

**ANALISIS Y SOLUCIONES ALTERNATIVAS
A LA DISCRECIONALIDAD DE LA INTERVENCION
ADMINISTRATIVA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS.**

Este artículo fue presentado a las XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como comunicación a la primera ponencia sobre las "Perspectivas Jurídicas de la Reforma del Mercado de Trabajo", celebradas en Granada los días 9 y 10 de diciembre de 1993.

Rosa Isabel SANTOS FERNANDEZ

Becaria F.P.I. Facultad de Derecho de Zaragoza.

Sumario: I. DELIMITACION DE LA MATERIA, PROGRAMA Y MEDIOS DE ESTUDIO. II. NATURALEZA DISCRECIONAL DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA DEL N° 6 DEL ARTICULO 51 DE LA LET. 1. Distinción entre potestad discrecional, potestad reglada y concepto jurídico indeterminado. 2. Naturaleza de la autorización del nº 6 del artículo 51 de la LET: 2.1. Jurisprudencia contradictoria. 2.2. Claro ejercicio de potestad discrecional por la Autoridad Laboral. 2.3. Dificultades para controlar judicialmente una decisión discrecional. Técnicas. 2.4. La intervención de la Administración en el Derecho Comunitario y países de la Comunidad Europea. III. DEBATE: PODER ORIGINARIO/MERA EXPECTATIVA DE FACULTAD. POSIBLE OBSTRUCCION DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA. IV. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO. V. CONCLUSIONES

I. DELIMITACION DE LA MATERIA, PROGRAMA Y MEDIOS DE ESTUDIO.

El objeto del presente artículo es la naturaleza discrecional de la autorización administrativa del nº 6 del artículo 51, de la LET, y su incidencia en un poder que ha servido como punto de referencia fundamental a la evolución del derecho del Trabajo: el poder de organización empresarial.

La Administración laboral, en este supuesto, penetra en la relación privada existente entre empresario y trabajadores y se erige en poder habilitante exclusivo de la extinción laboral fundada en causas económicas y tecnológicas.

Esta habilitación general, que la Ley otorga a la Administración, carece de precisión y rigor, y, del mismo modo que no se puede negar la constitucionalidad de ciertas intervenciones administrativas cuyos criterios, elementos y límites están claramente determinados por la Ley, no se puede ocultar tampoco la dudosa constitucionalidad que puede aparejar una deslegalización en esta materia.

Precisamente, la falta de límites precisos legitima a la Administración a proceder con amplia discrecionalidad que, a la postre, convierte el derecho del empresario a optimizar su empresa, por vía del artículo 51.6 de la LET, en claro ejercicio de su poder de organización, en una mera “expectativa de facultad”.

Objeto de tratamiento del presente artículo será, además, la incidencia de esta intervención administrativa en el derecho constitucional a la libertad de empresa, cuya vertiente subjetiva se ve fuertemente debilitada por la carga que le viene impuesta de la vertiente institucional, al tratarse de un derecho sometido a interés social y utilidad pública. No obstante, no todos los límites impuestos a este derecho obtienen legitimidad por la vía del interés público.

Por lo que se refiere al programa y orden de estudio, en un primer apartado, que tiene como fin demostrar el carácter discrecional de la actuación administrativa del 51.6 de la LET, parece conveniente analizar, como punto de partida, el concepto actual de potestad discrecional y reglada, a la luz de la doctrina y jurisprudencia más actual, para determinar, a continuación, en qué extremos actúa la Administración con amplio margen de discrecionalidad, y como ello conduce a un “arbitraje público obligatorio”, que será comparado con la actuación de la Administración en otros países de la Comunidad Europea y en la normativa comunitaria.

En segundo lugar, se efectúa un serio análisis de la facultad del empresario para decidir la extinción de la relación laboral por causas económicas o tecnológicas, centrandó el debate en la existencia de una mera “expectativa de facultad” o, por el contrario, en la existencia de un poder originario derivado del poder empresarial de organización.

Las limitaciones que se pretenden demostrar, en torno a este poder organizador, conducen necesariamente al estudio de la naturaleza misma del derecho a la libertad de empresa y de los límites que, legítimamente, se pueden introducir a dicho derecho sin extorsionar su ejercicio.

En tercer lugar, al margen de la propuesta alternativa de Ojeda Avilés sobre la posible concertación tripartita y autonómica de los despidos colectivos, se ofrecen soluciones alternativas a la actual prohibición, que pesa sobre el empresario, para extinguir la relación laboral por causas económicas y tecnológicas, “bajo reserva de autorización administrativa”; basadas unas, en la reglamentación absoluta de la actuación administrativa, para evitar juicios subjetivos de la Autoridad laboral en la resolución del expediente de regulación de empleo por causas económicas y tecnológicas, de modo que exista sólo una solución válida

en derecho. Otras, sin embargo, se basan en el refuerzo de los trámites de información y consulta a los representantes de los trabajadores, sumado a la simple mediación de la Administración Pública, y al control judicial absoluto de cada uno de los extremos de la decisión empresarial de despedir.

Todo ello como resultado de un exhaustivo análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

II. NATURALEZA DISCRECIONAL DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA DEL NUMERO 6 DEL ARTICULO 51 DE LA LET.

La intervención administrativa en la vida económica es consustancial al surgimiento del concepto de Estado. La tendencia intervencionista en nuestro país no es una novedad de la LET, sino que se remonta a la década de los Años 30 y se enmarca en el deseo general del Estado de intervenir en cada una de las vertientes de la vida pública española, para evitar, así, el incremento de popularidad de otros poderes.¹

La importancia de la fórmula intervencionista del nº6 del artículo 51 de la LET, deviene, precisamente, del poder que la Ley otorga a la Administración tanto en cuanto a la valoración de las circunstancias concurrentes, como en cuanto a la ponderación de la oportunidad de las medidas solicitadas por el empresario, hipotecando así la decisión de gestión empresarial.

Pues bien, ¿cuál es la naturaleza de la actuación administrativa de resolución del expediente de regulación de empleo por causas económicas y tecnológicas?.

1. Distinción entre potestad discrecional, potestad reglada y concepto jurídico indeterminado.

Tradicionalmente, la doctrina administrativista ha venido distinguiendo entre la atribución a la Administración de potestades regladas y potestades discrecionales, en virtud del grado de definición que la ley de atribución expresa de subsodichas potestades alcanza. Así, si la ley agota cualesquiera condiciones de ejercicio de la potestad administrativa, ha de conferírsele carácter reglado; pero si algunas de las condiciones de ejercicio de esa potestad se abandonan al criterio subjetivo de la Administración, ha de hablarse necesariamente de carácter discrecional.²

La potestad reglada encierra, en sí misma, una actuación automática de la Administración, que consiste en la aplicación de la consecuencia prevista en la Ley al supuesto de hecho coincidente. En definitiva, la Administración está vinculada por la normativa expresa que le obliga a resolver conforme a la única solución posible en derecho.

A diferencia de ella, el ejercicio de una potestad discrecional apareja una valoración, una estimación o ponderación subjetiva de alguno de los extremos que configuran ya sea el ejercicio, ya sea el contenido particular de dicha potestad, debido a la ausencia de previsiones legales, ausencia que legitima a la

Administración a adoptar decisiones diferentes en situaciones de hecho idénticas, todas ellas igualmente justas y fundadas en derecho.³

No obstante, ambos poderes no son antagónicos, sino que todo acto discrecional cuenta con gran número de elementos reglados, porque discrecionalidad no equivale a arbitrariedad⁴, y, generalmente, la discrecionalidad viene referida a alguno de los elementos que componen el acto administrativo, razón por la cual sería técnicamente más perfecto hablar de potestades que encierran mayor o menor grado de discrecionalidad y no de discrecionalidad en sentido absoluto.⁵

En concreto, cuatro han de ser, al menos, los elementos reglados en toda potestad discrecional: la existencia misma de potestad, su extensión, la competencia para actuarla, y el fin que se persigue a través de la intervención administrativa.⁶

Ahora bien, para delimitar, de manera precisa, el margen de subjetividad que comporta la discrecionalidad, es conveniente repasar la categoría de los “conceptos jurídicos indeterminados”, fundamentalmente por la confusión que históricamente ha existido entre ambas técnicas.

Los conceptos jurídicos determinados acotan un ámbito de la realidad y se refieren a él de manera precisa e inequívoca. Por el contrario, los conceptos jurídicos indeterminados, si bien aluden a una esfera de la realidad, no definen con rigor y precisión los límites de su enunciado, por lo que, a pesar de la indeterminación del concepto, y a través del uso de medios ajenos (experiencia, valor, costumbre...), admite tan solo una solución justa en derecho: *Tertium non datur*. Precisamente, esta diferencia con la potestad discrecional que, por contra, admite varias soluciones todas igualmente justas, puede constituir a la institución misma del concepto jurídico indeterminado en límite a la discrecionalidad.⁷

2. Naturaleza de la autorización administrativa del nº6 del artículo 51 de LET.

En lo relativo a la naturaleza de la autorización administrativa del nº6 del artículo 51 de la LET, existe una opinión doctrinal, casi unánime, que coincide en afirmar el amplio margen de discrecionalidad que preside la actuación de la Administración en estos supuestos.⁸

2.1. Jurisprudencia contradictoria.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no ha seguido una línea homogénea, a este respecto; afirma, en ocasiones, que “la situación de crisis es de libre apreciación de la Autoridad administrativa laboral” porque en la valoración de los expedientes de crisis no se realiza una rígida constatación de circunstancias, dado que el resultado de la verdadera crisis económica de una empresa, es algo que no se halla previsto en ninguna regla de obligada observancia y debe valorarse con el resultado conjunto probatorio obrante en el mismo.¹⁰

En otras ocasiones, sin embargo, advierte que la autorización del nº 6 del

artículo 51 de la LET, “responde a la concepción clásica de limitarse a constatar la concurrencia de causas económicas o motivos tecnológicos que permitan al empresario el ejercicio de un derecho preexistente a dicha constatación para suspender o extinguir la relación laboral con sus trabajadores”¹¹, y no entraña, por tanto, una facultad discrecional sino que la actividad administrativa se limita a aplicar a los supuestos de hecho concurrentes la normativa jurídica, así como a perseguir, en la valoración de subsodichos hechos determinantes, la observancia de los objetivos legales.¹²

Esta línea jurisprudencial advierte del carácter reglado de la autorización administrativa del nº 6 del artículo 51 de la LET, y no sólo en cuanto al contenido, porque según su criterio, la actuación de la Autoridad laboral debe limitarse a la mera constatación de la concurrencia de tales causas económicas o tecnológicas dado que la Autoridad administrativa no puede lesionar un derecho subjetivo conferido por el ordenamiento a empresario y trabajador, sino que también aprecia el carácter reglado en cuanto a la ponderación de la oportunidad, “porque no lesionando el orden público debe permitirse su ejercicio”.¹³

Al margen de la heterogeneidad de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede negarse la existencia de elementos reglados en la actuación de la Autoridad laboral, sobre la base del nº 6 del artículo 51 de la LET. Naturaleza reglada tienen, a modo ejemplificador, la determinación de la competencia autorizatoria, la legitimación para solicitar la apertura del expediente, la documentación probatoria, los informes aportados, la indemnización legal y otros; todos ellos, de claro carácter procedimental.

