

AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejero Permanente de Estado*

EXTRACTO

Palabras Clave: Despidos Colectivos, Administración laboral

El estudio del papel real que el Ordenamiento Jurídico reserva a la Administración Pública en la reestructuración de las plantillas de las empresas, sea en situaciones de crisis económica o incluso al margen de ellas, constituye el objeto del presente estudio. Tras unos apuntes de contextualización, de carácter histórico, sobre los compromisos del Derecho comunitario y los referentes comparados, se analizan las distintas vías de flexibilización que permiten a las empresas extinguir relaciones contractuales sin mediación necesaria de la Administración Laboral, que van desde el despido individual en sus distintas modalidades, hasta las previsiones de la Ley Concursal.

En un segundo bloque se analiza en sentido estricto el papel que a la Administración reserva la actual regulación de los despidos colectivos, así como las dificultades interpretativas con las que se enfrenta la jurisprudencia, sea en el orden social o en el contencioso-administrativo.

El estudio concluye con unas reflexiones sobre el futuro de esta institución y los diferentes modos de intervención en estos procesos, a la luz de los postulados del Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo y los requerimientos de la flexiguridad.

ABSTRACT

Key Words: Redundancy procedure, Labour Administration

The present study focuses on the Spanish Public Administration Judicial Law's role under company restructuring in the context of economic crisis, -or without crisis-. First we provide the EU-Law's commitment and scenario and we revise its history. Then we analyse how redundancy procedure's flexibility is allowed in companies without the intervention of the Labour Administration, such as any type of individual dismissal, and the Spanish Bankruptcy Act's provisions.

Secondly, we strictly analyse the Administration's role regulating collective dismissal, and those difficulties under social order or any administrative dispute to define the Judicial Law. The study concludes with a diagnosis about the future of such institution, and, different ways of intervention in restructuring processes while considering the Green Book on the modernisation of Labour Law and flexisecurity's requirements.

INDICE

1. CRISIS ECONÓMICA Y REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL
2. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE DESPIDO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, COMO VÍAS PARA EL REAJUSTE DE LAS PLANTILLAS
3. OTRAS VÍAS DE ELUSIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LAS EXTINCIONES INDIVIDUALES Y LAS PREVISIONES DE LA LEY CONCURSAL
4. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

1. CRISIS ECONÓMICA Y REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL

Las informaciones que a lo largo del planeta anuncian cierres o medidas de reestructuración de grandes empresas acompañados de amplias reducciones de plantilla que afectan a casi todos los países y los sectores afectados por una recesión que si se prolonga va a generar muchos más despidos colectivos con negativas consecuencias sociales y considerable incremento del desempleo, son posiblemente la punta del iceberg de un fenómeno más global y profundo de reducción y destrucción de empleos también en empresas de más reducida dimensión.

La actual etapa de crisis económica ha acentuado la reestructuración de empresas y la adaptación de la estructura y volumen de su personal a las necesidades de un sistema productivo abierto, dinámico y altamente competitivo, y ahora en crisis con cambios tecnológicos, de división internacional de actividades, y de la demanda que están generando una recomposición del tejido productivo, reajustes de personal continuos, redistribución de trabajadores entre actividades productivas y servicios, y una destrucción, transformación y creación de empleos que afectan a contratos de trabajos en curso, a sus modificaciones y extinciones y que hacen cada vez más infrecuente el tradicional empleo de por vida y más frecuentes las reestructuraciones de empresas, los despidos por causas económico-productivas y las transiciones en los mercados de trabajo.

Cuando se organizaron estas jornadas y se eligió el tema de los expedientes de regulación de empleo, es posible que se intuyera la preeminente actualidad de la cuestión, y también el importante papel que corresponde a la Inspección de Trabajo en esos expedientes. La regulación de empleo está, pues, de rabiosa actualidad y, dentro de ella, el papel de la Administración laboral.

