividad sindical, ya que su actuación estaría dirigida a la tutela de los intereses de los trabajadores, tal y como lo entiende la sentencia del Tribunal Constitucional 118/1983 de 13 de diciembre(10). La consecuencia de todo lo anterior sería que los comportamientos omisivos, por insuficientes, que tuvieran por finalidad atentar al ejercicio de la actividad sindical podrían configurar conductas antisindicales(11). Lo dicho significaría lesionar el ejercicio de la función representativa o sindical respecto a la reestructuración de plantilla que afecte al interés general, supuesto éste que posibilita la suspensión de los efectos del acto impugnado en el art. 177 de la ley de Procedimiento Laboral, y permite reconocer la idoneidad del procedimiento de la tutela de los derechos de libertad sindical en el caso analizado. Apreciada la vulneración corresponderá al juzgador ordenar el cese inmediato del comportamiento antisindical, la reposición de la situación al momento anterior a producirse y la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida indemnización(12), sin perjuicio todo ello de la responsabilidad administrativa en que pudiera incurrir el empresario ex art. 7.6 de la ley de Infracciones y sanciones de orden social(13).

La segunda argumentación que procede realizar afecta a la diferencia funcional del contenido de la información que el empresario ha de suministrar, ya que una parte se refiere a las causas del despido colectivo y a la justificación de la medidas a adoptar, mientras que la otra se refiere al plan de atenuación de medidas extintivas y de viabilidad de la empresa(14). Existe según lo expresado la obligación de informar: sobre los elementos de hecho que justifican la extinción colectiva, e igualmente sobre el programa de actuación empresarial una vez admitido el despido colectivo. En el primer bloque de materias se impone una carga consistente en la motivación y acreditación del elemento o elementos causales que configuran la estructura del despido, habiendo de consistir la información tanto en la determinación de los datos objetivos que justifican la causa extintiva, como la razonable interpretación que sobre la misma se hace.

(10) Actividad sindical predicable tanto respecto a la acción realizada por la representación unitaria como sindical, Vid. Durán López, F.: «Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo» M.T.S.S. Madrid 1992, págs. 139 y ss.

(11) Vid. Valdeolivas García, Y.: «Las conductas lesivas de la Libertad Sindical» C.E.S., Madrid, 1.994 págs. 96 y ss., así como la bibliografía allí citada. Igualmente Vid. Sanguinetti, W.: «Lesión de la Libertad Sindical y comportamientos antisindicales», M.T.S.S. Madrid 1993.

(12) Vid. en general sobre tal modalidad procesal Albiol Montesinos, I.: «Modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical» Borrajo, E. (dir) en Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, E.D.E.R.S.A., Tomo 13, Vol. II, Madrid, 1990, págs. 1207 y ss. Valdés Dal-Ré, F.: «El proceso de protección de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales», en Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 463 y ss.

(13) Vid. García Blasco y Rivero Lamas: «Los derechos de información en la empresa en el marco europeo e internacional y en España», en V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, 1987, págs. 517 y ss.

(14) Ha de añadirse que forma parte del contenido de la información la obligación del empresario de dar cuenta de la venta de los bienes de la empresa que no constituyeran el tráfico normal de la misma, siempre que el proyecto extintivo afectase a más del 50% de los trabajadores.

Igualmente, y en relación a la justificación de las medidas a adoptar, siendo estas parte de la información que ha de ser suministrada, su contenido se restringe a la mera formulación de la pretensión extintiva del empresario, y cuya relevancia en el período de consultas tiene como única virtualidad ser puente de referencia a partir del cual se puedan evitar o reducir el número de trabajadores afectados por el despido. El segundo bloque de cuestiones objeto de información se sustancia en el plan o programa social que debe acompañarse a la documentación suministrada a los representantes obreros cuando el despido colectivo se pretenda desarrollar en empresas de cincuenta o más trabajadores. En el contenido mínimo del citado plan deben concretarse medidas para atenuar las consecuencias que se derivan de la extinción del contrato de trabajo para los asalariados afectados, e igualmente medidas que posibilitan la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. La genérica y amplia formulación que da el legislador sobre el contenido del programa de actuaciones, permite no sólo concretar medidas de acompañamiento para la ayuda a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos, tal y como indica el art. 2.2 de la Directiva 75/129(15), sino también cualesquiera otra que afecte a la organización futura de la empresa. Puede decirse según lo anterior que el plan ex art. 51.4 no responde a las características existentes en otros países de nuestro entorno, sino que dado su posible contenido mixto, social y de viabilidad, la función y significado otorgado al mismo responde a criterios participativos, en los que no deben eludirse negociaciones sobre la aplicación de los artículos 39, 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. Según lo anterior la información sobre el plan, excepción hecha de las medidas sociales de acompañamiento al despido colectivo, introducen propuestas de colaboración de la representación obrera con la empresa al margen del mecanismo del despido colectivo(16), y de la obligación de información por tal causa.

El contenido de la información debe remitirse, según el art. 51.2 párrafo segundo, a los representantes legales de los trabajadores en la empresa, es decir a aquellos órganos a los que se atribuyen funciones negociales ex art. 51.4 párrafo cuarto. Por tanto Comité o Comités de empresa, Delegados de personal en su caso, y representaciones sindicales si las hubiere, deben ser receptores y acreedores de la información en los términos ya expresados(17).

b) Derecho de consulta

Se ha dicho con anterioridad que la apertura de un período de consultas está estructuralmente vinculada al suministro de información por parte del empresario, de manera que el contenido esencial de aquellas no puede darse sin un completo cumplimiento de la previa

(15) Sobre el plan y su contenido el art. L. 321. 4.1 del Código de Trabajo francés establece la obligatoriedad de su elaboración, debiendo contener medidas para limitar las consecuencias del despido cuando no puede ser evitado, favoreciendo la reclasificación de los asalariados, e insistiendo sobre todo en los trabajadores de edad, y en los que tengan dificultades de reinserción. Vid Triboulet, J-L.: «Les mesures d'accompagnement des licenciements pour motif économique», *Droit Social*, nº 9 y 10, 1992, págs. 780 y ss. Igualmente Navarro Nieto, F.: «Los despidos por causa económica en Francia», C.E.S., Madrid, 1994, págs. 56 y ss. En cuanto a Alemania la redacción del Plan se incluye dentro de los derechos de participación en la empresa, arts. 111 y 112 del Betriebsverfassungsgesetz, redacción de 1985. Vid. Weiss, M.: «Licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania». *Diritto delle relazioni industriali*, nº 2, 1992, págs. 164 y ss.

(16) No debe olvidarse que la finalidad de las extinciones que pretende el despido colectivo es garantizar la viabilidad futura de la empresa tal y como se indica en el art. 51.1 párrafo segundo, con lo cual las medidas propuestas en el plan aplicables una vez acordadas las extinciones se producirán con posterioridad al propio despido colectivo. Todo ello querrá decir que las medidas de viabilidad incorporadas al plan, o tienen carácter subsidiario por no haberse posibilitado el inicial proyecto de despido colectivo pretendido por el empresario, o actúan como preventivas frente a futuros despidos colectivos.

(17) Podrá estar obligado a remitir la información al Comité Intercentros si el Convenio Colectivo aplicable le asignará competencias consultivas en el procedimiento de despido colectivo. Distinta será, como tendremos ocasión de analizar, la cuestión relativa al acuerdo.

recepción de la documentación explicitada normativamente. Consecuentemente la apertura del período de consultas se iniciará con la comunicación del empresario y simultánea puesta a disposición de los representantes de la información pertinente, simultaneidad ésta que podrá no producirse si la información remitida no es completa. El inicio del cómputo del período consultivo nace así con la plenitud de la información, y su duración como se expresa en el art. 51.4 es de un mínimo de treinta días naturales, o de quince en empresas de menos de cincuenta trabajadores. Dada la formulación normativa, surge la cuestión de especificar si existe un término al período de consultas. La respuesta que debe darse es negativa, ya que de existir alguno habría de ser el de la tramitación del expediente administrativo previa a la autorización, y dada la independencia del citado procedimiento respecto al de consultas, no puede aceptarse tal compulsión pública en el proceso negocial privado. Por ello debe concluirse que la administración de la extensión del período de consultas corresponde a los negociadores pudiendo darse por terminado bien sea por mutuo acuerdo, o por el desistimiento negociador de alguna de las partes.

Hasta ahora se ha venido hablando, tal y como hace el legislador, de la consulta entre la representación obrera(18) y la empresa; sin embargo no parece aquella la más apropiada denominación desde un punto de vista técnico. Efectivamente, si por consulta se ha de entender el procedimiento por el que el empresario solicita un dictamen antes de adoptar una determinada decisión(19), no es este el contenido que se da en el art. 51.4 párrafo tercero, cuando indica que durante el período de consultas las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. Lo que materialmente prescribe la ley es un auténtico procedimiento negocial mediante el que se exterioriza el motivo de despido, se discute la realidad causal y se analizan las consecuencias de las extinciones contractuales propuestas. En tal contexto se ejercita por parte de los representantes de los trabajadores una acción defensiva de los intereses que les son propios, produciéndose en la práctica la negociación sobre el contenido de facultades organizativas del empresario. La directiva 75/129 en su art. 2.1 indica el que el empresario debe consultar a los representantes con vistas a llegar a un acuerdo, pareciendo con ello establecer dos momentos netamente diferenciados: el de la consulta y el del acuerdo; por el contrario el legislador español integra la negociación en el período de consultas ofreciendo así una dimensión especial a las mismas(20). La negociación llevada a cabo debe además ser realizada con buena fe y dirigida a la obtención de un acuerdo. Ello supone no sólo proclamar de nuevo la naturaleza negocial de la relación jurídica establecida al efecto, sino reprochar las prácticas desleales no conformes al ordenamiento jurídico. Existe un deber de negociar para intentar lograr un acuerdo, pero no un deber, como resulta obvio, de llegar a un acuerdo. Se configura una obligación de medios, no de resultados, sobre la cual no cabe su cumplimiento por terceros, y que exige un deber de esfuerzo y actividad con carácter principal, así como de colaboración y esmero con carácter accesorio(21).

391

(18) Habla el legislador de la consulta con los representantes legales de los trabajadores, debiéndose reconocer aquí que afecta a representaciones unitarias de la empresa y a delegados sindicales, estos últimos según el art. 10.3.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

(19) Cfr. Biagi, M.: «Representación de los trabajadores y democracia en la empresa»; M.T.S.S., Madrid, 1992, pág. 191.