Sin embargo, tal como pudimos demostrar en apartados precedentes, toda potestad discrecional encierra una serie de elementos reglados, porque no existen actuaciones absolutamente discrecionales, lo que no es óbice para su calificación de acto discrecional.

2.2. Claro ejercicio de potestad discrecional por la Autoridad laboral.

En efecto, la autorización administrativa, del nº6 del artículo 51 de la LET, responde a una potestad claramente discrecional porque, como a continuación se demuestra, ni la LET, ni el Real Decreto 696/80, de 14 de abril, agotan las condiciones de ejercicio de la potestad administrativa que se confiere a la Autoridad laboral, sino que, por el contrario, son muchos los extremos que se abandonan al criterio estrictamente subjetivo de la Administración.

En primer lugar, y dentro del plano estrictamente procedimental, que, dicho sea de paso, es el mejor delimitado por la normativa citada, existe gran imprecisión y falta de rigor en el tratamiento de ciertos temas; cuál es el órgano legitimado para fijar las indemnizaciones derivadas de la extinción por expedientes fundados en causas económicas y tecnológicas; o quien efectúa la selección de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo; son buenos ejemplos de ello.

En cuanto al órgano legitimado para fijar las indemnizaciones, existen tres opciones interpretativas¹⁴; la primera de ellas, fundada en el tenor literal del artículo 33.2 de LET, que se refiere a indemnizaciones abonadas por el FOGASA si han sido reconocidas en sentencias o resoluciones administrativas, a causa de extinción de contratos por vía de los artículos 50 y 51 de la LET; confiere a la Autoridad administrativa laboral la facultad de fijar inicialmente las indemnizaciones derivadas de resoluciones por crisis, previstas en el art. 51 de la LET, dado que es obvio que las indemnizaciones derivadas de la dimisión extraordinaria (artículo 50 LET) han de ser fijadas judicialmente.

La segunda posibilidad es interpretar que la Administración sólo debe fijar las indemnizaciones derivadas de los expedientes por causa de fuerza mayor, porque sólo para estos casos existe la previsión de que la Autoridad laboral exone o reduzca el importe de las indemnizaciones del 51.10 de la LET.

Y en tercer y último lugar se puede interpretar que la Administración laboral autoriza el despido y reconoce el derecho de los trabajadores a recibir indemnizaciones pero no cifra la cuantía.

Sin entrar a profundizar en cada una de las tres opciones, porque no es objeto de tratamiento en este artículo, sí debemos hacer hincapié en la siguiente afirmación: es la falta de previsión legal a este respecto, la que sugiere interpretaciones diversas y gran incertidumbre, no sólo teórica sino también práctica.¹⁵

Otro de los temas cuyo tratamiento legal carece de rigor, es el relativo a la selección de los trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo del artículo 51.6 LET, tema que apareja, a su vez, problemas como la legitimación para determinar la elección del número de trabajadores afectados, la prioridad de permanencia o la Autoridad competente para solucionar los conflictos planteados.

En origen, no cabe duda de que el poder de seleccionar a los trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo corresponde en exclusiva al empresario¹⁶, a quien se obliga a enviar relación completa de los mismos con indicación, no sólo del nombre, sino de cuantos datos resulten interesantes a efectos de extinción; porque dicha potestad “compete exclusivamente al poder de dirección y organización interna del trabajo en la empresa”.¹⁷

Sin embargo, el Tribunal de Conflictos, en S. de 26 de diciembre de 1988 (Nº2/88 R. 10314), declara la competencia del Ministerio de Trabajo para resolver la petición formulada por algunos de los trabajadores afectados, contra el acuerdo de la Dirección General de Trabajo de incluirlos en el expediente de regulación de empleo, sentencia a la que Hernández Gil y García Ramos Iturralde formulan un voto particular.

Nuevamente, es la falta de previsión legal, la que origina pronunciamientos doctrinales distintos y jurisprudencia contradictoria.

Idénticos problemas apareja el tratamiento de la prioridad de permanencia en

la empresa cuando se efectúa un despido colectivo por causa económica o tecnológica. En la actualidad, a excepción de lo dispuesto en los artículos 51.9 y 68 b) de la LET, no existen reglas que definan criterios claros de permanencia en la empresa, en palmaria oposición con la vieja regulación franquista¹⁸, donde la decisión administrativa de selección de los trabajadores estaba absolutamente reglada.

La ruptura con la trayectoria anterior provoca gran incertidumbre doctrinal, y como resultado, cuatro posturas diversas.¹⁹ La primera de ellas consiste en defender la vigencia del artículo 13.2 de LRL²⁰, considerando que la nueva situación es asimilable a la no regulación, y no a la derogación (De la Fuente y Linares y Suárez González).

La segunda postura deviene de la lectura de los artículos 4.2 d) y 17.3 del ET, dado que en orden al criterio que facilitar la colocación, se puede inferir la preferencia de permanencia de categorías de trabajadores distintas a las de los representantes legales o sindicales de los trabajadores . (Albiol).

La tercera opción responde a la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 26 de diciembre de 1.988, de la que se desprende la pervivencia de la vieja preferencia de los titulares de familia numerosa para permanecer en la empresa, regulada por la Ley 25/71, de 19 de junio.

Y la cuarta y última opción es la de considerar que no existen más criterios de prioridad de permanencia que los del 68 b) de la LET, que afecta a los representantes legales y sindicales de los trabajadores.²¹

La ausencia de normas reguladoras de la prioridad de permanencia de los trabajadores en la empresa podría ocasionar un aumento de discrecionalidad en la actuación de la Administración; no obstante, parece que es el empresario quien, en esta ocasión, tiene el deber de elaborar la lista de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, siendo, a su vez, competente la Jurisdicción de lo Social para resolver cualquier duda derivada del desacuerdo con la selección efectuada.²²

No obstante, el TS en Sentencia de 26 de diciembre de 1.988, Sala de Conflictos, demostraba su disidencia en este punto, advirtiendo la competencia del orden Contencioso-administrativo, lo que, a priori, apareja a su vez, el reconocimiento de la competencia de la Autoridad laboral para efectuar la selección de los trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo.

Permanece, por tanto, la duda acerca de la competencia de la Autoridad laboral para variar la relación de los trabajadores afectados, que le fue remitida por el empresario entre los documentos obrantes en el expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del RD 696/80, de 14 de abril. Probablemente, y a pesar de la duda doctrinal acerca de la constitucionalidad del artículo 15 de subsodicho Real Decreto, ésta sea una de las medidas “diversas a las solicitadas” que puede acordar la Autoridad laboral.

Expuestas las dudas procedimentales, que devienen de la falta de precisión del artículo 51 de LET y del RD 696/80, de 14 de abril, y que redundan siempre en un aumento del poder discrecional de la Administración, entramos a conocer del poder de la misma en cuanto a la apreciación del supuesto de hecho concurrente, es decir, en cuanto a la valoración de las circunstancias que provocan la solicitud del expediente de regulación de empleo.

La autorización administrativa extintiva del artículo 51.6, de LET, ha de estar fundada en causas económicas o motivos tecnológicos, tal como disponen los artículos 49.9 y 51.2 de la LET respectivamente; sin embargo, la normativa actual omite cualquier dato en torno a la noción de causa económica y tecnológica. Todo lo que hay son una serie de directrices con origen en la jurisprudencia, doctrina y Dirección General de Empleo (DGE).

Tradicionalmente, se ha venido entendiendo que la causa económica ha de ser exponente de la existencia de una fuerte disfunción o desequilibrio entre ingresos y gastos o, lo que es lo mismo, entre las ventas y los costos de producción de los bienes o servicios que ofrece la empresa, siendo éstos superiores a aquellas.²³ Para extinguir, por tanto, es necesario acreditar la auténtica inviabilidad económica de la empresa²⁴, hasta el punto de que, sólo puede articularse un despido por causas económicas si se demuestra que el desequilibrio financiero es tal que es imposible mantener el nivel de empleo sin poner en peligro la continuidad de la empresa²⁵.

La Autoridad laboral ha de decidir acerca de la concurrencia de una causa económica o motivo tecnológico pero, la falta de rigor y criterios le obligan a decidir subjetivamente cuándo puede apreciarse dicha concurrencia.

La DGE, en numerosas resoluciones, deja constancia de que la causa económica, para ser apreciada como motivo extintivo, ha de ser “objetiva, real, suficiente y actual”²⁶, lo que no resuelve el problema de las lagunas que la normativa de atribución a la Administración de la potestad para autorizar en estos supuestos posee.

Las directrices que provienen de la DGE, de la jurisprudencia o de la doctrina, no pueden suplir la ausencia de regulación acerca de la actuación de la Administración para apreciar la concurrencia de una causa económica o motivo tecnológico y, a pesar de la casuística existente en este punto²⁷, la Administración se ve constreñida, en la mayoría de las ocasiones, a valorar subjetivamente el supuesto de hecho concurrente.

Corresponde también a la Administración efectuar una valoración de las medidas adoptadas, es decir, efectuar una ponderación para determinar la adecuación, idoneidad y proporcionalidad de la medida solicitada, respecto de la situación de crisis que atraviesa la empresa, porque en nuestro país, como hemos tenido oportunidad de ver, la extinción fundada en una causa económica o motivo tecnológico, es legítima, sólo, si no existe otra alternativa posible a la crisis.

No ocurre así en las legislaciones más modernas de algunos de los Estados vecinos, que han logrado definir con mayor acierto y de manera más flexibilizadora esta causa extintiva.