El título de esta intervención requiere alguna aclaración. El propio término “expediente” se refiere a un procedimiento administrativo, a intervenciones públicas en la dinámica del contrato de trabajo, que vienen impuestas a las partes de ese contrato por disposiciones heterónomas que establecen determi-

nadas conductas y condiciones para lograr como objetivo una “regulación” de empleo, y que reconocen a las autoridades determinadas potestades y poderes de decisión. La referencia a regulación de empleo es más genérica lo que permite un examen más global de las relaciones entre heteronomía y autonomía en las estrategias empresariales de regulación de empleo, en especial en las extinciones de contratos de trabajo por reducción o supresión de plantillas advirtiendo. Por ello esta charla no versará tanto sobre el régimen jurídico de los expedientes de regulación de empleo, que es objeto de talleres sucesivos, sino del papel que esos expedientes tienen en el conjunto de los instrumentos de regulación de empleo que tienen a su disposición las empresas, observado desde la perspectiva de la autonomía individual y colectiva y de la heteronomía entendida en su sentido más estricto de decisiones públicas no judiciales. La pregunta a la que trataré de responder es la del papel decisor que tiene la Administración laboral en el conjunto de las regulaciones de empleo de cuya respuesta depende el grado efectivo de heteronomía del sistema de regulación de empleo y, en concreto, de despidos colectivos.

Nuestro ordenamiento se ha venido caracterizando por una intervención preceptiva de la Administración laboral en los despidos colectivos. Empezó en 1935 para el caso de despidos parciales de trabajadores por falta de trabajo, o sea reducciones de plantilla sin cese total de actividades. Se facultó entonces al Ministro de Trabajo a establecer, como alternativa a esos despidos, turnos de trabajo o reducciones de jornada de trabajo oído el parecer del correspondiente Jurado Mixto que había de informar sobre esa posibilidad. Si en el plazo de 15 días el Ministro no adoptaba esas medidas por no considerarlas factibles el empresario podía procederse al despido. Desde ese momento, se han sometido, las reestructuraciones y reducciones de plantilla a intervenciones administrativas de distinto alcance y significado.

Esa intervención decisoria administrativa en las medidas empresariales de reducción de plantilla es singular en el panorama europeo, donde lo normal en Europa es que la Administración se limite a controlar la regularidad del procedimiento de consulta, formular propuestas u ofrecer medidas de reemplazo y protección social para los afectados (BLASCO). La autorización administrativa de los despidos está controvertida, y desde hace tiempo se viene proponiendo su supresión dentro de una reforma del régimen legal del despido que sería excesivamente rígido al que se imputan disfunciones y altos niveles de desempleo en el mercado de trabajo. También en este delicado momento económico se está sugiriendo desde determinados sectores políticos y económicos una reforma flexibilizadora y liberalizadora del despido como medida anticrisis. Reformas de la regulación del despido se han emprendido desde 1994, han tenido un éxito muy relativo, y su profundización habrá de encontrar grandes dificultades, aún más si se quiere que sean consensuadas en el diálogo social y

entre las fuerzas políticas. La regulación del despido se inserta en la ordenación del mercado de trabajo, y en el sistema económico y de empresas y a intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios lo que hace muy delicada y difícil su regulación. Desde el lado empresarial, se demanda mayor liberalización o “relajación” del despido con el doble objetivo reducir el coste de las decisiones extintivas y el control o revisión de sus decisiones que implican o conllevan reestructuraciones de personal, en especial despidos. Los defensores de una mayor liberación del despido critican que los mecanismos de control que no ofrezcan suficiente seguridad jurídica y que no acepten causas razonables y proporcionadas teniendo en cuenta las necesidades reales de gestión empresarial, advirtiendo del peligro de que través de ese control no trate de ser sustituida una decisión empresarial por la de un tercero ajeno a la empresa, que desconoce su realidad interna y el desarrollo del programa contractual.

2. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE DESPIDO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, COMO VÍAS PARA EL REAJUSTE DE LAS PLANTILLAS

No cabe olvidar que el despido, que permite al empleador resolver el vínculo contractual y desvincularse del trabajador tutela el interés del empresario, forma parte del haz de facultades, prerrogativas y poderes que el ordenamiento le concede como empleador y como gestor de una organización productiva, e incide en el ámbito y los fundamentos de sus otros poderes y en el grado de dependencia del trabajador. Los límites del despido afectan a la gestión de la empresa pero también a la sujeción y a la dependencia del trabajador y las posibilidades de defensa de sus derechos, por ello la legitimidad del despido se condiciona a la existencia de justa causa, exigencia que el Tribunal Constitucional ha deducido del art. 35 CE.

Esa justa causa puede responder a razones muy diversas, lo que hace que el despido cumpla funciones diversas en la gestión empresarial (resolutorias y liberatorias principalmente) aún con una finalidad común de “librarse” de un trabajador y desvincularse de un contrato cuya continuidad ya no se desea empresario. La regulación del despido aunque protege al trabajador como parte más débil del contrato, permite al empresario liberarse del vínculo contractual cuando comunique y pruebe la existencia de una justa causa que lo justifique a apreciar por el órgano competente.

Este es el objeto del régimen jurídico del despido cuyas fuentes reguladoras han sido fundamentalmente legales y heterónomas, no sólo en el régimen franquista, en el que la autonomía colectiva estaba constreñida, cuando no suprimida y perseguida, sino también en el sistema constitucional y democrá-

tico que ha consagrado al mayor nivel esa autonomía colectiva. La normativa estatal legal y la reglamentaria dejan muy escaso espacio regulador al contrato de trabajo (se han declarado nulas cláusulas contractuales que permitía la extinción por reducción de actividad) y, sin perjuicio de lo que luego se dirá, al convenio colectivo en el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo, y muy en particular del despido y de sus modalidades, en especial el de los expedientes de regulación de empleo.

Nuestro régimen legal de despido, establecido en el Estatuto de los Trabajadores y completado en la Ley de Procedimiento Laboral, ha incluido, como es sabido, tres regulaciones diferenciadas, la de los despidos “disciplinarios” basados en un incumplimiento del trabajador, la de los despidos individuales “objetivos” (y entre ellos los verdaderamente objetivos, por necesidades de la empresa), y la de los despidos colectivos. Cada una de estas modalidades puestas a disposición del empresario cumple una función propia y diferente en la gestión de la empresa. La diversidad de régimen jurídico no impide que sea un único instituto jurídico y que el poder de despido se ejerza siempre en interés de la empresa y al servicio de sus necesidades productivas. En teoría, sólo el despido objetivo del art. 52 c) ET y el despido colectivo son instrumentos de reestructuración de plantillas, sin embargo, la existencia de una única figura jurídica de despido, ha permitido la conversión de la utilización del despido individual improcedente formalmente disciplinario como vía de canalización y tratamiento jurídico de reestructuraciones de empresas y de la reducción de plantillas.

Este ha sido un primer factor para relativizar y reducir el papel real de las intervenciones heterónomas públicas en las decisiones empresariales de regulación del empleo. No todas las regulaciones de empleo con reducción de plantilla se canalizan a través del expediente de regulación de empleo. Además, no es ocioso recordar la operatividad del acuerdo bilateral o mutuo disenso, como mecanismo extintivo en el que formalmente la autonomía contractual bilateral tiene el papel protagonista pero en el que materialmente la iniciativa empresarial puede jugar un papel relevante, también por las contrapartidas económicas que suelen acompañar a los acuerdos extintivos, formalizados incluso como bajas voluntarias (incentivadas).