(20) Se aprecia así la influencia de la legislación alemana sobre la materia Vid. Coertlich Peset, J.M.: «Informe técnico-jurídico sobre: el despido colectivo en la Europa Comunitaria» A.L. nº 11 1993, pág. 182. Igualmente en Weiss, M.: «Licenziamenti...» cit. pág. 164. y García Murcia, J.: «La regulación del despido colectivo en Alemania», R.L. nº 2, 1994, págs. 9 y ss.

(21) Sobre la realización defectuosa de la consulta y las consecuencias indemnizatorias Vid. Kahn-Freund, O.: «Trabajo y Derecho» cit. págs. 178 y 179. Sobre el deber de negociar aplicable a la negociación colectiva, Vid. por todos Camps y Sala: «El deber de negociar, el principio de no concurrencia y el cambio de unidad de negociación» Poder Judicial, nº 12, 1988, pág. 169. Igualmente García Blasco, J.: «El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el Derecho español» R.E.D.T. nº 6, 1981, págs. 193 y ss.

De especial interés resulta el mecanismo ofrecido por el nuevo art. 85 del Estatuto, al posibilitar que los Convenios Colectivos establezcan procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 de la Ley(22). El precepto anteriormente citado indica que los laudos arbitrales tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los Convenios regulados en el art. 91 del Estatuto de los trabajadores.

Hecha ya la indicación de que los denominados laudos arbitrales tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos obtenidos al finalizar el período de consultas ex art. 51.4, queda por resolver la situación que pudiera producirse cuando el citado laudo fuere impugnado y declarado ineficaz. En tal situación ha de indicarse que dado que corresponde al empresario comunicar a la autoridad laboral el resultado del período de consultas, y admitido que el laudo arbitral ha de ser tramitado como si de un acuerdo se tratara, el empresario deberá en el escrito de presentación del acuerdo-laudo testimoniar la fundamentación que justifica la remisión de una resolución arbitral. Advertida por la autoridad laboral la circunstancia expresada, una elemental norma de prudencia será desarrollar de oficio un acto de instrucción para el conocimiento de un dato en virtud del cual debe pronunciar la resolución, cual es la firmeza del laudo. En consecuencia y dada la posibilidad que le ofrece el art. 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, requerirá de las partes el conocimiento sobre la presentación de impugnaciones contra el laudo arbitral, suspendiendo el plazo para dictar resolución si existiere contestación positiva, y ello por interpretación analógica del art. 51.5 párrafo segundo.

Hechas las observaciones anteriores debe analizarse mínimamente el contenido del procedimiento consultivo, y habiéndose mencionado la relación estructural existente entre la información suministrada y el período de consultas, sólo cabe concluir que las mismas deben versar como mínimo sobre tales informaciones. Es decir motivos y causas del despido colectivo, medidas atenuadoras del efecto extintivo sobre los trabajadores afectados, continuidad y viabilidad de la empresa, y posible reducción de los despidos proyectados así como medidas alternativas, configuran la base del proceso negociado objeto de las consultas. Proceso negociado, por mínima que sea la intensidad de las consultas, que habrá de ser observado para la existencia de un acuerdo válido a los efectos de su reconocimiento por la autoridad laboral.

c) El acuerdo

392 La primera observación que debe realizarse es que el acuerdo al que se refiere el art. 51, ha de tener como contenido mínimo los presupuestos numérico-temporales que califican la existencia de despido colectivo. Es decir la indicación del número mínimo de trabajadores afectados por la extinción, según la dimensión de la plantilla de la empresa, requeridos por el art. 51.1, y a realizar en un período de noventa días. Ha de entenderse que la presentación de un acuerdo que no contemple los mínimos anteriormente indicados se sitúa al margen del despido colectivo, toda vez que no reúne los requisitos exigidos por la ley, y suponiendo ello no tanto la invalidez del acuerdo si no el explícito desistimiento del empresario a la petición inicialmente formulada. En segundo lugar el acuerdo requiere la conformidad del empresario

(22) Vid. igualmente la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores que dictamina como en el supuesto de que aún no habiéndose pactado en el Convenio Colectivo aplicable un procedimiento para resolver discrepancias en los períodos de consultas, se hubieren establecido conforme al art. 83 de esta Ley, órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos en el ámbito territorial correspondiente, quienes sean parte en dichos períodos de consulta podrán someter de común acuerdo su controversia a dichos órganos.

y la de la mayoría de los miembros del Comité o de los Comités de empresa, o en su caso la mayoría de los delegados de personal. Siendo factible el acuerdo firmado por el empresario y las representaciones sindicales existentes en la empresa que representaren a la mayoría del Comité o Comités, o en su caso a la mayoría de los delegados de personal. En cualquier caso dada la referencia constante por parte del legislador a un único acuerdo, el mismo podrá producirse a través de la conformidad de una representación unitaria, o través de una representación sindical, sin que quepa acumulación de ambas dado el dictado normativo expresado en el art. 51.4 párrafo cuarto. Para la identificación de la mayoría del Comité se debe entender que se corresponde con la mayoría absoluta de los miembros que debiera tener según la plantilla de la empresa, método este que por proyección debe aplicarse en el caso de empresa con varios comités, entendiéndose que sumados todos los miembros de los Comités existirá conformidad si la mayoría absoluta en su conjunto así lo manifiesta(23). Por lo que afecta a la empresa con delegados de personal, la mayoría será de dos en las empresas de treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores, y de uno (el único) en las empresas de hasta treinta asalariados, de manera que puede ocurrir que el despido colectivo de diez trabajadores dependa del acuerdo con el único delegado de personal existente. Si se optare por un acuerdo con las representaciones sindicales, debe entenderse existe conformidad si los sindicatos(24) cuentan en su conjunto con mayoría en los órganos unitarios según las reglas expresadas anteriormente. En este último caso resulta preciso concretar cuando las representaciones sindicales representan a la mayoría de los miembros del Comité, Comités, o delegados de personal, significación esta que creo se deduce con claridad en el art. 51.4 párrafo cuarto, y que permite aseverar cómo la representación de la mayoría de los miembros de las representaciones unitarias se determina sobre la base de la audiencia electoral. Por lo que afecta a la posibilidad de que sea posible otorgar la conformidad al acuerdo por parte del Comité intercentros, no parece que ello resulte factible dados los criterios de determinación de su composición en el art. 63.3 del Estatuto. El hecho de que los miembros del citado Comité deban ser designados de entre los pertenecientes a los distintos comités guardando la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales, no desvirtúa la caracterización unitaria del comité Intercentros al representar a la totalidad de los trabajadores de la empresa, ni ha parecido impedir según la doctrina que candidaturas no sindicales cuenten con representación en el comité(25). Lo que ocurre es que se produce una desviación de la implícita regla de la mayoría de la representación exigida en los órganos unitarios constituidos por Ley, así como la regla de la mayoría de la representatividad requerida a las representaciones sindicales(26), todo ello de difícil articulación en un órgano de las características del Comité intercentros donde su representación nace mediante su constitución por Convenio Colectivo, y cuyas funciones están sometidas a la variabilidad que pueda determinar el mismo.

(23) Pudiéndose dar la circunstancia de que una empresa con dos centros de trabajo, uno de noventa trabajadores y otro de novecientos, pretenda clausurar uno de ellos. Dada la regulación vigente al Comité del primer centro contará con cinco miembros, y el segundo tendrá veintiuno; según el art. 51.4 el acuerdo con el Comité de empresa mayor posibilitará la clausura del centro de trabajo menor.

(24) Quiere decirse que tengan secciones sindicales en la empresa, por tal ha de interpretarse «representaciones sindicales, sí las hubiere».

(25) En tal sentido Borrajo Dacruz, E.: «Comentario a la S. de Magistratura de Trabajo nº 18 de Madrid, de 16-1-1988», A.L. nº 1, 1988; Sala/Pérez de los Cobos: «La composición del Comité Intercentros», Poder judicial nº 9, 1988, págs. 160 y ss.; Escudero Rodríguez, R.: «Los sujetos de los convenios de empresa, representantes unitarios y representantes sindicales», M.T.S.S., Madrid, 1985, págs. 182 y ss.

En contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 1989 (A/39) que establece como la composición del Comité intercentros debe respetar los resultados electorales en el doble aspecto de sindicalización y de globalidad, el aspecto de sindicación obliga a obviar la contemplación de resultados electorales no sindicales o ajenos a las candidaturas presentadas por sindicatos.

(26) Reglas implícitas en el art. 51.4 párrafo cuarto.

La tercera de las cuestiones que se ha de elucidar, afecta a la caracterización y naturaleza del acuerdo que pone fin al período consultivo. Producido cronológicamente en la fase última del proceso negocial exigido por la Ley, su eficacia, en lo que afecta al contenido extintivo, carece de consecuencias jurídicas. Es decir el acuerdo, en los términos precisados, resulta ineficaz por sí mismo, constituyendo un elemento de juicio necesario para la autoridad administrativa en orden a la autorización de la facultad extintiva. Planteadas las cosas en el terreno indicado, el acuerdo contendría alguno de los perfiles que el art. 79.1 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común califica como alegaciones. Alegación por tanto, que bajo la forma de acuerdo, constituye un trámite necesario dentro de la instrucción del procedimiento administrativo, y cuya presentación es obligada al empresario solicitante de regulación de empleo. Alegación igualmente que ante la ausencia de acuerdo corresponderá realizar al empresario para que la autoridad laboral resuelva, si bien con distintos elementos de juicio. Puede decirse por tanto que el procedimiento negocial exigido en la fase consultiva tiene como función la promoción de un acuerdo que exprese la voluntad de empresa(27), como conjunto obrero-patronal, en el reconocimiento de la necesidad del despido colectivo. Sobre la idónea conformación de la voluntad expresa da, el legislador exige un soporte informativo, consultivo y representativo en el art. 51.4, habiendo de velar la autoridad pública por la limpieza del proceso negocial, hasta el punto que si apreciase la existencia de vicios podrá de oficio remitir el acuerdo a la autoridad judicial según el art. 51.5, párrafo segundo.