Así, en Francia, las dificultades económicas pueden aparejar no sólo la supresión, sino también la transformación del empleo o incluso la modificación sustancial del contrato de trabajo.²⁸ La Casación francesa ha interpretado la posibilidad de apreciar una causa económica aunque no exista una crisis profunda en la empresa, pudiendo ocurrir incluso que a pesar del despido de un número de personas fundado en esta causa no se modifique el volumen global de la plantilla de la empresa, y ello porque, al tiempo de despedir a unos trabajadores por una causa económica, se pueden contratar otros para cubrir puestos de trabajo diferentes.²⁹ Es decir, la causa económica puede justificar el despido en supuestos en los que tan solo se pretende la reorganización productiva de la empresa.³⁰

Interpretación similar han dado nuestros vecinos portugueses a la causa económica en su reciente legislación (Decreto Ley 64-A/89 de 27 de febrero), afirmando la posibilidad de aducir esta causa cuando la empresa comienza a perder rentabilidad, creando un tipo de despido por motivos estructurales, paralelo a la extinción por causa económica.³¹ También la reciente legislación italiana sobre despidos colectivos, Ley 223/91, de 23 de julio, a pesar de informar de la necesidad de hacer constar la existencia de crisis en la empresa, para poder apreciar la legitimidad del despido colectivo, permite la mera transformación de la actividad o del trabajo, por lo que tampoco hace necesario disminuir el nivel de plantilla.³²

La situación es radicalmente diferente en nuestro país, donde la causa económica legitima la extinción sólo si no existen alternativas diversas a la crisis empresarial; ahora bien, corresponde a la Administración valorar la idoneidad y proporcionalidad de la medida extintiva solicitada por el empresario, a pesar de la ausencia de criterios legales que determinen la actuación de la misma para evitar probables desviaciones de poder.

En definitiva, corresponde a la Administración comprobar los hechos en los que el empresario funda su solicitud y valorar la idoneidad de la medida solicitada, lo que, ante la ausencia total de elementos reglados, se ha de efectuar utilizando criterios de política económica y de exclusiva oportunidad, y analizando, en la mayoría de las ocasiones, más la situación del sector en que opera la empresa, que la crisis misma de la empresa.

Todo ello se traduce en la subrogación de la Administración en la persona del empresario evitando que, en ejercicio del poder de organización interna, efectúe despidos de oportunidad que le permitan rentabilizar y optimizar la empresa.³³

Nos resta por analizar el párrafo 2º del artículo 15 del RD 696/80 de 14 de abril, que confiere a la Autoridad laboral, poder para “proponer o acordar” medi-

das diferentes a las solicitadas por las partes; lo que, al margen de la inconstitucionalidad aducida por parte de la más relevante doctrina³⁴, constituyen la negación absoluta del poder organizador del empresario y la concesión, en su lugar, a la Administración laboral, de un poder ampliamente discrecional para decidir la continuidad o cese de la actividad empresarial, o en su caso el funcionamiento óptimo de la empresa.

El análisis precedente obliga a afirmar que la potestad en virtud de la cual la Administración autoriza la extinción de la relación laboral por causa económica o motivo tecnológico, cuando carece de acuerdo entre las partes, está dotada de amplio margen de discrecionalidad, lo que, a su vez, incrementa las dificultades de control judicial.

La peculiaridad de la intervención administrativa prevista en el nº6 del artículo 51 de la LET, para supuestos de extinción por causas económicas o tecnológicas, reside en el hecho de que la Administración no es formalmente parte interesada en el conflicto planteado³⁵, sino que resuelve las discrepancias existentes entre empresarios y representantes de los trabajadores, acerca de la conveniencia de la resolución contractual. Conviven, por tanto, intereses contrapuestos; de un lado, el interés del empresario en rentabilizar su empresa, o, simplemente, en mantenerla en funcionamiento; y de otro, el interés de los trabajadores en conservar su puesto de trabajo o la estabilidad en el empleo.

La Administración pública penetra en la relación laboral subsistente entre sujetos privados, y, esgrimiendo la necesidad de satisfacer el interés social general, dirime el conflicto de intereses existente, ejercitando un “arbitraje público obligatorio” de claros matices jurisdiccionales.³⁶

El problema es que la habilitación que la Ley otorga a la Administración, en este supuesto, constituye una habilitación general³⁷, pues, como hemos visto, carece de límites externos precisos y, de objetivos claramente definidos; aún suponiendo que el fin perseguido por esta intervención administrativa fuera el de “excluir la resolución unilateral por el empresario de los contratos fundamentados en estas causas”³⁸ para salvaguardar la paz social, debido a la gran conflictividad que estos despidos llevan aparejada, por el número de puestos de trabajo que se pueden destruir, no parece que los medios empleados por la Administración sean los más idóneos o adecuados para la obtención de subsdicho fin. Lo cierto es que estas justificaciones pecan de voluntarismo y son fruto de una inercia histórica asumida como conquista obrera.

2.3. Dificultades para controlar judicialmente la decisión discrecional. Técnicas.

El amplio margen de discrecionalidad de la actuación administrativa del 51.6 LET, dificulta seriamente el control jurisdiccional de la decisión administrativa, a pesar de las múltiples técnicas que doctrina y jurisprudencia han señalado a tal efecto. Siguiendo a Tomás Ramón Fernández³⁹, queda claro que discrecionalidad

y arbitrariedad son conceptos diferentes cuya diversidad deviene del propio principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, formulada en el artículo 9.3 in fine de la Constitución. De ambos, sólo la discrecionalidad requiere motivación y justificación en datos objetivos, que conducen a la Administración a adoptar decisiones coherentes o congruentes, a la luz de la Ley y el Derecho, mediante el ejercicio de un juicio de razonabilidad⁴⁰.

No obstante, y a pesar de la diferencia existente respecto de la arbitrariedad, la discrecionalidad, si bien no está exenta de control judicial, ofrece serias dificultades respecto de los límites que regentan la actuación jurisdiccional.

Jurisprudencialmente existen dos líneas diversas⁴¹; la primera de ellas, defiende la comprobación judicial de la corrección material del criterio administrativo, e incluso la sustitución de éste por un criterio judicial, a través del control de la racionalidad y de la idoneidad de la solución, adaptada a los datos objetivos en que necesariamente ha de fundarse la decisión administrativa. SSTs de 15 de octubre de 1.981, 17 de abril de 1.986, 27 de junio de 1.986, 15 de diciembre de 1.986, 10 de febrero de 1.987, 4 de abril de 1.988, 20 de marzo de 1.990 y 11 de junio de 1.990.

La segunda línea jurisprudencial se mantiene en la tesis tradicional de la soberanía de los órganos administrativos y, consecuentemente, en la imposibilidad de revisar judicialmente el fondo de la decisión administrativa es decir, la imposibilidad de sustituir el criterio de la Administración por el del juez, como expone el TC en sentencia de 17 de mayo de 1.983, 39/83.

Algo similar acontece en el terreno doctrinal, donde convienen teorías diversas.

La primera postura mantenida por la mayoría de la doctrina, se debe a García de Enterría⁴², quien sintetiza las técnicas de control judicial de las decisiones administrativas discrecionales en las siguientes:

La de los conceptos jurídicos indeterminados, si bien ésta constituye más una técnica de delimitación del ámbito propio de la discrecionalidad, por cuanto que el concepto jurídico indeterminado, aunque posee cierto grado de indeterminación e incertidumbre en los límites de la realidad sobre la que opera, ofrece sólo una solución justa en derecho, y es aquí, precisamente, donde sirven de límite a la discrecionalidad.

Para articular el control judicial sobre la discrecionalidad, reconocida como tal, se ofrecen otras tres técnicas que son: en primer lugar, el control de los elementos reglados que componen cada decisión administrativa, y que actúan como límite externo a subsodicha decisión, especialmente el control del fin perseguido a través de la intervención administrativa, porque en caso de quiebra se incurriría en desviación de poder, que no es sino un vicio de estricta legalidad.

En segundo lugar, el control de los hechos determinantes, puesto que no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumpli-

do o no, tan sólo la valoración podrá ser objeto de una facultad discrecional. Y en tercer y último lugar, el control a través de los principios generales del derecho debido a la vinculación de la Administración a la totalidad del ordenamiento jurídico.

Esta primera línea doctrinal, que consolida el criterio de la posible sustitución de la decisión administrativa por la decisión judicial, mediante el ejercicio de las técnicas de control enumeradas, quiebra en la actualidad con la línea de pensamiento expuesta por Parejo Alfonso⁴³.

El citado autor considera que la decisión del juez no puede sustituir la decisión administrativa; su actividad se agota, en la comprobación de la legalidad o regularidad de la actuación administrativa porque de lo contrario, tan sólo se consigue una sustitución de la discrecionalidad administrativa por discrecionalidad judicial, lo que genera falta de seguridad administrativa. Sólo a la Administración le ha sido asignado por el legislador “un papel directo de intervención activa y permanente en la satisfacción de las necesidades sociales para la renovación continuada de la integración social”⁴⁴, es decir, sólo a ella se le otorga la posibilidad de decidir sobre ciertos aspectos, bajo su propia responsabilidad, y ello apareja la creación de reglas nuevas; el juez no puede sustituir a la Administración porque carece de competencia para crear normas; lo contrario infringiría el orden constitucional competencial dado que supondría la superposición de dos poderes distintos en idénticos contenido y alcance.

La disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales acerca del control jurisdiccional de los actos discrecionales, oscurece el actual estado de la cuestión y empeora la proyección de la intervención administrativa del n^o6 del artículo 51 de la LET.

2.4. La intervención de la Administración en Derecho Comunitario y países de la Comunidad Europea.

La normativa comunitaria sobre despidos colectivos⁴⁵ establece un procedimiento de intervención administrativa que dista, en sobremanera, de la regulación vigente en España.

Así, otorga a la Administración tres papeles fundamentales, en primer lugar, el papel de garante del cumplimiento del procedimiento establecido, para lo cual el empresario ha de comunicarle el proyecto de despido, copia de la comunicación escrita dirigida a los representantes de los trabajadores y cuantos documentos sean necesarios para cumplir, además, su segundo papel que no es otro que el de estudiar el proyecto de despido, a fin de proponer soluciones alternativas o medidas paliativas de los efectos sociales negativos del despido, agilizando la readaptación o recolocación de los trabajadores despedidos. A tal efecto, cabe incluso que los representantes de los trabajadores dirijan su consulta a la Administración laboral, y que cada país adopte medidas administrativas o jurisdiccionales que posibiliten a los trabajadores, o a sus representantes, la solicitud del cumplimiento efectivo de dicho procedimiento.