Entre nosotros, grandes organizaciones productivas llevan años reestructurando y rejuveneciendo su personal fuera de cualquier control administrativo y muchas veces sin intervención sindical alguna por medio de fórmulas de individualización de la extinción del contrato y de la negociación individual de sus consecuencias, con una cierta complacencia de los poderes públicos y de los sindicatos, que no suelen entrometerse en acuerdos individuales al respecto, pese a que supongan supresión de puestos de trabajo. Se trata, por ejemplo, de las *bajas incentivadas frecuentemente vinculadas a las prejubilaciones* con

convenios especiales y que se han reconducido a una extinción contractual por mutuo acuerdo, incluso cuando tienen una dimensión material colectiva por tratarse de una oferta abierta que puede afectar y ser aceptada por un número importante de trabajadores. Ese plan de prejubilaciones puede estar previsto en un convenio colectivo a través de la fórmula del contrato de prejubilación, siempre voluntario, vinculado a situaciones posteriores de jubilaciones anticipadas a partir de los 61 años, que también pueden conectarse formalmente con un ERE, en cuyo caso la jurisprudencia entiende que el origen de la jubilación no es voluntario, y que no existe mutuo acuerdo extintivo sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un ERE y que impone al trabajador, tras un periodo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada involuntaria (STS 21 de junio de 2007). Asimismo, la jubilación ordinaria aceptada por el trabajador o impuesta por la norma colectiva permite una reducción de personal al no ocupar el puesto de trabajo dejado vacante sin coste ni intervención externa.

También el *despido individual "subjetivo" injustificado* ha permitido reducciones de personal de alcance colectivo sin intervención administrativa alguna, ni siquiera de la representación de los trabajadores, mediante la aceptación del carácter improcedente del despido por el empresario y del coste de la indemnización cuando no se han logrado bajas incentivadas o acuerdos indemnizatorios, facilitado ello porque la doctrina de suplicación tiende a no computar para el umbral de los despidos colectivos los calificados ya de improcedentes y sean indemnizados o los que su improcedencia fue reconocida por el empresario (STJS Comunidad Valenciana, de 28 julio 2001). El carácter tasado de las indemnizaciones de despido ha dado certeza al coste del despido y, además, la reforma del artículo 56 ET de 2005 ha permitido al empresario reconocer que el despido ya realizado era improcedente y consignar la indemnización correspondiente a favor del trabajador (que con frecuencia se encuentra conforme a ese depósito). Con ello se evita el juicio y se ahorran los salarios de tramitación, lo que facilita y abarata el despido individual sin causa justificada, ha servido de incentivo para la extinción singular e indemnizable de contratos de trabajo y ha permitido reducciones de personal fuera del ERE, operando como mecanismo de reestructuración de plantillas.

Por otro lado, no cabe olvidar que en los procesos de despido hay un componente conciliador importante que refleja transacciones que pueden estar ligadas a situaciones de reducción de plantilla. En 2006 hubo un total de 64.000 procesos de despidos de los que sólo el 52% termina en sentencia, 34.000 casos se resolvieron en conciliación y el resto con desistimiento del demandante que puede implicar una transacción fuera del proceso. Al mismo tiempo, hubo unas 111.000 conciliaciones administrativas de las que terminaron con avenencia

unos 46.000. De este modo, 80.000 demandas de despido, acabaron en acuerdos conciliatorios fuera de control de fondo alguno, sin que quepa excluir que parte de ellos encubrieran reducciones de plantilla. Cuestión distinta es la del coste de esos despidos negociados y si en ese coste ha podido influir la amenaza de una intervención administrativa o las dificultades de canalizar los despidos a través de los expedientes de regulación de empleo.

También dentro de esos expedientes, la Administración ha permitido que antes y durante el período de consulta existan acuerdos extintivos individuales o bajas incentivadas con mejora de las indemnizaciones, sin profundizar las causas y razones que lleven a esas supresiones de empleo. Algunos acuerdos colectivos negocian no tanto despidos como las condiciones a través de las cuales el trabajador, voluntariamente, se incluye o acepta un plan empresarial de reducción de plantilla. El diseñado control colectivo y administrativo sobre las reducciones de personal ha tenido muchas veces un papel reducido y una rebaja del coste del despido improcedente podría tener efectos indirectos importantes en la dinámica de los ERE, pero en el sentido de facilitar su elusión en las reestructuraciones de empresas con reducción de plantilla, ampliando la esfera de individualización del despido, sin permitir a la Administración ni al control colectivo un papel moderador y racionalizador de las reducciones de personal.