Todo lo expresado con anterioridad no impide considerar que el proceso negocial habilitado tenga por objeto establecer condiciones al ejercicio de los poderes organizativos del empresario, y cuya finalidad sea el logro de una equilibrada composición de los intereses en conflicto. Pero el acuerdo, desde nuestro punto de vista, no tiene por sí mismo valor normativo ya que no conforma el contenido singular de los contratos de trabajo, ni contiene actos de disposición directa respecto a las relaciones individuales, e incluso sería dudoso admitir la existencia de efectos contractuales entre los firmantes(28). El acuerdo, lo que sí hace es determinar las condiciones en que puede ejercitar el empresario su poder de organización con proyección en toda la empresa, y cuya traducción práctica es mediata ante la necesidad de la autorización administrativa.

El conjunto de argumentaciones realizadas son una consecuencia de la específica ordenación normativa actualmente vigente, y donde el legislador español, en el caso que nos ocupa ha intentado desplazar el conflicto de intereses al ámbito de la autonomía de las partes, reconociendo la dificultad de su composición y la ausencia de mecanismos arbitrales, deses-

(27) Acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así lo denomina el art. 124 de la Ley de Procedimiento Laboral.

(28) Al menos en lo que afecta a la parte estrictamente relativa al acuerdo sobre las extinciones. Cuestión distinta será si en el acuerdo se establecen medidas que atenúan las consecuencias del despido a los trabajadores afectados, o modificaciones contractuales que sustituyen a despidos inicialmente programados, o medidas conducentes a la viabilidad empresarial. Las anteriores circunstancias, siendo irrelevantes a los efectos de la autorización administrativa, si tienen eficacia jurídica, si son acordadas conforme a la Ley. La parte del acuerdo cuyo contenido se ha expresado debe ser calificado como un convenio extraestatutario de eficacia personal general, y que no debe ser comunicado a la autoridad laboral como parte del resultado del acuerdo objeto de posterior autorización. sobre los convenios extraestatutarios de eficacia personal general Vid. Valdés Dal-Ré, F.: «Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios», A.C.A.R.L., Madrid, 1988, págs. 109 y ss.

Como acto de naturaleza contractual y de efectos plurales ha sido calificado el acuerdo colectivo por Salvador del Rey, considerando que respecto a la extinción de los contratos de trabajo tal acuerdo no tiene ni eficacia obligacional ni eficacia normativa, sino que se constituye en causa para el despido colectivo Vid. «Los despidos por causas empresariales...» cit.

timando el libre receso empresarial ante la falta de acuerdo, y reservando un específico control en los términos que posteriormente veremos.

2. EL PROCEDIMIENTO DE REGULACION DE EMPLEO. EL CONTROL PUBLICO

La explicitud con que se inicia el art. 51.2 es evidente: El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en la Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. Queda acreditada por tanto la necesidad de contar con una autorización administrativa para que el empresario ostente la facultad extintiva, y que tal autorización para producirse exige la iniciación de un procedimiento, como cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa. Actuación administrativa que no puede ser otra que la de determinar, conocer y comprobar los hechos en virtud de los cuales debe pronunciarse su resolución.

El art. 51 contempla así *un procedimiento de regulación de empleo*, iniciado por el empresario legitimado para ello, y que de reunir los requisitos exigidos por la ley determina la apertura de un expediente en el que la administración instruye un conjunto de trámites por medio de los cuales forma su inteligencia. Pero igualmente el art. 51 en los apartados 9 y 10 contempla la posibilidad de incoar *expediente de regulación de empleo*, y en el art. 51.12 se legitima a la empresa afectada por fuerza mayor a solicitar la apertura de un *expediente* conforme a los trámites establecidos en el apartado 12. La distinta terminología utilizada por el legislador, así como la fundamentación técnica y sistemática que justifica la pluralidad conceptual utilizada, permite formular una serie de consideraciones. Primera, que el procedimiento de regulación de empleo se contempla por la ley para ser incoado por el empresario, iniciándose el expediente por la autoridad laboral una vez reunidos los requisitos exigidos ex art. 51.2; es decir la instrucción del expediente de regulación de empleo se abre en este caso para hacer posible el despido colectivo ex art. 51.1. Segunda, la instrucción del expediente de regulación de empleo podrá solicitarse por los trabajadores a través de sus representantes, sin que sean exigibles en consecuencia los requisitos para iniciar el procedimiento contemplados en el art. 51.2, y facultándose a la autoridad laboral la determinación de las actuaciones e informes precisos en este supuesto⁽²⁹⁾. Tercera, la instrucción del expediente en supuesto de quiebra, podrá solicitarse por los síndicos que hubieran acordado no continuar la actividad

(29) La incoación del expediente de regulación de empleo por los trabajadores a través de sus representantes ha merecido una especial atención por parte de la doctrina, Vid. por todos Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas» op. cit. págs. 281 y ss.; Alonso Olea/Casas Baamonde: «Derecho del Trabajo», Madrid, 1993, pág. 422; Montoya Melgar, A.: «Derecho del Trabajo» Tecnos, 1992, pág. 486; Palomeque Lopez, M.C.: «Legitimación activa para la incoación de expedientes de crisis», R.P.S. nº 93, págs. 86 y ss.; Molero Manglano, C.: «Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (I y II)», A.L. nº 41 y 42, 1989. Tal atención adquiere especiales perfiles a la hora de dictaminar sobre la obligatoriedad de despedir al empresario, una vez autorizada la extinción por parte de la autoridad laboral, aceptándose por la doctrina en unos casos la citada prescripción y en otros no. Creo que el planteamiento que hoy debe realizarse es distinto, al partir el legislador de un concepto preciso de despido colectivo en el art. 51.1 y que no cabe otorgar de manera extensiva. El legislador contempla un procedimiento a iniciativa empresarial para hacer efectivo el despido colectivo en exclusiva, y la autoridad administrativa inicia la apertura del expediente de regulación de empleo que habrá de estar funcionalizado a las exigencias del despido colectivo, o a otras exigencias, caso de art. 51.10. La funcionalidad del expediente ex art. 51.9 no puede ser el despido colectivo ya que este sólo otorga una facultad extintiva querida por el empresario, no coercible administrativamente. Lo que parece habilitar el art. 51.9 es un derecho de alerta, al estilo del que contempla el art. L. 432.5 del Código de Trabajo francés mediante el cual el comité cuando tiene conocimiento de hechos que pueden afectar de manera preocupante a la situación económica de la empresa, solicita información al empresario con el objeto de elaborar un informe al respecto. El derecho de alerta que

empresarial, no siendo necesario cumplimentar los requisitos exigidos en el art. 51.2 con excepción de los relativos al período de consultas, y teniendo presente que la finalidad del expediente es la autorización administrativa para el acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo(30). Cuarta, instrucción del expediente ante la declaración judicial de cese de actividad de la empresa(31) y a los mismos fines que los contemplados en la situación descrita con anterioridad. Quinta, instrucción de expediente –no de regulación de empleo– por causa de fuerza mayor, solicitado por la empresa, de acuerdo con la tramitación explícitamente establecida en el apartado 12 del art. 51.1, y al margen de los presupuestos formalmente exigidos por el art. 51.1 y 51.2(32).

Hechas las valoraciones anteriores, interesa analizar de manera precisa el procedimiento de regulación de empleo. Sin embargo, con carácter preliminar, debe recordarse que se ha dicho como el trámite de consultas se ubica dentro de un procedimiento negocial típicamente privado. La cuestión que se suscita es si el citado procedimiento negocial ha de incluirse dentro del procedimiento administrativo o fuera de él, aspecto este de singular trascendencia aunque sólo sea para determinar el orden jurisdiccional, contencioso-administrativo o social que deba ejercer la tutela judicial efectiva. Como puede apreciarse de la lectura del art. 51 la figura del empresario adquiere una relevancia total y absoluta a lo largo de todo el procedimiento, así valora la situación de la empresa, formula la solicitud, e incluso comunica a la autoridad laboral el resultado del acuerdo, mientras que la representación obrera se sitúa en una posición extraña al procedimiento. El legislador como se aprecia no identifica ningún tipo de relación jurídico-administrativa, a no ser que por tal se entienda la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo adjudicada a la representación legal de los trabajadores, aspecto este que sólo resalta la legitimación del interés y cuya precisión no habría sido necesario subrayar. Pero de mayor interés es observar como

puede ser reconocido en el precepto citado tendría como función recabar de la autoridad laboral la apertura del expediente para que, mediante los informes y actuaciones que considere preciso, se de cuenta de la situación empresarial, pudiendo ello impulsar la solicitud por parte del empresario del despido colectivo, o apreciar el incumplimiento grave de «obligaciones empresariales». Con base en la actual redacción del art. 50.1,C tales incumplimientos facilitarían la extinción del contrato por voluntad del trabajador, si la resolución administrativa así lo apreciara. Vid. la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1991 (A/1834) calificando como incumplimiento empresarial grave a los efectos del art. 50, el cierre de instalaciones y la falta de ocupación. Obsérvese igualmente como la modificación del art. 50.1,C ha supuesto sustituir «incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario» por «incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario».

(30) En el presente supuesto se debe entender que son los sindicatos-administradores quienes solicitan la incoación del expediente. La redacción del art. 51.10, parece confirmar los argumentos dados, ya que no se trata de un despido colectivo ex art. 51.1, ni son exigidos los requisitos del art. 51.2, y sólo sí se respeta la necesidad de habilitar el período de consultas, así como la indemnización mínima a que se refiere el art. 51.8.

(31) Pudiera considerarse este supuesto como una de las hipótesis excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 75/129, pero lo cierto es que su art. 1.2,d se refiere a los trabajadores afectados por el cese de las actividades del centro de trabajo cuando este resulte de una decisión judicial. Según lo que se deduce del art. 51.10, en el caso de cese de actividad de un centro de trabajo por decisión judicial, cuando la empresa tuviere más, no integraría el tipo descrito en el artículo del Estatuto indicado. En otro orden de consideraciones debe indicarse que tampoco en el presente caso se dan los presupuestos de despido colectivo, ya que dados los términos del art. 51.10 resulta factible su aplicación en empresas en que los trabajadores afectados sean cinco o número inferior, hipótesis esta no contemplada en el art. 51.1 párrafo tercero.