En tercer lugar, la Administración cumple un papel de mediador entre las partes enfrentadas en el conflicto, su objetivo es cooperar a la formalización de un acuerdo que, de no adoptarse, no impedirá la ejecución de la decisión del empresario, transcurrido el plazo de treinta días, o aquel otro fijado por cada Estado miembro.

A todos los efectos, la intervención administrativa agota su eficacia en los aspectos meramente procesales y produce un efecto dilatorio del plazo del despido, pero, en modo alguno, entorpece el cumplimiento de la decisión empresarial extintiva.

La normativa comunitaria funciona como mínimo de acercamiento entre las legislaciones de los Estados miembros, en lo referente a la regulación del despido colectivo, de ahí que la mayoría de los países de la Comunidad Europea hayan buscado la armonización de sus legislaciones en este punto, y no sólo por el deber de trasposición que les viene impuesto por los artículos 6 y 2 de las Directivas 75/129, de 17 de febrero de 1975, y 92/56, de 24 de junio de 1992, respectivamente, o por el efecto directo de las mismas⁴⁶, sino más bien movidos por el ánimo de adaptarse a un mercado internacional que exige mayores cotas de competitividad, difíciles de alcanzar con normativas laborales fuertemente restrictivas y proteccionistas. En la actualidad, sólo Grecia, Holanda y España, mantienen la autorización administrativa habilitante, mientras que en el resto de los países, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido e Italia, la intervención administrativa carece de carácter habilitante, ampliando, más bien, el papel de garante de los diversos procedimientos, pudiendo incluso imponer sanciones pecuniarias a los empresarios, por la vulneración del deber de comunicación de la apertura del procedimiento de despido colectivo, como ocurre en Irlanda y Reino Unido.⁴⁷

La Administración, en estos supuestos, colabora con las partes de cara a la elaboración de un “plan social” que permita amortiguar el efecto negativo de los despidos colectivos y agilizar la recolocación y readaptación de los trabajadores despedidos.

En este punto, es especialmente interesante la posibilidad que el artículo 18, de la Ley de Tutela Alemana contra los Despidos, ofrece a la Autoridad administrativa, que puede retrasar, por un periodo no superior a dos meses, el despido colectivo y facilitar, en este plazo, la reducción de jornada, aun sin el consenso del Consejo de Empresa.⁴⁸

Ni siquiera en Francia, cuando todavía subsistía la autorización administrativa para los despidos colectivos, antes de la reforma de 1986, tenía la Autoridad laboral un poder tan extenso como el que posee en España, puesto que el poder de la Administración pública, si bien se extendía desde el control de la causa justificante de despido hasta el cumplimiento del procedimiento legal, fue fuertemente limitado por la jurisprudencia del Conseil d’Etat, fundamentalmente a partir de l’Arret Artisson, de 27 de febrero de 1981, en que se contempla la prohi-

bición a la Administración de modificar las opciones de gestión adoptadas por la empresa, de modo que su papel quedó limitado a la verificación de la existencia de causa justa de despido real y serio.⁴⁹

La reforma del 86, operada a través de las Leyes de 3 de julio y de 30 de diciembre de 1986, otorga al Conseil de prudhommes, en el párrafo 3º del artículo 511 del Code du Travail, competencia para conocer en forma y fondo del despido colectivo, a través de un proceso especial caracterizado fundamentalmente por la celeridad (artículo 516.5 y R 516.45 y siguientes). El control formal se extiende a la verificación del cumplimiento del procedimiento por el empresario, cuya omisión no acarrea sino el pago de indemnizaciones, salvo que lo omitido sea el plan social, en cuyo caso el despido será nulo según disponen los artículos L 120-2 y 321-4 Código de Trabajo, introducidos por Ley de 31 de diciembre de 1.992 y Ley de 27 de enero de 1.993 respectivamente.

El control material se extiende, de un lado, a la comprobación judicial de la concurrencia real de causas serias de despido, y de otro a la valoración de la adecuación de la decisión del empresario a la situación de la empresa, y el agotamiento de todas las medidas alternativas al despido, incluidas la reclasificación del trabajador, aun en una categoría inferior a la suya, y la recolocación en otra empresa del grupo⁵⁰. Se robustece, por tanto, el control judicial, al tiempo que se debilita el poder administrativo, procurando, incluso la sustitución de la decisión administrativa por la judicial, asunto que en España ha despertado una polémica insaciable entre la doctrina administrativista y laboralista.

Del estudio comunitario precedente deducimos que, al margen de la interpretación del artículo 5 de la Directiva 75/129, la regulación comunitaria tiende a un objetivo vinculado a una normación abierta del mercado laboral que permita a los empresarios controlar las decisiones que atañen de forma directa a su poder de organización. Por ello y sin perjuicio de la existencia de controles, parece que la legislación debe tutelar las decisiones empresariales para hacer posible la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Queda demostrado que la exigencia de autorización administrativa previa comporta una cierta contradicción con el principio de reconocimiento de las facultades empresariales en orden a la decisión sobre la viabilidad total o parcial de la empresa, y ello redundando en una falta de competitividad de las empresas nacionales, y en una desestimulación de la inversión de capital tanto nacional como extranjero.

III DEBATE: PODER ORIGINARIO/MERA EXPECTATIVA DE FACULTAD. POSIBLE OBSTRUCCION DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

A través del nº 6 del artículo 51 de la LET, la Administración, previa valoración de la documentación aportada a la luz del interés público, accede a la solicitud de extinción presentada por el empresario, autorizando o denegando dicha actividad extintiva.

Se trata, por tanto, de una auténtica autorización⁵¹, que condiciona la propia validez del acto extintivo, haciendo nula cualquier pretensión de este tipo en su ausencia. Difiere, sin embargo, de la técnica de la aprobación, no ya en el plano terminológico, que en ocasiones ha originado polémicas inútiles, sino en el plano estrictamente jurídico donde la aprobación se configura como mera condición de eficacia y no de validez del negocio jurídico.

Precisamente, es la afectación a la propia validez de la decisión extintiva del empresario, la que suscita la polémica de si el empresario posee realmente un derecho, un poder originario para extinguir las relaciones de trabajo por causas económicas o tecnológicas o si, por el contrario, posee una mera expectativa de facultad.

Considerar que el empresario tiene, en este asunto, poder originario para extinguir unilateralmente el contrato de trabajo y que, por tanto, existe sólo una mera “procedimentalización” del ejercicio de dicho poder empresarial⁵², conduce a sostener que la actuación de la Administración es absolutamente reglada, es decir, una vez probada la concurrencia de causas económicas o tecnológicas debe autorizar la extinción.

Pero los amplios poderes discrecionales que la Administración se reserva en esta materia hacen ilusoria la imagen de un derecho preexistente. En este caso, la Administración no efectúa un simple control negativo del ejercicio del derecho del empresario a extinguir la relación laboral, por motivos económicos o tecnológicos, sino que su poder habilitante le inmiscuye directamente en la gestión de la empresa e indirectamente en la regulación misma del mercado de trabajo.

Como se adelantó en el apartado precedente, la Administración penetra en la relación laboral, que vincula a empresario y trabajadores, y ejercita un arbitraje público de carácter obligatorio⁵³ para las partes en conflicto y de claros matices jurisdiccionales.

No existe poder originario del empresario para extinguir; demostrada la existencia de una causa económica o motivo tecnológico, requiere obtener legitimación de la Autoridad laboral. Sólo podemos hablar, por tanto, de una mera expectativa de facultad.⁵⁴

No cabe duda, sin embargo, de que es el empresario quien en una economía de mercado, ha de decidir sobre la oportunidad o conveniencia económica de ciertas medidas. El poder de organización empresarial le legitima para adoptar soluciones que optimicen o rentabilicen el conjunto de la empresa, y, como no, para efectuar despidos “liberatorios” o de oportunidad cuyo objetivo sea rentabilizar la empresa.⁵⁵ Ello no apareja, claro está, la exención de controles, puesto que el propio poder del empresario está sometido al principio de “legalidad empresarial” que causaliza el ejercicio de las facultades de mando⁵⁶, sin embargo, la subordinación del poder de organización del empresario al interés general

es legítima, sólo, cuando se pueda demostrar la proporcionalidad existente entre la intervención administrativa legalmente instrumentada y el interés público satisfecho.

Pero la actuación de la Administración en los supuestos de extinción por causas económicas o tecnológicas, cuando no existió acuerdo con los representantes de los trabajadores en fase de consultas, constituye una habilitación en sentido absoluto.⁵⁷

Esta prohibición que pesa sobre el empresario de cesar en su actividad “bajo reserva de autorización administrativa” podría constituir una obstrucción para el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa, dado que se compone al mismo tiempo, de la libertad de acceso al mercado, de la libertad de ejercicio o permanencia en el mismo y, finalmente, de la libertad de cesación o salida.⁵⁸

No obstante, no podemos olvidar que se trata de un derecho que pretende mantener el sistema económico-social de mercado, es pues un derecho de contenido objetivo no ilimitado, un “principio inspirador de la línea del orden económico”, que permite determinadas ingerencias, intervenciones y limitaciones⁵⁹, ahora bien, todas estas intervenciones han de estar proporcionadas al interés público que se pretende satisfacer y no podrán, en ningún caso, obstaculizar el derecho de los particulares a acceder al mercado en condiciones de igualdad.⁶⁰

En el derecho a la libertad de empresa, del artículo 38 CE, confluye una doble vertiente individual e institucional, y si bien es cierto que la vertiente subjetiva se ve fuertemente limitada por la carga que le viene impuesta de la vertiente institucional⁶¹, no es menos cierto que el particular que considere lesionado su derecho por la extralimitación del poder administrativo, ya sea por la desproporcionalidad respecto de los fines perseguidos, ya sea por la dificultad para acceder al mercado en condiciones de igualdad, puede solicitar la tutela del mismo, según prevé el artículo 53.1 de nuestra Constitución Española. Nos hallamos ante una auténtica garantía institucional, supeditada en su ejercicio al modelo socioeconómico.⁶²

Ahora bien, a través de la técnica de la garantía institucional⁶³ se pretende la protección del derecho a la libertad de empresa en un triple plano:⁶⁴

Primero, en cuanto a la *Sdmtzrichtung*, con lo que se pretende evitar que las restricciones prácticas de este derecho lo releguen a una simple categoría jurídica, vacía de contenido. Segundo, sobre la *Schmtzdichte*, porque no se pueden introducir límites tales que dificulten la comprensión generalizada del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. Y finalmente, acerca de la *Zeitliche Sdmtzerstreckung*, porque evoluciona en virtud de las normas que lo regulan y de la aplicación de las mismas.

En el nº 6 del artículo 51 de LET, figura una auténtica prohibición para el empresario de decidir unilateralmente la extinción, por causas económicas o

motivos tecnológicos, si no existe habilitación expresa de la Administración laboral a tal efecto, lo que afecta claramente al ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa, dado que la actuación administrativa de control es, en esta ocasión, absolutamente desmedida y desproporcionada respecto del fin social que se persigue que, dicho sea de paso, carece de delimitación rigurosa en la Ley, hipotecando finalmente la decisión de gestión empresarial. La discrecionalidad con que la Administración actúa en estos supuestos, anula la libertad de opción del empresario condicionando la continuidad o cesación de la actividad empresarial.

Además, es importante recordar que, en la actualidad, los mercados internacionales obligan a los Estados a elaborar normativas más flexibles, que, sin desatender la persona del trabajador, hagan sus empresas competitivas. De este modo, y al margen del debate abierto por el artículo 5 de la Directiva 75/129, entorno a la adaptación de la regulación española sobre despidos colectivos a la normativa comunitaria, se hace necesario efectuar en España una reforma en este punto, para evitar que nuestras empresas pierdan competitividad en el mercado europeo debido a la rigidez normativa. Parece claro que las empresas españolas poseen ciertas limitaciones en cuanto al acceso y ejercicio de la libertad de empresa en condiciones de igualdad respecto de otras, nacionales de Estados cuya regulación al efecto es más flexible.

IV. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO.

Al margen de la polémica abierta entre la doctrina en torno al mantenimiento o abolición de la autorización administrativa, para los supuestos de despido colectivo, parece clara la necesidad de introducir reformas en el actual sistema legislativo, efectuando una opción más flexible que, de un lado, permita a la industria española introducirse en el mercado europeo de manera más competitiva y, de otro, facilite la inversión de capital propio y extranjero en suelo español.

Entre las diversas opciones figura la reciente propuesta de Ojeda Avilés, que consiste en la extrapolación de las características del modelo de las reconversiones industriales, creado en España a través de la Ley de Reconversión y Reindustrialización, a las regulaciones de empleo, “básicamente por unificación de las dos fases actuales en una sola, que resolvería una comisión tripartita”.⁶⁵

La reforma -según el criterio de Ojeda Avilés- habrá de seguir las siguientes pautas; en primer lugar, gobierno e interlocutores sociales han de concertar un plan económico en que queden perfectamente delimitados los tipos de ayudas fiscal, laboral, económica... que se ofrecen a las empresas en crisis, el monto de las ayudas económicas y, finalmente, los supuestos en que serán concedidas sub-sodichas ayudas, con especial concreción de los conceptos de causa económica, motivo tecnológico y fuerza mayor. No obstante, aconseja que la concertación

se efectúe en el ámbito de las CCAA donde se vienen realizando exitosos pactos por la industria.

A continuación, una comisión tripartita formada por empresario, representantes de los trabajadores y representante de la Administración autonómica, ha de estudiar el proyecto de despido colectivo, adoptando soluciones sólo por unanimidad de las tres partes. De no obtenerse el acuerdo, se entenderá desestimada la propuesta empresarial y las partes interesadas podrán acceder, ya a la vía jurisdiccional, ya a las soluciones extrajudiciales previstas en el pacto previo. En este procedimiento la Administración deja de ser árbitro entre las partes para ejercitar, en cambio, funciones de mediación, de garantía de la legalidad y de dosificación de las ayudas administrativas.

La propuesta de reforma efectuada por Ojeda Avilés posee el mérito de estar fundada en la experiencia histórica de nuestro país, y de reconocer la utilidad del intervencionismo administrativo en la recomposición del tejido económico. No obstante, se pueden efectuar ciertas objeciones. La primera de ellas proviene de la necesidad de elaborar planes económicos regionales. La territorialización de los planes económicos puede conducir al tratamiento desigual de las empresas ubicadas en Comunidades Autónomas diversas, con la quiebra que ello conlleva de los artículos 14 y 138.1 de nuestra Constitución, donde se impone el deber del Estado de garantizar “la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español”. En un país en el que ciertas regiones ofrecen gran desarrollo industrial y económico, mientras otras poseen estructuras caducas y escasez de recursos, una solución como la propuesta incrementaría, aún más, las diferencias territoriales, puesto que las regiones más prósperas pueden proporcionar ayudas mayores a sus empresas⁶⁶.

La segunda objeción proviene de la necesidad de acordar unánimemente las medidas de solución propuestas. Imaginemos el caso en que exista acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores en torno al proyecto de despido colectivo; la disidencia de la Administración impide la resolución del conflicto según lo dispuesto por los agentes sociales, y desplaza la decisión nuevamente a manos de la Administración, no tiene, por tanto, tal papel mediador.

Finalmente, queda claro que la normativa comunitaria sobre despidos colectivos tiende a un objetivo vinculado a una normación abierta del mercado laboral, que permita a los empresarios controlar las decisiones que atañen de forma directa a su poder de organización; parece que la legislación debe tutelar las decisiones empresariales para hacer posible la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. La propuesta formulada por Ojeda Avilés meramente desplaza la decisión empresarial, abandonando a la concertación tripartita la solución de los proyectos de despido colectivo; la dificultad de lograr un acuerdo unánime en estos casos puede sumir a la empresa, que aduce la concu-

rrencia de una causa económica o motivo tecnológico, en una espera aún mayor que la actual, debido a la sucesión de procedimientos.

La segunda propuesta, alternativa a la solución legislativa actual, consiste en la reglamentación absoluta de la actuación administrativa, tanto en cuanto a la concreción de los supuestos en los que ha de concederse el expediente de regulación de empleo, atendiendo probablemente a las soluciones aportadas por el derecho comparado, como en cuanto a los criterios y elementos que deben dirigir la actuación administrativa, para evitar la extorsión del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, así como el procedimiento y efectos de su inobservancia.

Esta opción supone, nuevamente, el abandono de la decisión extintiva en manos de la Administración, si bien no a su criterio subjetivo, sino en ejercicio de una potestad absolutamente reglada. El problema es precisamente reglar todos y cada uno de los elementos citados y solucionar, a través de la abstracción y generalidad propias de la ley, cada uno de los supuestos de hecho concurrentes.

La tercera propuesta⁶⁷, consiste en la modificación parcial del artículo 51 de la LET para permitir que la regulación de los procesos de extinción de las relaciones laborales, por causas económicas o tecnológicas, se efectúe a través de convenio colectivo, aplicando supletoriamente el procedimiento previsto en el artículo 51, sin perjuicio del control de legalidad ejercitado, ya por la Administración laboral, ya por la Jurisdicción Social. La modificación del artículo 51 de la LET se hace obligatoria porque, tal como se deduce de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de junio de 1992, el convenio colectivo debe actuar dentro del respeto a las leyes. No puede suprimirse la autorización administrativa por vía del Convenio Colectivo.

La última propuesta, alternativa a la actual regulación del nº 6 del artículo 51 de LET, parte de la elaboración, al menos, de dos conceptos diferentes de despido por causas económicas o motivos tecnológicos, uno individual y otro colectivo, cuya diferencia numérica apareja la apertura de procedimientos diferentes, el primero de los cuales podría reconducirse al actual despido por causas objetivas del 52 c) de la LET.

Nos interesa, en esta ocasión, el tratamiento del despido colectivo por causas económicas o tecnológicas, que habría de ser definido tanto cualitativa como cuantitativamente, al estilo de las más recientes legislaciones europeas,⁶⁸ procurando la flexibilización de este tipo de despidos en la pequeña y mediana empresa.

Sentada la noción de despido por causa económica y tecnológica y los supuestos que la integran, ha de procederse a la apertura de un procedimiento cuya primera fase ha de consistir en la información y consulta a los representantes de los trabajadores del proyecto de despido colectivo, a través de una comu-

nicación escrita que contenga, necesariamente, los siguientes extremos:

- Indicación de los motivos que determinan el exceso de personal.
- Razones técnicas, organizativas o productivas por las que se agota la posibilidad de adoptar medidas alternativas idóneas al despido colectivo.
- Número de trabajadores afectados, actividad que realizaban dentro de la empresa y categoría profesional.
- Número de trabajadores habitualmente empleados.
- Periodo en que se pretende efectuar los despidos.
- Criterios de selección de los afectados.
- Método de cálculo de las indemnizaciones por despido.
- Plan social en que se contengan medidas que faciliten la recolocación de los trabajadores despedidos, la creación de actividades y las acciones de formación o reconversión; en definitiva, medidas útiles para afrontar las consecuencias del despido en el plano social.

El objeto de esta consulta a los representantes de los trabajadores no es otro que el de limitar la discrecionalidad del empresario en la toma de decisiones que pueden acarrear fuerte conflictividad social. En todo caso, la consulta ha de versar sobre dos aspectos diferentes; de un lado, la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos mediante la adopción de medidas alternativas, y de otro, la previsión de un plan que amortigüe los efectos del despido colectivo, habilitando medidas sociales que agilicen la readaptación o recolocación de los trabajadores despedidos.

Esta fase requiere, por tanto, la realización de un examen conjunto, una libre confrontación de propuestas entre empresarios y representantes de los trabajadores tendente a la adopción de un acuerdo, que, en caso de no alcanzarse, no empece la continuación del procedimiento.⁶⁹

Probablemente, la importancia de esta fase radica en la solicitud de la intervención de los representantes de los trabajadores, no sólo para controlar la subsistencia de los presupuestos necesarios para legitimar la reducción del personal, sino también para gestionar la crisis, por lo que se puede entender que está llamado a realizar tareas de “codeterminación”.⁷⁰

Así se obtiene, además, una mayor adaptación del derecho español a la normativa comunitaria, precisando el contenido de la información y consulta dirigida por el empresario a los representantes de los trabajadores y el objetivo de la misma, que en la actual regulación carecen de rigor, como detalla un reciente informe de la Comisión de la Comunidad Europea.⁷¹

Una vez enviada la comunicación escrita del proyecto de despido colectivo a los representantes de los trabajadores se hace, necesaria la notificación a la Autoridad pública no sólo del proyecto de despido, sino de todos los extremos que informaron la comunicación dirigida a los representantes de los trabajado-

res. Porque, a la vista de una reforma fundada en esta propuesta, la Administración abandona su función arbitral ejercitando, tan solo, un papel mediador, aportando soluciones alternativas al despido y colaborando en la conformación del Plan Social. No obstante, la propuesta efectuada por la Administración no vincula la decisión empresarial porque la intervención de la Autoridad pública tiene como fin mediar pacíficamente en el enfrentamiento entre las partes.