(32) Tampoco se aprecia aquí la existencia de despido colectivo a los efectos del art. 51.1, ni expediente de regulación de empleo según los términos ya conocidos. Evidencia que se constata dada la redacción del apartado 8 del art. 49 del Estatuto de los trabajadores, y que justifica la diferencia conceptual del despido colectivo y el producido por fuerza mayor, así como en los dos expedientes diferenciados que han de instruirse en los dos casos. Nada impide que, acaecido un hecho que motive un acto extintivo por fuerza mayor durante el período de instrucción del expediente de despido colectivo, o en la ejecución del mismo, se pueda archivar éste para desarrollar aquél.

la independencia del proceso consultivo y negocial, respecto al administrativo, se constata, cuando la autoridad laboral carece de instrumentos para por sí mismo corregir los posibles vicios del acuerdo en la Resolución administrativa final. Quiere ello decir que la hipotética existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho se ha producido en el ámbito de la formación de la voluntad jurídico-privada, y no en el ámbito de la formación de la voluntad administrativa. Más aún, el procedimiento facultado para que el juez social dictamine la existencia de vicios en el acuerdo, es el de oficio ex art. 145.b de la Ley de Procedimiento Laboral que imposibilita a la autoridad laboral tener la condición de parte⁽³³⁾. Analizadas así las cosas, puede afirmarse la naturaleza independiente de la fase o período consultivo respecto al procedimiento administrativo. Dicho lo anterior ha de añadirse que la independencia señalada no puede considerarse como trámite incidental, dada una posible relación con las necesidades del procedimiento administrativo, ya que el objeto del período consultivo es totalmente distinto, e incluso opuesto al que pudo justificar la iniciación del citado ya procedimiento administrativo. El contenido por tanto del art. 51.4, como igualmente ocurre con la Directiva 75/129, tiene un carácter promocional de la autonomía colectiva con las consecuencias que de ello se derivan en nuestro sistema constitucional.

a) La iniciación del procedimiento

La intencionalidad por parte del empresario para efectuar un despido colectivo, de los contemplados en el art. 51.1, posibilita la incoación del procedimiento mediante solicitud autorizatoria, dirigida a la autoridad laboral competente. Como puede observarse la iniciación del procedimiento obedece a una motivación interna del empresario que no influye sobre la validez del despido, toda vez que como más tarde se verá, la Ley sólo posibilita el control de la finalidad del acto que se expresa en la causa, y no controla las representaciones intelectivas. Por ello las razones de oportunidad, momento y ámbito en las que pretenda realizarse el despido colectivo corresponden en exclusiva al empresario, al menos en tanto no concurra un acuerdo con la representación de los trabajadores.

La solicitud contenida en el escrito que inicia el procedimiento habrá de ser expresa y dirigida a recabar la autorización que faculte extinciones contractuales que representen un despido colectivo ex art. 51.1, debiendo añadirse que la formulación de la citada solicitud debe ser realizada por el empresario de los trabajadores afectados por el despido⁽³⁴⁾. Como hipótesis posible cabrá el supuesto en que el empresario que formuló la solicitud no haya de ser el que realice los concretos actos extintivos autorizados, al haberse producido en el interregno por ejemplo una sucesión de empresa; tal situación puede considerarse perfectamente lícita dada la subrogación del nuevo empresario en los derechos (facultades de obrar) del anterior según dispone el art. 44 del Estatuto.

La presentación de la solicitud supone la iniciación del procedimiento a todos los efectos, sin que quepa condicionarla a la comprobación de los requisitos exigidos en el art. 51.2(35) y cuya omisión puede ser objeto de subsanación. A falta del expreso desarrollo reglamentario cuando se redactan estas líneas, el único punto de referencia en relación a los requisitos es

(33) Vid. Pro todos Baylos/Cruz/Fernández: «Instituciones de Derecho procesal laboral», Trotta, Madrid, 1991, págs. 358 y ss. Igualmente García Blasco, J.: «Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio» M.T.S.S., Madrid, 1993, págs. 53 y ss.

(34) Supuesto cuya lógica es evidente, y que viene a expresarse en el art. 51.11 párrafo segundo, si bien más como concreción de la sucesión de empresa en los casos de venta judicial. Vid. sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 27 de octubre de 1986 (A/5903); 25 de febrero de 1988 (A/948), 25 de abril de 1988 (A/3021).

(35) Vid. Fernández Domínguez, J.J.: «Expedientes de regulación de empleo», Trotta, Madrid, 1993, pág. 109.

el contemplado por el legislador. Así se establece que a la solicitud deberá acompañarse copia de la comunicación realizada por escrito a los representantes legales de los trabajadores(36) sobre la apertura del período de consultas(37), junto a toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar. Nada dice el legislador dentro del art. 51.2 sobre la obligatoriedad, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, de presentar un plan sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias del despido a los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial ex art 51.4. Nada impide considerar que el citado plan forma parte de la documentación que ha de remitirse a la autoridad laboral, sobre todo teniendo en cuenta como ante la inexistencia de acuerdo la resolución administrativa ha de tener en consideración los fines del despido colectivo, uno de los cuales es la propia viabilidad de la empresa(38).

El trámite de subsanación tiene como objeto paliar los defectos del acto de iniciación del procedimiento y cuya identificación ha de realizarse verificando el cumplimiento del art. 70 de la Ley 30/1992, así como los específicamente exigidos en el art. 51 del Estatuto, y sobre los cuales ya hemos hecho mención. La autoridad laboral comprobará los requisitos exigidos, requiriendo del empresario su subsanación en el plazo de diez días si advirtiese incumplimiento de aquéllos y apercibiéndole que la no subsanación supone el desistimiento de su petición, con archivo de las actuaciones. La autoridad laboral deberá, si fuera necesario, hacer el requerimiento de la subsanación en el término de diez días desde la presentación de la solicitud (art. 71 Ley 30/1992), indicándole los defectos observados. La falta de dicha comunicación de los efectos subsanables constituirá un vicio de procedimiento, y la no subsanación por el empresario de los efectos implicará tal y como se ha dicho el desistimiento, se ha de entender del concreto despido colectivo solicitado. Puede surgir en la situación anterior el caso en que no subsanada la falta de requisitos, a juicio de la autoridad administrativa, ésta resuelva archivar las actuaciones, o lo que es lo mismo imposibilitar la continuidad del procedimiento, pudiéndose entonces interponer el recurso ordinario por parte del empresario (arts. 107 y 114 Ley 30/1992). Parece evidente que si la representación legal de los trabajadores reconoce como suficiente la documentación a ellos remitida puede perfectamente desarrollar el período consultivo, e incluso llegar a un acuerdo, si bien el mismo no cabrá comunicarlo a la autoridad laboral al haber puesto fin al procedimiento administrativo impidiéndole resolver. Lo dicho añade argumentos a la independencia de los procedimientos consultivo y administrativo, dando en el supuesto señalado una posible y nueva utilidad al art. 51.9, toda vez que nada impedirá la incoación del «expediente» por los trabajadores.

(36) Es decir a los representantes unitarios y a los sindicales en los términos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Sobre la identificación del concepto de representaciones legales Vid. Casas Baamonde M.E.: «Los nuevos derechos de información de los representantes legales de los trabajadores. ¿Qué representantes?». R.T. nº 100, 1990, págs. 334 y ss.

(37) El art. 51.2 indica que el procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. No puede deducirse que el procedimiento sea imposible iniciarlo presentada la solicitud sin que de forma simultánea se abra el período de consultas, tal interpretación choca abiertamente no sólo con la lógica jurídica, sino también con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. Más aún cuando es considerado como requisito la entrega junto a la solicitud de la copia de la comunicación de la apertura del período de consultas, y cuya omisión resulta subsanable dentro del procedimiento administrativo.

(38) El art. 3 de la Directiva 75/129 establece que la notificación obligatoria a la autoridad pública debe constar el proyecto de despido colectivo, conteniendo dicha notificación informes útiles referidos al proyecto y a las consultas con los representantes de los trabajadores, y especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que va despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos.

b) La instrucción del expediente

La instrucción del expediente se habrá de impulsar de oficio por la Administración realizando los actos necesarios para determinar, conocer y comprobar los datos sobre los cuales deberá resolver la autoridad laboral. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer actuaciones, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio (art. 78 y 79 Ley 30/1992)(39).

Específicos actos de instrucción contemplados en el art. 51 del Estatuto de los trabajadores, dentro del procedimiento de regulación de empleo son: comunicación de la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo(40) informe de la Inspección de trabajo sobre las causas motivadoras del expediente y cuantas otras resulten necesarias para resolver fundadamente; y actuaciones conducentes a garantizar el contenido de la autorización del despido colectivo.

Por lo que se refiere al informe de la Inspección de Trabajo cuyo carácter preceptivo se subraya en la Ley, éste ha de obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas, y evacuado en el plazo improrrogable de diez días desde su solicitud. El informe versará sobre las causas motivadoras del expediente y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente la autoridad laboral. Se trata pues de clarificar las cuestiones de hecho solicitadas y comprobadas de manera directa, cuyo valor es el de ampliar los elementos de convicción de la autoridad que haya de resolver, y sin que pueda predicarse su carácter vinculante(41). Por tanto, la actuación inspectora ha de realizar una investigación que permita identificar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que hubieren sido alegadas; y de otro lado ante la eventualidad de ausencia de acuerdo tras el período consultivo, indagar si las medidas extintivas propuestas –si la causa es económica– posibilitan la superación de la situación negativa de la empresa, –y si la causa es de las restantes– si garantizan razonablemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo al organizar más adecuadamente los recursos(42). Tales verificaciones deben considerarse forman parte del contenido del informe, al manifestarse el legislador en términos tan amplios como se ha indicado con anterioridad, planteándose la dificultad de que gran parte de la actuación inspectora no se refiere a circunstancias fácticas sino valorativas (finalidades), basadas en índices de razonabilidad y apreciación. El valor práctico, como consecuencia de lo anterior, que ha de adjudicarse a los citados informes puede considerarse débil ante situa-

(39) Un análisis general de la instrucción del expediente Vid. Fernández Domínguez, J.J.: «Expedientes de regulación de empleo» cit. págs. 119 y ss.

Debe igualmente observarse que la autoridad laboral con carácter facultativo puede solicitar de los organismos públicos los informes que considere precisos, Vid. Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato...» op. cit. pág. 323.