La Administración debe actuar, además, como garante del cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, atribuyéndole, incluso, la posibilidad de imponer sanciones al empresario por la vulneración de los trámites previstos y permitiendo así la subsanación de defectos procedimentales antes de ejercitar el despido.

Se opta, por tanto, por la defensa de la decisión empresarial, no exenta sin embargo de controles que, en todo caso, han de proceder de la Jurisdicción de lo Social. Los detractores de esta opción legislativa fundan sus críticas en la escasa experiencia de la Jurisdicción Social en cuanto a la valoración de documentos económicos y en la lentitud de la maquinaria procesal. No obstante, también la Jurisdicción Civil conoce de los procesos concursales, para cuya decisión el Juez precisa valorar una ingente documentación económica. No se encuentra el porqué de la exclusión del conocimiento de la Jurisdicción de lo Social en este tipo de conflictos. Tampoco la presunta lentitud de la maquinaria procesal se puede erigir en una obstáculo incuestionable para perpetuar la solución legislativa vigente.

La Jurisdicción de lo Social ha de ser competente para revisar, no sólo la forma, sino también el fondo de la decisión empresarial de despedir colectivamente, creando, a tal efecto, un proceso de especial celeridad.

Como decimos, la revisión jurisdiccional debe alcanzar no sólo a la comprobación del cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, sino también a la realidad de la causa alegada por el empresario, a la justificación de haber agotado todas las soluciones alternativas al despido y a la proporcionalidad existente entre la causa alegada y la medida extintiva propuesta, tal como prevé en la actualidad la legislación francesa, a la que aludimos previamente.

La comprobación judicial de la vulneración de cualesquiera elementos procedimentales -no subsanados previamente, obedeciendo la advertencia de la Administración- o materiales, ha de conducir, necesariamente, a la nulidad del despido, lo que constituye una protección mayor de los derechos, tanto de los trabajadores como de los empresarios, abandonados en la actualidad al criterio subjetivo de una Autoridad administrativa ajena a la relación principal, que es el contrato de trabajo.

Se puede argumentar en contra del mencionado control judicial, formal y material, que acontece la mera sustitución del criterio subjetivo de la

Administración por un criterio judicial igualmente subjetivo; sin embargo, la virtud principal de este control es, precisamente, su carácter *ex post*.

El control jurisdiccional de los extremos citados, activado por el desacuerdo de los trabajadores, garantiza la concurrencia real de una causa suficiente para despedir, por lo que es ocioso, y absolutamente demagógico hablar de “despido libre”.⁷²

V. CONCLUSIONES.

De la comunicación presentada cabe extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la naturaleza discrecional de la potestad con que actúa la Autoridad administrativa en los supuestos de extinción por causas económicas o motivos tecnológicos, conduce a la Administración a resolver con criterios subjetivos la procedencia del despido, ejercitando una función arbitral cuya decisión es vinculante para las partes implicadas en la relación principal, que no es otra que el contrato de trabajo. La revisión jurisdiccional de una decisión discrecional ofrece serias dificultades.

En segundo lugar, la “prohibición bajo reserva de autorización administrativa” que pesa sobre el empresario, en el supuesto del nº6 del artículo 51 de la LET, constituye una habilitación genérica en favor de la Administración para resolver el conflicto de intereses existente, por lo que no se puede hablar de un “poder originario” preexistente en el empresario sino de una mera “expectativa de facultad”.

En tercer lugar, parece que haya de ser el empresario quien controle las decisiones que afectan de forma directa a su poder de organización, que le legitima para adoptar soluciones que optimicen o rentabilicen la empresa, no exento, por supuesto, de controles.

En cuarto lugar, el derecho del empresario a organizar su empresa se ubica en el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa que, si bien no constituye un derecho subjetivo ilimitado, permite la ingerencia e intervención de los poderes públicos, movidas por la satisfacción del interés general. El derecho a la libertad de empresa, como garantía institucional que es, obliga a que dichas intervenciones sean siempre proporcionales al interés público que se pretende satisfacer, sin poder obstaculizar, en ningún caso, el derecho de los particulares a acceder al mercado en condiciones de igualdad. La actuación de la Administración en el supuesto, objeto de tratamiento, carece de rigor, precisión y límites, y constituye una habilitación absoluta que dificulta el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa.

En quinto lugar, y al margen de la discusión que existe en torno a la adecuación de la normativa española al derecho comunitario, en lo que a despidos colectivos se refiere, parece clara la necesidad de introducir reformas en nuestro actual sistema legislativo para poder acceder al mercado europeo e internacional

en condiciones de igualdad, respecto de otros países de nuestro entorno cuya regulación al efecto es más flexible y competitiva.

Finalmente, la modificación de la normativa interna ha de dirigirse hacia la supresión de la autorización administrativa, potenciando la información y consulta de los representantes de los trabajadores, así como las facultades mediadoras de la Autoridad laboral y la revisión jurisdiccional de la decisión empresarial, tanto de forma como de fondo.

NOTAS

1.- Cruz Villalón, J.; *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. MTSS. Madrid. 1983. P. 218.

2.- Sobre este tema existe una copiosísima bibliografía, ejemplos claros son: García de Enterría, E y Fernández, T.R.; *Curso de Derecho Administrativo. I*. Civitas. Madrid. 1989. Págs. 451 y siguientes. Sañz Moreno, F.; *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Civitas. Madrid. 1976. Mozo Seoane, A.; *La discrecionalidad de la Administración pública en España*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1985.

3.- TSJ de Murcia, sentencia de 10 de octubre de 1989.

4.- Fernández, T.R.; *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1991. Págs. 105 y siguientes. También publicada en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III. Civitas. 1991.

5.- La LJCA, de 1956, en su exposición de motivos se refiere a la inexistencia de potestades absolutamente discrecionales. En idéntico sentido, la sentencia del TS de 11 de junio de 1991. Ar. 5216. Contencioso administrativo. Sala 3ª, Sec. 6º.

6.- García de Enterría, E y Fernández, T.R. *Curso...* Op. Cit. P.453.

7.- García de Enterría, E y Fernández, T.R. *Curso...* Op. Cit. Págs. 455 y 456.

8.- De esta opinión son los siguientes autores: Rodríguez Piñero, M.; "La movilidad del trabajo dentro de la empresa". AA.VV. *Movilidad del trabajo*. CEOE. Madrid. 1983; al hacer referencia a la ambigüedad, imprecisión y falta de rigor en las limitaciones de las actuaciones de la Administración por vía del artículo 41 de LET, alude al mayor margen de discrecionalidad en los supuestos de movilidad externa. P. 48. En idéntico sentido, Cruz Villalón, J. *Las modificaciones...* Op. Cit.; que al referirse a la imprecisión de los límites con que actúa la Administración, en el supuesto del artículo 41 de la LET, para determinar la adecuación, idoneidad y proporcionalidad de la medida solicitada, alude al incremento de la libertad de apreciación para el caso de artículo 51.6 de la LET. P. 288. También, Rivero Lamas, J.; *Limitaciones de los poderes empresariales y democracia industrial*. Universidad de Zaragoza. 1986. Págs. 106 y 109. Además, García Fernández, M.; "Autorización administrativa e intervención judicial en los despidos por causas económicas y tecnológicas". *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Málaga. 1980. P. 345. También, Ortiz Lallana, Mº C. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad sobrevenida*. Madrid. 1985. P. 152. En sentido semejante, Sánchez Cervera Senra, J.M. "Resolución administrativa del expediente de crisis". AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*. Págs. 177 y 178. Finalmente, Fernández Domínguez, J.J.; *Expedientes de Regulación de Empleo*. Ed. Trotta. Madrid. 1993. P. 166.

9.- TS, S de 26 de abril de 1966. Ar. 2204. Social.

10.- SSTS, de 2 de noviembre de 1976 (Ar. 5685). Contencioso Administrativo. Sala 4ª. Y de 3 de marzo de 1973 (Ar.972). Contencioso Administrativo. Sala 4ª.

11.- Tribunal de Conflictos, S de 26 de diciembre de 1988. Nº 2/88. R. 10314.

12.- TS, S de 4 de noviembre de 1981 (Ar. 4162). Contencioso Administrativo. Sala 3ª. Citada

entre otros por: Rodríguez Piñero, M.; "La movilidad...". Op. Cit. y Durán López, F.; "Análisis de la regulación jurídico positiva del despido colectivo en España". Documentación Laboral, nº 22, 1987.

13.- Audiencia Nacional, Auto, Sec. 4ª, de 21 de marzo de 1988.

14.- Sobre este tema, Sempere Navarro, A.V.; "La fijación de las indemnizaciones en los expedientes de regulación de empleo". REDT, nº 19, 1984.

15.- TS, en sentencia de 26 de diciembre de 1988. Conflicto de Jurisdicciones 2/1988. Ar. 10314. Confiere la facultad de fijar indemnizaciones derivadas del expediente de regulación de empleo, por causas económicas y tecnológicas, a la Autoridad administrativa en el propio expediente, en detrimento de la Jurisdicción de lo Social, a quien tan solo se debe acudir en caso de impago de las mismas o para el abono de las diferencias.

16.- TCT, sentencia de 11 de octubre de 1983 (Ar. 8362) y TS, sentencia de 12 de noviembre de 1984.

17.- DGT, Ress. 10/85. ERE 284/85, RL 1986.I. P.739. Citada por Durán López, F. Op. Cit. DL, nº 22, 1987.

18.- Sobre este tema, Rodríguez Piñero, M.; "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control". RL. 1989. I.

19.- Rodríguez Piñero, M.; "La selección...". Op. Cit. RL. 1989. I.

20.- La LRL, en el artículo 13.2 establecía que "los trabajadores mayores de cuarenta años, los de mayor antigüedad en la misma categoría profesional, los titulares de familia numerosa, los de capacidad laboral disminuida en el grado en que se determine y los representantes sindicales, en relación con los demás trabajadores de la empresa, serán los últimos en el orden de los despidos que puedan autorizarse por reestructuración de las plantillas, en la forma, requisitos, y prelación entre los distintos grupos que establezcan las disposiciones legales o reglamentos que les sean aplicables".