(40) A los efectos, entre otros, del art. 51.5 párrafo segundo, en la que la entidad gestora de la prestación de desempleo podrá solicitar de la autoridad laboral que inste la declaración de nulidad del acuerdo a través del art. 124 de la Ley de Procedimiento Laboral por considerar que aquel tiene por objeto la obtención indebida de las prestaciones de desempleo. Todo lo cual querrá decir que el acuerdo deberá ser comunicado por la autoridad laboral a la entidad gestora de la prestación por desempleo a los efectos de su conocimiento.

(41) Sobre la ausencia de presunción de certeza de los informes de la Inspección de Trabajo, en general, Vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1981 (A/1265) y 10 de julio de 1981 (A/3476).

Vid. Vázquez González, I.: «Informe de la Inspección de Trabajo en los casos de extinción de la relación laboral por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor (art. 51.6 del Estatuto de los Trabajadores)», R.E.D.T. nº 4, 1980, págs. 509 y ss.

(42) Conclusión que se obtiene por interpretación sistemática del art. 51.3, párrafo segundo en relación al art. 51.6 párrafo segundo.

ciones no marcadamente evidentes dada la dificultad de establecer presupuestos de hecho, circunstancia esta que no debe extenderse a la investigación de las causas que motivaron la iniciación del procedimiento, cuya objetividad si puede llegarse a exteriorizar(43).

Como parte fundamental de la actividad instructora de la autoridad laboral, han de considerarse las actuaciones concretas que impidan asegurar la eficacia no solo de la resolución administrativa autorizatoria, sino de cualquier pronunciamiento que pudiera llevar a cabo a lo largo del iter procedimental. El art. 51.8 vigente, como ya lo hiciera su anterior redacción, hace posible la adopción por la propia autoridad laboral, o a través de las autoridades competentes de medidas cautelares. En el caso apuntado el legislador formula dos innovaciones no existentes en el antiguo art. 51.8: una se refiere a la supresión del término «competente» como calificativo de la autoridad laboral legitimada para ejercer las medidas cautelares; otra se refiere a la posibilidad de que se recabe del empresario la paralización de las medidas —conductas— que impidieran la producción de efectos a los pronunciamientos administrativos. En el primero de los casos, a pesar de reconocer que la tramitación del expediente corresponde a la autoridad laboral competente, y que por tanto en nada sería reseñable la modificación de la que se ha dado cuenta, la redacción del precepto quizás permitiera considerar la posibilidad de que autoridades laborales no competentes en el despido colectivo pudieran por su proximidad a los hechos tener conocimientos de circunstancias que por la rapidez en que se producen exijan una inmediata respuesta, sin perjuicio de posterior puesta en conocimiento del trámite efectuado a la autoridad laboral competente(44).

En cuanto a la nueva posibilidad de recabar del empresario la paralización de las medidas de obstrucción señaladas, ha de interpretarse la existencia de un requerimiento toda vez que el verbo utilizado por el legislador —«recabar»—, sólo tiene adecuado sentido cuando se pretende alcanzar de instancias ajenas a quien lo produce la paralización de las citadas medidas, no siendo esta la circunstancia contemplada cuando es el propio empresario quien las realiza. Dada la situación descrita y ante el incumplimiento empresarial podrá procederse a la instrucción del procedimiento sancionador si la conducta fuera alguna de las tipificadas en la Ley sobre infracciones y sanciones de orden social, si ello no fuera así en todo caso se podrá recabar de las autoridades competentes, de cualquier orden que fuere, medidas conducentes a la paralización del comportamiento empresarial. Cuando se apreciare por la autoridad laboral comportamientos que pudieran ser constitutivos de delito corresponderá pasar el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, que para el caso que nos ocupa significará probablemente haberse producido una conducta de las tipificadas en el art. 499, bis del Código Penal o del art. 519 del mismo texto legal(45).

(43) Aún cuando con posterioridad la autoridad laboral proceda a la autorización sin que se produzca un control sobre las causas motivadoras.

(44) Siendo competente la Dirección General por producirse el proyecto de despido colectivo en distintos centros situados en distintas provincias, cabría considerarse la posibilidad de que la medida correspondiente fuere efectuada por la Dirección Provincial de Trabajo correspondiente a una de las provincias en que está situado uno de los centros afectados. Tal interpretación contaría con especiales dificultades ya que el art. 72 de la Ley 30/1992 otorga la facultad de adoptar medidas provisional es a la autoridad competente para resolver el procedimiento.

(45) Como se sabe el art. 499 bis párrafo segundo se refiere al que en caso de crisis de una empresa hiciera ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores, y el art. 519 se refiere al delito de alzamiento de bienes. Surge aquí, y en lo que afecta al art. 499 bis, la cuestión de la modificación del art. 51 del Estatuto de los trabajadores donde viene a desaparecer la caracterización crítica que habilita el despido colectivo, y donde no tiene que haber lugar la crisis de empresa. Una lectura estricta de precepto penal inhabilitaría su aplicación a la hipótesis contenida en el vigente art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, olvidando que el tipo penal tiene como fundamento y requisito esencial la deslealtad

c) La autorización administrativa con acuerdo

La ordenación del procedimiento de regulación de empleo encuentra su punto final en la resolución administrativa autorizatoria, si no hubiere habido desistimiento, renuncia o declaración de caducidad. La autorización constituye, en el contexto del art. 51, una manifestación del poder administrativo mediante el cual se produce una declaración de voluntad cuya consecuencia es otorgar facultades jurídicas al empresario para la extinción de contratos de trabajo. Tal manifestación de poder, característico de todo acto administrativo, requiere para su exteriorización el conocimiento de un acto de trámite cuyo cumplimiento compete al empresario, y cuya denominación es el de resultado del período de consultas. Es decir, el acuerdo o la falta del mismo constituyen un dato relevante y esencial para la determinación de la declaración de voluntad administrativa.

Si el período de consultas concluye con acuerdo entre las partes, dice el art. 51.5, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Como ya se dijo con anterioridad el contenido del acuerdo no forma parte con carácter general del contenido del acto de autorización extintiva, toda vez que el único dato relevante a los efectos de la resolución administrativa tiene que ser aquél en el que tiene competencia, cual es la extinción de un número determinado de contratos en un período determinado de tiempo y respecto de empresas con una plantilla concreta ex art. 51. Dicho de otro modo la autoridad laboral no homologa el acuerdo, incluso cabría decir que no habría de resolver sobre prioridad de permanencia de los representantes, ni contenido mínimo de la indemnización por despido de los trabajadores, ni sobre la selección de los trabajadores afectados, cuestiones todas ellas cuyo control de legalidad procederá realizar a la jurisdicción laboral, ya sea por tener su causa en la aplicación de un acuerdo empresarial o como consecuencia del despido individual realizado por el empresario con posterioridad a la autorización. Planteada la cuestión en los presentes términos cabe preguntarse si el contenido de la autorización debe de forma obligada corresponderse con el despido colectivo acordado. Nada dice de forma expresa el legislador en tal situación, y la doctrina entiende que el contenido del acuerdo produce efectos vinculantes para la Administración⁽⁴⁶⁾; efectivamente ha de entenderse así la solución al problema, ya que lo contrario constituiría una desviación de poder por el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los públicos. El fin público, no el de la Administración, ha de ser satisfecho de manera inexcusable con el objeto de no desnaturalizar el poder administrativo, y el fin público cuando se produce la existencia del acuerdo ha de ser garantizar el mismo como manifestación de un acto de autonomía colectiva. Resulta evidente que sí se apreciase por la autoridad laboral de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, como indica el art. 51.5, lo remitirá a la autoridad judicial a través del procedimiento de oficio ex art. 145.b, de la Ley de Procedimiento Laboral. Si el acuerdo fuere resultado de las prescripciones contenidas en el art. 85, es decir como consecuencia de la utilización de los procedimientos regulados por el Convenio Colectivo aplicable y dirigidos a resolver discrepancias surgidas en el período de consultas del art. 51,

401

frente a los trabajadores que conlleva como resultado una defraudación de sus derechos laborales y que el bien jurídico protegido es la seguridad jurídica del trabajador, presupuestos ambos que se sitúan hoy también en el régimen jurídico vigente. La crisis de empresa a la que alude el 499 bis, no es un concepto jurídico sino un concepto de referencia al modo de garantizar las expectativas jurídicas del ordenamiento laboral, y en este caso el art. 51 del Estatuto. Vid. según el régimen jurídico anterior a la actual reforma García Murcia, J.: «Los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial», R.E.D.T. nº 8, 1981, especialmente pág. 462; Molero Manglano, C.: «El delito social», R.P.S. nº 100, 1983, especialmente págs. 34 y ss.; Baylos/Terradillos: «Derecho Penal del Trabajo», Trotta, Madrid, 1990, págs. 92 y ss.; Fernández Domínguez, J.J.: «Expedientes...» cit. págs. 136 y ss. (46) Vid. por todos Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica»... cit. pág. 424.

tales acuerdos y laudos son susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los Convenios Colectivos como dicta el art. 91(47). Surge así la posibilidad de actuar la autoridad laboral conforme al art. 145.b de la Ley de Procedimiento Laboral y por los legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos según lo indicado en la nota anterior, planteándose la dificultad para el supuesto contemplado de proceder a una acumulación de autos, pudiendo jugar en este caso la institución de la litispendencia(48).

La posible existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, como se ha dicho con anterioridad, puede ser apreciada de oficio o a instancia de parte, remitiéndolo a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. La condición de parte a los efectos de instar ante la autoridad laboral debe reconocerse en los términos más amplios toda vez que los vicios alegados pueden haberse producido a lo largo del período consultivo. Más concretamente las hipótesis de dolo y coacción son factibles de producirse en la declaración de voluntad negocial por haberse realizado una maquinación insidiosa que induzca a celebrar el negocio (caso de dolo), o por haberse utilizado una fuerza irresistible que inspirara temor a una de las partes (coacción); en ambos casos deben entenderse como parte los negociadores sometidos a la compulsión. En el caso de abuso de derecho, se produce cuando el acuerdo no es conforme a la finalidad o función para la cual el derecho le ha habilitado, correspondiendo a un tercero al margen de los negociadores la condición de parte. Por lo que se refiere al fraude de ley, este se produce cuando el negocio jurídico es anómalo al utilizarse el acuerdo para alcanzar por esa vía indirecta la violación de una norma prohibitiva. En tal hipótesis corresponderá a un tercero, al margen de los negociadores, la condición de parte(49). Igualmente la autoridad laboral de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo podrá instar el procedimiento de oficio si se estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo al no existir causa motivadora de la misma. La situación subrayada anteriormente identifica un posible fraude de ley en el que ha de destacarse que la ausencia del motivo alegado no puede ser otro que la falta de involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo, pero no la ausencia de causas económicas, organizativas, técnicas o de producción(50). En cualquiera de las situaciones que puedan conllevar la iniciación del procedimiento

(47) Cual haya de ser el procedimiento a seguir en el caso del art. 85.1, según la precisión del art. 91 del Estatuto, es cuestión sobre la que se ha manifestado ya Valdés Dal-Ré optando por el proceso de conflictos colectivos y negando virtualidad a la modalidad procesal cuyo objeto es la impugnación por ilegalidad o lesividad de los convenios colectivos estatutarios. La razón dada se fundamenta por considerar que la remisión que el art. 85.1 hace a los laudos dictados para la solución de las controversias aplicativas de los convenios ex art. 91, no tiene el carácter de remisión plena, siendo exclusivamente a los efectos de impugnación y no a los efectos de eficacia y tramitación disciplinado esto último por el art. 85.1 en exclusiva. Cfr. Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica»... cit. pág. 422; en igual sentido Rey Guanter, S.: «Los despidos por causas empresariales...» cit. Admitiéndose que la impugnación del denominado laudo arbitral puede seguirse a través del procedimiento de conflicto colectivo, conviene matizar que ello se justifica, al margen de las razones dadas con anterioridad, por plantearse el litigio en orden a la aplicación o interpretación del convenio colectivo que regula los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en el período de consultas, ya que en tal sede ha de contenerse la ordenación de los mecanismos procedimentales a observar. Vid. González-Posada Martínez, E.: «El proceso de conflicto colectivo de trabajo», A.C.A.R.L., Madrid, 1993, págs. 47 y ss., así como 86 y ss.

(48) Cfr. Baylos/Cruz/Fernández: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral»... cit. pág. 374.

(49) Vid. Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato de trabajo...» cit. págs. 304 y ss.; Plasco Segura, B.: «La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo» A.L. nº 33, 1992, págs. 576 y ss.; Molero Manglano, C.: «Los expedientes de regulación de empleo...» cit. págs. 570 y ss.; Fernández Domínguez, J.J.: «Expedientes de regulación...» cit. págs. 83 y ss.

de oficio según apreciación de la autoridad laboral, debe tenerse presente que en los documentos por virtud de los cuales se inicia el proceso las afirmaciones de hechos que allí se contengan hacen fe, salvo prueba en contrario, según el art. 147.2.d de la ley de Procedimiento Laboral, razón por la cual debe interpretarse el que no quepan simples juicios de valor en la apreciación del dolo, fraude, coacción y abuso de derecho(51). La declaración posible de la nulidad del acuerdo por parte del órgano judicial habrá de ser comunicada a la autoridad laboral, y ante la ausencia de acuerdo debe entenderse que ha concluido el período de consultas; si no desistiere el empresario del despido colectivo, el procedimiento continuará pudiendo resolver la autoridad administrativa conforme al art. 51.6 del Estatuto de los trabajadores(52).

Por último cabe indicar que en el plazo de quince días naturales desde la comunicación del acuerdo por parte del empresario y sin que hubiera habido necesidad de suspenderlo por ninguna causa, se dictará como ya se dijo la autorización. Si hubiera transcurrido el citado plazo sin pronunciamiento expreso se entiende autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo, sin perjuicio de la certificación de actos presuntos según el art. 44 de la Ley 30/1992. Como consecuencia del silencio positivo establecido en el art. 51.5, puede ocurrir que el contenido del acuerdo extintivo se sitúe fuera de los límites conceptuales del despido colectivo exigido por el art. 51.1, otorgando beneficios legalmente no reconocidos. En la situación anterior a través de la institución del silencio positivo no puede obtenerse lo que la ley prohíbe, ni tampoco concederse lo que sería imposible de existir expresa autorización administrativa. Según esto cabe indicar que el silencio ni sustituye, ni suple al acto expreso de autorización, entendiéndose como indica el art. 51.5, que queda autorizada la medida extintiva en los términos del acuerdo, pero sometida a que en su ejecución por parte del empresario se dan los presupuestos del despido colectivo ex art. 51 y que fue lo que expresamente pudo autorizarse. La argumentación dada sirve igual cuando transcurre el plazo de quince días naturales desde la comunicación a la autoridad laboral de la inexistencia de acuerdo, y que según el art. 51.6. se habrá de entender autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud empresarial, el silencio positivo por lo tanto deberá someterse a idéntica lectura que la realizada con anterioridad(53) y valorando la necesaria certificación del acto presunto.

En lo que afecta a la realización del despido colectivo una vez obtenida la autorización, ya se ha dicho que la misma se configura como una facultad jurídica en el art. 49.9 del Estatuto de los trabajadores, de manera que la resolución administrativa no implica la extinción de los contratos de trabajo(54) pudiendo incluso el empresario renunciar a su ejercicio. Por otro lado cabe considerar la posibilidad de que la empresa pretenda ejecutar las extinciones por debajo del número autorizado, dentro del período de noventa días, no pudiéndose oponer

(50) En tal sentido García Fernández, M.: «La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994 de 19 de mayo», A.L. nº 30, 1994, págs. 490 y 491.

(51) Cfr. Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato de trabajo...» cit. pág. 305.

(52) Declarado nulo el acuerdo y si no existiere autorización administrativa sobre el despido colectivo no podrán realizarse por el empresario despidos de trabajadores que obedezcan a la configuración dada por el art. 51.1. El art. 124 de la Ley de Procedimiento Laboral ha de interpretarse en el sentido de que existiendo un acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción sin previa y necesaria autorización administrativa, cualquier despido efectuado con base en tal acuerdo e impugnado ante la jurisdicción laboral recabará de esta la nulidad del repetido acuerdo y del despido en los términos del art. 113 de la Ley Procesal Laboral. Sobre el meneguado alcance que probablemente tenga la causa de nulidad contemplada en el art. 124 Vid. Valdés Dal-Ré, F.: «Los despidos por causa económica»... cit. págs. 426 y 427.

(53) Vid. sobre el silencio positivo en estos casos Fernández Domínguez, J.J.: «Expedientes de regulación...», cit. págs. 247 y ss.

(54) En igual sentido Albiol Montesinos, I.: «Extinción del Contrato...», cit. págs. 326 y ss.

a ello ninguna fundamentación jurídica salvo dos consideraciones: primera, que en el acuerdo la obligatoriedad de la ejecución así se hubiera pactado surgiendo responsabilidades contractuales entre las partes signatarias por el incumplimiento; segunda, que si la reducción del número de extinciones se sitúa por debajo de los parámetros del despido colectivo situándose en los del supuesto del art. 52.c, entonces el empresario cumplimentará los requisitos procedimentales del art. 53, entre las cuales está la posible puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente. De igual interés es verificar si existe un plazo de inactividad empresarial en la iniciación del período de noventa días en que ejecuten las extinciones autorizadas, o la primera de las extinciones autorizadas. Partiendo de la consideración de que la Resolución administrativa es ejecutiva desde su notificación y que en la citada Resolución cabrá establecer el día a quo del período de noventa días, puede ocurrir que tal precisión no conste existiendo una facultad otorgada al empresario y que no se actúa. La cuestión que se suscita es si la prolongada inercia del titular de la facultad extintiva en no hacer utilización de la misma la extingue. Un plazo prudencial, una vez transcurrido el mismo, parecería indicar la extinción de la facultad otorgada al empresario, y debería ser jurisprudencialmente establecido según cada caso. No se debe olvidar que en nuestro ordenamiento laboral igualmente se otorga una facultad extintiva al empresario cuando se produce una causa justificada, cual es la comisión por parte del trabajador de una falta muy grave, prescribiendo tal facultad a los sesenta días contados a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión (días a quo).

d) La autorización administrativa sin acuerdo

La ausencia de acuerdo sobre el despido colectivo modifica el plano de actuación de la autoridad administrativa. Si durante todo el procedimiento, incluyendo el acto de autorización previo acuerdo, podemos decir que la actitud de la Administración ha sido vigilante, en la situación presente el grado de compromiso con el conflicto es irremediable: ha de resolver sin previa composición de los intereses. Partiendo de la consideración de que la Resolución de la autoridad laboral ha de ser motivada y congruente con la solicitud empresarial, según prescribe el art. 51.6, debe a renglón seguido señalarse que la congruencia ha de extenderse a lo que fue planteado por las partes y a lo suscitado por el expediente. El art. 89.1 de la Ley 30/1992 es concluyente en tal sentido, y plantea de manera inmediata como la solicitud o petición empresarial, situando el marco de su pretensión en relación a medidas extintivas, delimita el ámbito de actuación de la autoridad laboral a este exclusivo campo. Pero también las pretensiones de la otra parte en relación a la solicitud planteada integran el contenido del principio de congruencia. Lo dicho supone afrontar en este momento la necesidad de tramitar la audiencia a los interesados poniendo a disposición de los mismos el expediente con antelación a la Resolución administrativa, y todo ello con la finalidad de que en ningún caso pueda producirse indefensión por desconocimiento de alegaciones, datos o pruebas incorporadas al expediente⁽⁵⁵⁾, y sobre los cuales ha de resolver la autoridad laboral.

Aceptada por lo tanto que la exigencia de la congruencia determina que la Resolución se adecue al ámbito concreto de la pretensión empresarial en las que se incluyen las otras pretensiones deducidas en el procedimiento, debe concluirse que la autoridad laboral habrá de estimar en exclusiva la mayor o menor dimensión cuantitativa que ha de tener el despido colectivo ex art. 51.1, así como cabrá desestimar en todo la solicitud pronunciándose en contra del despido colectivo.

(55) Vid. Albiol Montesinos, I.: «Extinción del contrato ...», cit. pág. 324, donde defendiendo el trámite de audiencia a los interesados, critica la jurisprudencia restrictiva a proceder a este trámite para los casos de expedientes de regulación de empleo.

La motivación exigida, trata de asegurar erga omnes el conocimiento del proceso racional que ha llevado a la decisión administrativa, estableciendo la relación entre los argumentos y el fallo. El proceso racional debe tener un contenido lógico y jurídico que desestime la posible tacha de arbitrariedad y facilite la posible impugnación de la Resolución. El razonamiento, preciso, pero claro, exige la fundamentación de los hechos jurídicamente relevantes y la fundamentación jurídica que ha permitido estimar o desestimar, en todo o en parte la solicitud empresarial.