21.- Sobre este punto son interesantes las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989 (Ar. 7465). Social. Y de 13 de setiembre de 1990 (Ar. 7004). Social, según las cuales los representantes de los trabajadores sólo adquieren prioridad de permanencia si ostentan dicha condición en el momento de hacer efectiva la medida extintiva acordada.

22.- Audiencia Nacional, sección 4ª, sentencias de 21 de marzo de 1988 y de 24 de febrero de 1986.

23.- En este sentido, Suárez, F.; "El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto". P. 75 y Draper Mathen.; "La comprobación en la existencia de la crisis". P. 159. AA.VV. *Diecisiete lecciones de fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*. Universidad de Madrid. Madrid. 1970.

24.- TS, sentencia de 17 de noviembre de 1987 (Ar. 8151). Contencioso Administrativo.

25.- García Tena, J. *Regulación de empleo: causas y procedimiento*. MTSS. Madrid. 1984, en cita Esteban Rodríguez. Págs. 56 y 57.

26.- DGE, Ress de 21 de julio de 1981, 16 de mayo de 1983. Rec. nº 247/81 y 341/83.

27.- Entre la casuística se pueden citar los siguientes ejemplos: No es objetiva la crisis de empresa buscada conscientemente por el empresario, como no lo es tampoco aquella que responde a la mala gestión. García Tena. Op. Cit. y Albiol Montesinos.; "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos. Práctica judicial". AL, nº 20. 1991. También DGE, Ress. de 31 de agosto de 1978. Rec. nº 1642/78 y de 27 de noviembre de 1980. Rec. nº. 832/80. No es real la crisis de una empresa que no afecta al conjunto total de la misma, por ello ha de presentarse balance económico no sólo del centro de trabajo en que se pretende la reducción de plantilla, sino del conjunto de la empresa, dado que se deben agotar las posibilidades de reocupación de los trabajadores afectados en otros centros: DGE, Ress. de 2 de octubre de 1980. Rec. nº 576/80. De 23 de marzo de 1979. Rec. nº 147/79. De 26 de octubre de 1981, Rec. nº 704/81. A este respecto se pueden plantear problemas en cuanto a la relación existente entre una empresa matriz y filial, de lo que trata la Res. de la DGE de 26 de diciembre de 1978. Rec. nº 579/78. Y sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de

1981 (Ar. 943). Contencioso Administrativo. Sala 3ª. Y de la Audiencia Territorial de Madrid, de 16 de diciembre de 1978. Tampoco puede considerarse suficiente la crisis de una empresa en suspensión de pagos, tal como indica la sentencia del TS de 31 de enero de 1972 (Ar. 231). Contencioso Administrativo. Sala 4ª. O en quiebra, como indica la Res. de la DGE de 7 de abril de 1981 (Rec. nº 82/81).

28.- Artículo L. 321.1 del Code du travail, introducido por Ley de 2 de agosto de 1989.

29.- Cass. Social, 22 de marzo de 1978, Droit Social 1978. P. 296. Cass. Social, 3 de marzo de 1982, Bull. Civ. nº 135. P. 101. Jurisprudencia citada por Pérez de los Cobos, F. "El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo". AL, nº 11. 1993.

30.- Cass. Social, 1 de abril de 1992, Droit Social, nº 5. 1992. P. 481.

31.- Sobre este tema: Goerlich Peset, J.M. "Informe técnico-jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria". AL, nº 11. 1993.

32.- Santos Fernández, R.I.; "La nueva regulación del despido colectivo en Italia". RL, nº 22. 1993. P. 80.

33.- García Fernández, M. "Autorización...". Op. Cit. Págs. 343 a 345.

34.- Albiol Montesinos, I. "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas". *El Estatuto de los trabajadores*. Tomo IX. Vol. 2º. Madrid. 1989. Págs. 325 y 326.

35.- Cruz Villalón, J., "El control judicial de los actos de la Administración laboral, la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa". RL, nº 18. 1990. P. 18. En sentido idéntico, González de Lena Álvarez.; "La intervención de la Administración en las relaciones laborales: recopilación de las posibles actuaciones administrativas". RL. 1990. I. P. 979.

36.- Rivero Lamas, J.; *Limitación...* Op. Cit. P. 109 y Rodríguez Piñero, M.; "La movilidad..." Op. cit. Págs. 44, 48, 52 y 53. Cruz Villalón, J.; *Las modificaciones...* Op. Cit. P. 288. Fernández Domínguez, J.J.; *Expedientes...* Op. Cit. P. 149.

37.- Rivero Lamas, J.; *Limitación...* Op. Cit. Págs. 110 y 111.

38.- Tribunal Supremo, sentencia de 29 de enero de 1987.

39.- Fernández, T.R.; *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Cuadernos Cívitas. Madrid. 1991. Publicada también como artículo en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. T. III. Cívitas. Madrid. 1991.

40.- Sobre la necesidad de motivación podemos citar las siguientes sentencias: SSTS de 15 de octubre de 1981 (Ar. 3673), Contencioso Administrativo, Sala 5ª. De 30 de junio de 1982 (Ar. 4861), Contencioso Administrativo, Sala 4ª. De 29 de noviembre de 1985 (Ar. 5604), Contencioso Administrativo, Sala 3ª. SSTC de 17 de junio de 1981 y de 11 de julio de 1983. Sobre la existencia de datos objetivos SSTS de 11 de junio de 1991 (Ar. 5216), Contencioso Administrativo, Sala 3ª, Sec. 6ª. De 29 de noviembre de 1985 (Ar. 5604), Contencioso Administrativo, Sala 3ª. Sobre la necesidad de coherencia y congruencia SSTS de 15 de diciembre de 1986, de 22 de septiembre de 1986 y de 1 de diciembre de 1986.

41.- Jurisprudencia recogida de: Parejo Alfonso, L.; *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Técno. Madrid 1993. Págs. 31 a 36.

42.- García de Enterría, E. y Fernández T.R.; *Curso de Derecho Administrativo. I*. Cívitas. 5ª Ed. Madrid. 1990. Págs. 463 a 474

43.- Parejo Alfonso, L. *Administrar y juzgar...* Op. Cit. Tecno. 1993.

44.- Parejo Alfonso, L. *Administrar y juzgar...* Op. Cit. P. 62

45.- Directivas 75/129 y 92/56. Sobre la regulación del despido colectivo en la normativa comunitaria ver: López López, J.; "La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva de 17 de febrero de 1975. sobre despidos colectivos". REDT. nº 27. Blanpain, R. *Diritto del lavoro e relazioni industriali nella Comunità Europea*. Ed. Lavoro Roma. 1992. Cruz Villalón, J.; "La directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación

española”. Noticias CEE, nº 40. 1988. Ruiz Castillo, M.M.; “La acomodación del ordenamiento español a las pautas del Derecho Comunitario en materia de despido colectivo”. AAVV. *Derecho social de la Comunidad europea*. Jornadas Andaluzas. Goerlich Peset, J.M.; “Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria”. AL, nº 11. 1993. Gerardo von Potobsky.; “Panorama comparativo de la normativa internacional y nacional sobre despido colectivo en la Comunidad Europea”. RL, nº 14. 1993. Goñi Sein, J.L. y Landa Zapirain, J.P.; “El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea”. RL, nº 16-17. 1993.

46.- Sobre el efecto directo de las Directivas comunitarias, las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencia de 6 de octubre de 1970, F. Grad/Finanzant Transtein - Q.P. Finanz Gerich de Munich, as. 9/78, rec. 1970 P. 825. Sentencia de 5 de febrero de 1963. Van Gend en Loos/Nederlands Administratie der Belastingen. As. 26/68. Sentencia de 3 de abril de 1968. Molkerei-Zentrale/Haupt Zollant Paderborn. As. 28/67. P. 211. Sentencia de 17 de diciembre de 1970. Sale. Ministerio de Finanzas de la República Italiana. As. 33/70. P. 213. Sentencia de 5 de abril de 1979. Ministerio Fiscal/Tulio Ratti. As. 148/78, rec. 179. P. 1629. Sentencia de 19 de enero de 1982, Becker/Munster-Innenstadt, As. 8/81. P. 53. Sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall/Southampton Health Authority. As. 152/84. P. 723. Sentencia de 15 de julio de 1982, caso Colhbendit. Sentencias de 8 de junio de 1982, causa 91/81 y de 6 de noviembre de 1985, causa 131/84, contra la República Italiana.

47.- Goerlich Peset. “Informe...” Op. Cit. Págs. 195 y 205. Alan C. Neal. “I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Gran Bretagna”. *Diritto delle relazioni industriali*, nº 2. 1992. P. 186. Mencionan la sanción impuesta al empresario por omitir el deber de notificar a la Autoridad laboral, previsto en el artículo 100 del Employment Protection Act de 1975, tal como dispone el artículo 105 de la misma norma.

48.- Manfred Weis. “I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania”. *Diritto delle relazioni industriali*, nº 2. 1992. P. 163, donde se especifica que normalmente la reducción de jornada implica el consenso del Consejo de Empresa pero, para el caso en que exista un proyecto de despido colectivo, si no existe consenso, la propuesta se eleva a un colegio de árbitros cuya decisión sustituye el consenso entre empresario y representantes de los trabajadores, y se efectúa la reducción de jornada si la Autoridad administrativa persiste en su empeño.

49.- Pérez de los Cobos, F. “El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo”. AL, nº 11. 1993. Págs. 219 a 222.

50.- Pérez de los Cobos, F. “El despido...” Op. Cit. Págs. 219 a 222. Jacques Rojot. “I licenziamenti collettivi per riduzione del personal in Francia”. *Diritto delle relazioni industriali*, nº 2. 1992. Págs. 167 a 181. Francois Taquet. “Licenciement pour motif économique”. *Liaisons sociales*, nº 10857. Diciembre de 1990. Y, *Le licenciement économique*, nº especial 82. 1990. Action juridique.

51.- Sobre la autorización en general: García de Enterría, E y Fernández, T.R.; *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Civitas. 3º Ed. Madrid. 1991. Págs. 133 y 134. Sobre la autorización administrativa del nº 6 del artículo 51 de la LET: Fernández Domínguez, J.J.; *Expedientes...* Op. Cit. P. 149.

52.- Rodríguez Piñero, M.; “La movilidad...”. Op. Cit. P. 40.