Todo lo anterior se ha de ver influido por las exigencias que el ordenamiento impone al pronunciamiento administrativo, es decir por las reglas jurídicas cuyo cumplimiento modelan la decisión de la autoridad laboral. Nace así la pregunta determinante: ¿qué Derecho ha de aplicarse? o ¿Qué interés debe concretar el acto?. El legislador establece que la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 del art. 51.

La primera observación que merece hacerse tras la lectura del texto precedente es que la autoridad laboral con base en la documentación obrante en el expediente (hechos y juicios de valor sobre los hechos), debe apreciar la razonabilidad de las medidas propuestas (extinciones contractuales y su número) para la consecución de unos fines explícitos (superación situación negativa de la empresa o viabilidad futura de la empresa y del empleo subyacente tras el despido al ser más adecuadamente organizados los recursos). El juicio administrativo por lo tanto queda limitado a la valoración de las medidas propuestas, la razón aplicada por la autoridad laboral es instrumental, y ésta a su vez subordinada a la razón final. Parece quedar claro así que la actividad administrativa carece de una motivación arbitral para equilibrar los intereses en juego, restringiéndose con ello el juicio de oportunidad característico de los actos discrecionales. Los intereses prevalentes o fines han sido establecidos por el legislador⁽⁵⁶⁾, si bien en manera tal que comportan una valoración de futuro. Pero tal valoración de futuro no ha de ser exacta o precisa, bastando que las medidas propuestas contribuyan o refuercen la finalidad. Dado el grado de indefinición con el que se contempla la intensidad en que las medidas han de contribuir a los fines, habrá de tomarse en consideración no la proporcionalidad en los sacrificios ocasionados por el despido, sino la dimensión mínima en que las medidas determinen una contribución real a los fines establecidos.

Creemos que el legislador ha eximido a la autoridad laboral de la valoración de las causas o motivos que legitiman el despido colectivo, no existiendo un juicio en la apreciación de las mismas como no sea aquél que pueda realizar la representación obrera. Igualmente el legislador ha sido sincero, aunque con circunloquios, en reconocer el interés de empresa en la construcción del despido colectivo. Se ha considerado que el control de la Administración, a falta de acuerdo, debe situarse en los márgenes estrictos de las alegaciones de las partes, y que su decisión debe contemplar los fines y los medios resolviendo sobre la suficiencia de ambos. Siendo ello así, la autoridad laboral desestimaré en todo la pretensión empresarial si la misma en nada tiene su causa en las finalidades establecidas por el repetido precepto estatutario. De otro lado estimará en parte la pretensión de la empresa cuando reduzca, dentro de los parámetros del despido colectivo, el número de los trabajadores afectados, argumentando que con ello se produce una mejor contribución a las finalidades establecidas normativamente.

405

(56) Vid. lo manifestado por Rodríguez-Piñero cuando aludía a que ahora la razonabilidad se coloca necesariamente en los parámetros mismos del sistema económico de empresa libre cuya productividad el Estado debe garantizar. Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: «La movilidad del trabajo dentro de la empresa», en *Movilidad del trabajo*, C.E.O.E., Madrid, 1983, pág. 48.

A través de lo dicho queda subrayado que en la decisión administrativa no caben juicios de valor o de oportunidad, y sólo es posible dada la redacción legal, la apreciación singular del interés público y final que corresponde tutelar a la Administración. El citado interés no es expresamente contemplado por el art. 51, ya que este sólo exterioriza los fines y medios que se subordinan al fin último en que se concreta el interés público o social prevalente. El fundamento final lo perfila con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994: «Se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa».

Con carácter final cabe recordar en este apartado las precisiones antes realizadas sobre la realización del despido colectivo una vez notificada la autorización administrativa, así como las efectuadas en relación al silencio positivo, y a las cuales me remito por ser perfectamente válidas, haya o no habido acuerdo empresarial. Debe igualmente subrayarse que la ausencia de acuerdo en nada debe querer decir que no se hubiere producido en el desarrollo del trámite negocial dolo o coacción, en tales circunstancias debe entenderse inapropiado el que la autoridad laboral inicie el procedimiento de oficio ex art. 145.b de la Ley Procesal Laboral, ya que ello significaría tutelar derechos ajenos al interés que le es propio. La pretensión procesal que resulta inmanente en el procedimiento de oficio y de la que es titular la autoridad administrativa se concreta en la licitud del documento del acuerdo que le es suministrado y que constituye la causa de la autorización administrativa. No existiendo el citado acuerdo, los vicios existentes en el período negocial deben ser alegados por los negociadores afectados ante la jurisdicción laboral, y pudiendo ocurrir que si correspondiera iniciar el proceso de protección de la Libertad Sindical, el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado según el art. 177.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

e) Despido colectivo y situación de desempleo

Es sabido que la extinción de una relación laboral en virtud de un expediente de regulación de empleo es considerada situación legal de desempleo por el art. 6.1, uno, a) de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, que se corresponde con el vigente art. 208.1, 1, a) del nuevo Texto Refundido de la LGSS (aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio); situación que debe acreditarse, según lo que se establece en el art. 1.1, a) del RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla aquél, «por resolución de la autoridad laboral competente dictada en expediente de regulación de empleo en la que se declare la situación legal de desempleo, salvo cuando no se dicte resolución expresa en alzada». Es decir, que en el supuesto descrito de «acuerdo entre las partes», una vez autorizada la extinción en los términos descritos, bien por autorización expresa o bien por falta de pronunciamiento expreso, transcurrido el correspondiente plazo que autoriza al empresario para que proceda a efectuar las extinciones correspondientes, habría que entender que se produce la situación legal de desempleo.

Lo que debe a su vez conectarse con lo establecido por el art. 22.2 del referido RD 625/1985, en el que se dispone que «en los supuestos de acuerdo en los expedientes de regulación de empleo, y en los iniciados por los trabajadores, la autoridad laboral remitirá al INEM relación nominal y números de documento nacional de identidad y de afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores afectados, para que dicho Instituto informe en el plazo de 8 días sobre si los trabajadores reúnen los requisitos para causar derecho a la prestación por desempleo». Y con posterioridad en el número 5 del mismo precepto se especifica que «los trabajadores afectados deberán solicitar la prestación en la Oficina de Empleo correspondiente en el plazo de los 15 días siguientes a la situación legal de desempleo o, en su caso, a la fecha de la notificación de la resolución de la autoridad laboral».

Por su parte, si el período de consultas concluye «*sin acuerdo entre las partes*» deberá resolver la autoridad laboral en el plazo de 15 días naturales, a partir de la comunicación a la misma de la conclusión del período de consultas (que anteriormente eran 30 días desde la fecha de presentación de la correspondiente solicitud por el empresario... o «aquella en que se subsanaron los defectos formales a instancia de la autoridad laboral» (art. 51.6 anterior); estableciéndose expresamente que «*si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud*». Lo cual supone un cambio importante considerando que anteriormente la falta de resolución expresa de la autoridad laboral suponía la denegación, siendo precisa la presentación del oportuno recurso de alzada, cuya falta de resolución expresa se entendía ya como «*silencio positivo*», produciendo la autorización de la solicitud. (Todo ello entroncado con el espíritu introducido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que por otra parte se remite subsidiariamente el número 13 del propio art. 51 ET).

Y como quiera que es a este recurso de alzada, hoy ya no mencionado, al que hace referencia el citado art. 1.1,a) del RD 625/1985 habría que interpretarlo, adaptado al cambio operado en la nueva regulación a la que se remite, entendiendo en los supuestos vistos el silencio como positivo en todo caso; produciéndose de esta forma la situación legal de desempleo(57).

Se precisa además en el número 10 del art. 51 ET, que sin perjuicio de lo establecido en los apartados 2 y 4 en materia de período de consultas y del derecho a la indemnización que se prevé en el número 8, todos del mismo art. 51 ET, en los supuestos de declaración de quiebra «*cuando los sindicatos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial*», el expediente de regulación de empleo se tramitará a los solos efectos de lo ahora estudiado, es decir, «*del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo*».

La importancia, además, de estar en situación legal de desempleo, no radica sólo, con ser importante, en la posibilidad de acceso a la «*prestación por desempleo*» de nivel contributivo, sino también, indirectamente, dada la regulación actual de la cobertura del desempleo, en permitir que surja el derecho igualmente al «*subsidio por desempleo*», en principio asistencial, pero en cierto modo «*pseudotributivo*», teniendo en cuenta que, para la mayoría de los supuestos previstos por el art. 13 de la Ley 31/1984, que se corresponde con el vigente art. 215 del Nuevo Texto Refundido de la LGSS, es preceptivo el paso previo por la prestación

(57) Si bien como matiza algún autor (Vid. Alarcón Caracuel, M.R. y González Orega, S.; Compendio de Seguridad Social, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 299) «*la situación legal de desempleo se produce por la inclusión del trabajador en la resolución administrativa que autorice la extinción siempre que ésta sea expresa*; o sea, que, como se ha venido indicando, «*la autorización en virtud de silencio positivo tras el recurso de alzada (hoy ya tras el primer silencio) que prevé el art. 51.6 del ET no produce la situación legal de desempleo*», considerando que «*ésta solamente tendrá lugar si el empresario, haciendo uso de dicha autorización, comunica al trabajador interesado la extinción de su contrato de trabajo*»; apuntándose además como postura defendida que «*éste debería haber sido el procedimiento en todos los casos de intervención de la autoridad laboral puesto que, en puridad, la resolución de ésta no es la que extingue los contratos sino que autoriza al empresario a hacerlo (art. 49.9 del ET)*; aún reconociendo indubitadamente que «*tanto el art. 6.1,uno,a) como los arts. 1.1,a) y 22 del RD 625/1985 parten de la idea contraria: el cese y la situación legal de desempleo se producen en virtud de la resolución administrativa, salvo que ésta sea tácita*», según se ha expuesto.

En ese mismo art. 22 del RD 625/1985, en su número 1, se dispone que el INEM facilitará, en el plazo de 15 días, a las empresas que lo soliciten, y a los solos efectos de la resolución de los expedientes de regulación de empleo en los que no haya habido acuerdo, informe sobre si los trabajadores afectados reúnen los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación por desempleo».

contributiva; lo que presenta una particular repercusión, sin negar la importancia de todos estos subsidios (sea por cargas familiares o sin tenerlas), en lo referente al subsidio que si viene denominando de prejubilación, previsto para trabajadores mayores de 52 años y que permite atenuar la gravedad del paro, motivada por estas circunstancias, en relación a personas con dificultades de reingreso en el mercado laboral, pero distantes todavía de la que les faculta para causar su pensión de jubilación.

Se puede conectar igualmente el contenido de este artículo con otra distinta normativa. Así:

- Art. 7 del RD 696/80, de 14 de abril, en cuyo art. 7 se dispone que «en la resolución del expediente, la autoridad laboral podrá exonerar o reducir la indemnización a favor de los trabajadores afectados por la extinción de sus relaciones de trabajo, según lo que dispone el art. 51.10 del ET (obviamente en su regulación anterior), y declarará el derecho de dichos trabajadores a percibir el subsidio de desempleo, siempre que reúnan los requisitos precisos, con arreglo a la legislación vigente».
- Pero sobre todo, tiene una importancia por ser más reciente, el RD 825/1993, de 28 de mayo, que se dicta, como se indica en su Exposición de Motivos, en desarrollo de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, la cual contempla, dentro de su Título II, relativo a la «Promoción, modernización y competitividad industriales», la adopción por la Administración del Estado de programas de promoción industrial para favorecer la expansión, desarrollo, modernización y competitividad industrial, añadiendo que «según establece el art. 6.1 de la Ley, estos programas podrán instrumentarse a través de la concesión de ayudas e incentivos públicos y la adopción de medidas laborales y de Seguridad Social específicas que reglamentariamente se determinen». Cumpliendo ese mandato se dictan medidas específicas (complementarias a las de general aplicación) para los trabajadores excedentes de empresas que tengan aprobado un programa de promoción industrial, y que podrán consistir en: a) «Cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de las empresas en favor de los trabajadores que, como consecuencia de su cese en aquéllas, se encuentren en situación legal de desempleo en cualquiera de sus niveles, contributivo o asistencial, siempre que para estos mismos trabajadores el correspondiente programa contemple medidas de prejubilación». Este tema se desarrolla por la Orden de 29 de junio de 1993 (BOE 1 de julio); b) «Los trabajadores a que se hace referencia en el apartado anterior podrán acceder, sin solución de continuidad, al cumplir la edad de 60 años, al sistema regulado en la Orden del MTSS de 9 de abril de 1986, sobre ayudas equivalentes a la jubilación anticipada»; si bien con relación a esto último conviene aclarar que la referencia a esa Orden de 9 de abril de 1986 habría que entenderla, de cara al futuro, a la Orden de 5 de octubre de 1994 (BOE 22), por la que se regula la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, que viene a sustituir a la del año 86, y en la que, además del cambio de denominación de estas ayudas, se hace referencia expresa a la modificación operada por la Ley 11/1994. Así en su preámbulo o exposición de motivos se dice textualmente que «en primer lugar se han tenido en cuenta las nuevas causas que pueden dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo y que, como es lógico, deben ser contempladas en este tipo de ayudas. Al mismo tiempo los despidos colectivos se producen cuando rebasan un número de traba-

jadores a través de un expediente de regulación de empleo, pero cabe también que, por las mismas causas, si no se alcanza un techo determinado, exista la necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo, en cuyo caso habrá que dar la posibilidad de que esos trabajadores puedan recibir, si así lo acuerdan con la empresa, las mismas ayudas que los afectados por un expediente de regulación de empleo». Por destacar alguna de las previsiones contenidas en esta Orden: art. 1.2 «La empresa en procesos de reestructuración podrá solicitar para los trabajadores que cesen en las mismas por las causas previstas en los arts. 51 y 52.c) del ET, previa conformidad expresa e individual de cada uno, las ayudas que en la presente Orden se establecen, siempre que aquéllos, al alcanzar la edad ordinaria para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, en el Régimen de la Seguridad Social de encuadramiento, pudieran tener cubierto el período de cotización exigido para causar derecho a la citada pensión de jubilación en dicho Régimen, estén en alta o en situación asimilada en el mismo y tengan 60 años de edad, real o teórica por aplicación de coeficientes reductores de edad, como mínimo, cuando accedan al sistema de ayudas»; art. 2.4 «Cuando los trabajadores accedan al sistema de ayudas después de un período de desempleo, la base de cotización inicial se actualizará teniendo en cuenta la evolución que hayan experimentado los toques máximos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social durante aquel período».

3. LA DOBLE HIPOTESIS NORMATIVA

Puede sin temor a error afirmarse que las modificaciones habidas en los últimos años en el ámbito jurídico-laboral, han partido de una especial relevancia otorgada a la empresa, concebida esta como círculo en el que se hace efectivo el Derecho del Trabajo⁽⁵⁸⁾. Afirmación la anterior que resulta más patente con la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994⁽⁵⁹⁾, donde se ha hecho real una auténtica descentralización que hace plural, y en cada empresa de manera diversa, la efectividad de los contenidos jurídico-laborales. Sin embargo, lo dicho no ha constituido el único referente que califique las más recientes modificaciones legales. El legislador situado ya en el ámbito empresarial ha constituido dos hipótesis de partida que han guiado los principios immanentes en gran parte de los preceptos legales: uno, la consideración de la empresa como organización; otro, la identificación de la empresa como fuente de trabajo. Ambos aspectos de especial relevancia para una precisa caracterización de la figura del despido colectivo.

409

A través de la consideración de la empresa como organización se deducirá la necesidad de coordinación de los distintos factores productivos entre los que se encuentra el trabajo⁽⁶⁰⁾. Lo dicho exige así la organización del trabajo como expresión de la actividad conjunta de varios sujetos. Desde tal perspectiva, la dimensión individual de la prestación se va reduciendo.

(58) Todo ello sin perjuicio de las acciones normativas conducentes a dotar de eficacia real a las políticas neocorporativas exigidas por las sucesivas crisis, y que introdujeron a los sindicatos en la negociación político-económica.

(59) Así puede comprobarse tras el análisis realizado por Escudero, R.: «Ley, Convenios y acuerdos de empresa», en La Reforma del mercado de Trabajo, cit. págs. 39 y ss.

(60) Vid. el análisis realizado por Borrajo Dacruz al considerar el Derecho del Trabajo como Derecho de Organización en «Contenido del Estatuto de los Trabajadores según la Constitución». El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos. Ed. de Derecho Financiero. Madrid. 1980, pág. 15.

do, mientras se amplía la dimensión colectiva de la prestación, difuminándose con ello el objeto del contrato de trabajo, y el trabajo como objeto de cambio. De forma paralela al proceso descrito, la concepción del interés colectivo en cuyo origen se configuró como proyección de los intereses singulares, hoy viene a asumir una dimensión ontológica y separada de la esfera individual⁽⁶¹⁾, permitiendo a los legítimos portadores del mismo su defensa. En tal estado de cosas las modificaciones contractuales tienden a realizarse en masa, sustituyéndose la administración del contrato de trabajo por la administración de la organización del trabajo, y promoviéndose la negociación en el nivel colectivo y no en el individual. El reflejo que las consideraciones realizadas tiene en la ordenación del despido colectivo resulta patente. Así la identificación de las causas motivadoras, su fundamentación, la lógica de la negociación en el período de consultas, y la autorización administrativa, responden a la hegemonía otorgada a la organización de empresa.

Por lo que se refiere a la consideración de la empresa como fuente de trabajo, otorgando con ello una especial relevancia a la competitividad como presupuesto de su viabilidad, supone la traducción a la escala jurídico-laboral del escepticismo de las sencillas fórmulas macroeconómicas en el fomento del empleo. Igualmente la progresiva aceptación en la cultura política y social de la segunda de las hipótesis apuntadas, traduce un cambio en la concepción del conflicto y del contenido del interés colectivo. Hoy día los Sindicatos de manera paulatina y creciente muestran el interés colectivo a la eficiencia y a la supervivencia de la empresa, negociando bajo tales presupuestos. El período consultivo que ordena el art. 51.4 promueve tal filosofía, advirtiendo que la falta de acuerdo posibilita una autorización del despido colectivo en términos ya explicados, y donde el garante último de la viabilidad de la empresa corresponde a la actuación pública.

La especial relevancia que ha dado el legislador a las hipótesis señaladas de partida, permiten afirmar la existencia de un prevalente interés de empresa que hace posible remover los obstáculos que impidan una mejor utilización de los recursos humanos, subordinando así los intereses individuales a los colectivos, y haciéndose necesaria una adecuada legislación en materia de derechos de información y participación en la empresa, con el objetivo de hacer más transparentes las posiciones e intereses en el marco de los distintos centros de trabajo.

(61) Cfr. Scarpelli, F.: «Lavoratore subordinato e autotutela collettiva», Unicopli, Milán, 1990, pág. 47.

INDICE SISTEMATICO

DOCTRINA

González-Posada Martínez, E.: LA CONFIGURACION DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. Marginal 357. 95-2**XXIII**

CAPITULO I. EL DESPIDO POR REDUCCION DE PERSONAL358

1. Empresa y despido colectivo.....358
2. Antecedentes normativos en la construcción de la noción de despido por crisis.359
3. Notas en torno a la caracterización dogmática del despido por crisis.362
4. La fundamentación inicial del despido por crisis.....364

CAPITULO II. LA ACTUAL CARACTERIZACION DEL DESPIDO COLECTIVO.....366

1. Aspectos generales de la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/94 en materia de despido colectivo.366
2. La estructura del despido colectivo.....367
 - a) Elementos numérico-temporales.368
 - b) Elementos causales.373
 - c) Elementos finales.378
 - d) La especialidad del despido colectivo total.381
3. Fraude de Ley y despido colectivo.383

CAPITULO III. LA PROCEDIMENTALIZACION DE LA FACULTAD EXTINTIVA.....386

1. Información, consulta y composición de intereses. El control colectivo.387
 - a) Derecho de información.....387
 - b) Derecho de consulta.....390
 - c) El acuerdo.392
2. El procedimiento de regulación de empleo. El control público.395
 - a) La iniciación del procedimiento.397
 - b) La instrucción del expediente.....399
 - c) La autorización administrativa con acuerdo.401
 - d) La autorización administrativa sin acuerdo.404
 - e) Despido colectivo y situación de desempleo.406
3. La doble hipótesis normativa.409