53.- Rivero Lamas, J. *Limitaciones...* Op. Cit. P. 109. Rodríguez Piñero, M. “La movilidad...”. Op. Cit. Págs. 44, 48, 42 y 53. Cruz Villalón, J. *Las modificaciones...* Op. Cit. P. 288. Fernández Domínguez, J.J. *Expedientes...* Op. Cit. 149.

54.- Cruz Villalón, J.; *Las modificaciones...* Op. Cit. Págs. 209 y 276. Rodríguez Piñero, M.; “La movilidad...”. Op. Cit. Págs 39 a 49.

55.- García Fernández, M. “Autorización administrativa...”. Op. Cit. P. 343.

56.- Valdés Dal Ré, F.; “Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral”. RL. 1993.I. P. 27.

57.- Rivero Lamas, J.; *Limitación...* Op. Cit. P. 109.

58.- De Gispert Pastor, M.T.; "La empresa en la Constitución Española". AA.VV. *La noción de la Empresa en la Constitución Española*. Aranzadi. Pamplona. 1989.

59.- Voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Díez Picazo a la sentencia del TC de 16 de noviembre de 1981, S. 37/81. Y sentencia de 24 de julio de 1984, del mismo tribunal, S. 83/84. También SSTs de 8 de junio de 1982 (Ar. 5468), Contencioso Administrativo, Sala 4ª. De 20 de septiembre de 1983 (Ar. 4524), Contencioso Administrativo, Sala 4ª. De 29 de junio de 1986 (Ar. 6779), Contencioso Administrativo, Sala 4ª. De 10 de abril (Ar. 2933), Contencioso Administrativo, Sala 5ª. Y de 20 de mayo de 1987 (Ar. 5827), Contencioso Administrativo, Sala 4ª.

60.- Tribunal Supremo, sentencia de 30 de abril de 1986.

61.- Primacía de la vertiente institucional del derecho a la libertad de empresa sobre la vertiente subjetiva, reconocida por el Tribunal Constitucional, en sentencia 83/84, de 24 de junio y el voto particular de Díez Picazo a la sentencia de 37/81, de 16 de noviembre del mismo Tribunal. Es interesante citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1992, que se plantea con relación a la constitucionalidad de la intervención administrativa del 41.1 de la LET. En ella se reconoce que dicha intervención está legitimada por el artículo 38 de la Constitución, que no sólo reconoce la libertad de empresa sino que, además, encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad.

62.- De esta opinión son: Sánchez Blanco, A.; *El sistema económico de la Constitución española. (Participación institucional de las Autonomías territoriales y dinámica social en la economía)*. Civitas. Madrid. P. 59. García Pelayo. "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Zaragoza. 1979. Págs. 29 a 39. García Cotarelo.; "El régimen económico social de la Constitución Española". *Lecturas sobre la Constitución española*. Vol. I. Madrid. 1978. Págs. 69 a 75. Serra.; "La empresa pública en la Constitución". REDA, nº 22. 1979. P. 362. Rojo Fernández Rfo. "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española". RDM, nº 2. 1983. Págs. 316 y 317. Parejo Alfonso, L. *Garantía institucional y autonomías locales*. Ed. IEAL. Madrid. 1981. Págs. 12 y 13.

Existen opiniones contrarias que atribuyen al derecho a la libertad de empresa el carácter de derecho fundamental que, en modo alguno, puede verse limitado por los principios rectores de la política social y económica, ni por la intervención de los poderes públicos: Garrido Falla.; "Introducción general". AA.VV. *El modelo económico en la Constitución Española*. Vol.I. Madrid. 1981. Págs. 48 y 49. Entrena Cuesta, R. "El principio de libertad de empresa". AA.VV. *El modelo económico en la Constitución Española*. Vol. I. Madrid. 1981. Págs. 127 a 129 y 133 a 140. Ariño Ortiz, G.; "La empresa en la Constitución española". AA.VV. *Propiedad, libertad y empresa*. Aranzadi. Pamplona. 1989 y "La empresa pública". AA.VV. *El modelo económico en la Constitución Española*. Vol. I. Madrid. 1981. Págs. 88 a 95. Font Galán.; "Notas sobre el modelo económico en la Constitución Española de 1978". RDM. 1979. Págs. 231 a 235.

63.- La técnica de la garantía institucional fue creada por Carl Schmitt con motivo de la Constitución de Weimar, creación obligada para el teórico porque el derecho fundamental no le permitía considerar entre tales ciertas categorías jurídicas. Dicho concepto clásico concebía el derecho fundamental como un derecho subjetivo absoluto, ajeno a cualquier intervencionismo. Derecho fundamental y garantía institucional se consideraron, en origen, categorías enfrentadas, enfrentamiento hoy innecesario debido a la evolución del propio concepto de derecho fundamental. Sobre la técnica de la garantía institucional, en general: Baño León, J.M.; "Distinción entre Derecho fundamental y Garantía Institucional en la Constitución Española". REDC y Parejo Alfonso, L. *Garantías... Op. Cit.* IEAL. Madrid. 1981.

64.- Jiménez Blanco, A.; "Garantías Institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución". AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesos Eduardo García de Enterría*. Civitas. Madrid. 1991. P. 639.

65.- Ojeda Avilés, A.; "La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España". RL, nº 21. 1993. Págs. 16 a 24.

66.- En este planteamiento también se encontrarían implicados, a mi juicio, los artículos 40.1 y 131.1 de nuestra Constitución.

67.- Alvarez Alcolea, M. "Autorización administrativa, despidos colectivos y convergencia". Comunicación presentada a las jornadas celebradas en San Sebastián, en noviembre de 1992, sobre *Política de convergencia y reforma del mercado de trabajo*. P. 30.

68.- La legislación francesa, en el artículo L. 321.1 del Code du Travail, entiende que "constituye un despido por causa económica el que realiza un empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, resultante de una supresión o transformación del empleo o de una modificación sustancial del contrato, consecutivas principalmente a dificultades económicas o cambios tecnológicos", distinguiendo, a su vez, entre despido individual por causas económicas, despido colectivo de menos de diez trabajadores o despido colectivo de diez o más trabajadores.

La legislación italiana confecciona dos nociones diferentes de despido colectivo, una primera en el artículo 24 de la Ley 223/1991, de 23 de julio, para los casos de crisis definitiva de empresas con más de 15 trabajadores, en que se intenta efectuar el despido de al menos cinco, en el plazo de 120 días, ya sea en una unidad productiva o en más de una cuando el ámbito sea provincial, y siempre por reducción o transformación de la actividad o del trabajo. La segunda, sin embargo, permite al propietario de una empresa amenazada temporalmente por una crisis, obtener la intervención extraordinaria de la Cassa di Integrazione Guadagni, sobre la base de un programa de reestructuración, prescindiendo de los requisitos causales y numéricos que se imponen con carácter general para los despidos colectivos. Cuando el empresario verifica la permanencia de la crisis puede acceder al mismo procedimiento de movilidad que abre el artículo 24 (Artículo 4 de la Ley 223/91).

La normativa comunitaria define el despido colectivo como el efectuado por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador con un límite numérico determinado, al que hoy se asimilan los despidos de más de cinco trabajadores.

69.- Montuschi, Luigi. "Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge 223/1991". *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 2, 1991. P. 423.

70.- D'Antona, M. "I licenziamenti per riduzione di personal nella legge 223/1991". *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, nº 2, 1992. P. 321.

71.- Informe de la Comisión dirigido al Consejo, con fecha de 13 de septiembre de 1991.

72.- A la propuesta de flexibilización de los despidos efectuada por el Gobierno el día 22 de noviembre de 1993, recogida en la actualidad en el artículo 5.9 del Proyecto de Ley 121/32, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de enero de 1994, los sindicatos oponen la protesta de la total equiparación de las recientes medidas propuestas al despido libre. El País, martes 23 de noviembre de 1993. P. 45. ABC, Diario de Economía, de 23 de noviembre de 1993. P. 45.

El citado Proyecto de Ley pretende la modificación del artículo 51 de la LET en los siguientes términos: Será despido colectivo aquel que, fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, en el plazo de 90 días, afecte al menos: a 10 trabajadores en empresas que ocupan menos de 100; al 10% del total de la plantilla en empresas que ocupan entre 100 y 300 trabajadores; o a 30 trabajadores en empresas que ocupan 300 o más. Para el cómputo de este número de extinciones podrán, además, considerarse cualesquiera otras efectuadas, en idéntico plazo, a iniciativa del empresario, por causas no inherentes a la persona del trabajador, siempre que su número sea al menos cinco. Igualmente se entenderá colectivo el despido de la totalidad de la plantilla de una empresa por cese total de la actividad empresarial.

Por debajo de estas cifras, el despido ha de considerarse individual, y no requiere la aplicación de los trámites previstos por la ley para garantizar la efectividad del despido colectivo.

Así, el despido colectivo habrá de ser debidamente autorizado por la Administración laboral, a quien se dirigirá una solicitud de extinción que, junto a la apertura de un periodo de consultas a los representantes legales de los trabajadores, iniciará el procedimiento extintivo.

La consulta referida habrá de versar sobre la realidad y proporcionalidad de las causas alegadas por el empresario, y sobre la posibilidad de adoptar medidas sustitutivas al despido o paliativas de

sus efectos negativos, para lo cual, tanto los representantes legales de los trabajadores, como la Autoridad laboral, habrán de contar con la documentación necesaria para acreditar dichas causas y justificar las medidas a adoptar; documentación a la que habrá de acompañar un plan social en empresas de más de 50 trabajadores. Durante el periodo de consultas se exige a las partes negociar de buena fe de cara a la consecución de un acuerdo que, en caso de no ser alcanzado, no empecerá la continuación del procedimiento de extinción colectiva.

Si la fase consultiva finaliza con el acuerdo de las partes, la Autoridad laboral tiene un papel meramente homologador, y su silencio, si no existiera pronunciamiento expreso, habrá de ser interpretado positivamente, salvo que hubiera apreciación de dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, en cuyo caso, la Autoridad laboral habrá de dirigirse a la Autoridad judicial, a efectos de la posible declaración de nulidad. Fuera de este supuesto, si existe acuerdo entre las partes, la Autoridad laboral sólo podrá acordar la prosecución del expediente a efectos de la declaración de la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados.

En cambio, si el periodo de consultas concluye sin acuerdo, la Autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. Dicha resolución será congruente y motivada y sólo tendrá carácter autorizatorio si de la documentación obrante en el expediente se desprendiera la necesidad de adoptar las medidas propuestas para posibilitar la continuidad y viabilidad futura de la empresa.