3. OTRAS VÍAS DE ELUSIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LAS EXTINCIONES INDIVIDUALES Y LAS PREVISIONES DE LA LEY CONCURSAL

Otra quiebra importante de la intervención heterónoma resulta de la utilización de la contratación temporal facilitada como medida de fomento de empleo, tras las reformas del Estatuto de los Trabajadores de 1984 y otras posteriores. La dualización del mercado de trabajo en cuanto el mantenimiento del régimen actual de despido, sin modificar el núcleo del trabajo estable, ha generalizado fórmulas de flexibilidad de los márgenes, excesos de segmentación y desequilibrios en el mercado de trabajo con incremento de contratos temporales o atípicos precarios o fácilmente desechables, excluidos de hecho de la regulación del despido y de la intervención pública y colectiva en la reducción de ese personal, por estar excluidos del sistema de protección frente al despido. A través de la contratación temporal el empleador ha recobrado márgenes de autonomía y de disponibilidad sobre el nivel de empleo con la consiguiente reducción de la intervención administrativa.

Una cuarta vía que ha permitido eludir intervenciones heterónomas sobre las decisiones empresariales de reestructuraciones de personal han sido los

complejos fenómenos de descentralización productiva. Sin necesidad de hablar de las deslocalizaciones en las que la producción se externaliza a terceros países, fuera de todo control estatal interno, las empresas en red, los grupos de empresa, las contratas de servicios y actividades, la utilización de empresas de trabajo temporal, que permiten a un empresario mantener un núcleo duro mínimo de personal, que sería el único controlable por la Administración en los despidos colectivos, y servirse de otros instrumentos para externalizar o subcontratar actividades sin asumir la condición de empleador directo, facilitando la adaptación de esos servicios externos a las cambiantes necesidades, y desprenderse de personal “indirecto” sin tener que acudir a expedientes de regulación de empleo. Serán los empleadores de esos trabajadores lo que tengan que asumir esa tarea, basándose precisamente en las necesidades que derivan del cese o reducción de encargos por la empresa principal, decisión no controlable por la Administración que no puede responsabilizarle de esos ceses. De nuevo reaparece la autonomía en forma de poder empresarial en un ámbito que podría haber sido heterónimo o estar intervenido.

Una quinta razón de exclusión de la intervención heterónoma ha sido el establecimiento de umbrales para la exigencia de un ERE permitiendo un espacio de despidos individuales o plurales por motivos atinentes a la empresa, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Según la jurisprudencia, las extinciones contractuales que regula el art. 52, c) son una variedad de las extinciones colectivas caracterizadas por afectar a un menor número de trabajadores que la regulada en el art. 51,1 ET (STS 16 de febrero de 1998). La STS 30 de septiembre de 2002 ha afirmado que “la mayor gravedad de la situación en atención al superior número de trabajadores afectados”, justifica particulares exigencias y procedimiento en los despidos colectivos, que no se dan en los individuales o plurales y que conduce a dotar de una mayor flexibilidad a éstos. Pese a que la causa sea común la doctrina de suplicación ha afirmado que el despido colectivo del art. 51. 1 ET presenta exigencias más rigurosas para su justificación que el despido del art. 52 c) ET (STSJ Cataluña 15 septiembre de 2000).

La ampliación del espacio legal de actuación del art. 52.c) ET y una interpretación judicial más abierta de esta causa de despido para respetar “el campo de actuación de la libertad del empresario” y no “desbordar” el ámbito del control judicial han hecho de este tipo de despido un mecanismo extintivo que puede operar de forma alternativa o complementaria al ERE sin los controles públicos y sindicales propios de éste (sólo hay que dar cuenta a la representación de los trabajadores, con la función según la doctrina de suplicación de evitar un so fraudulento del despido sin utilizar el ERE), contando además las pequeñas empresas con la ayuda del FOGASA. El art. 51.1 ET establece un umbral numérico para los despidos colectivos sometidos a ERE, tomando en

cuenta, como es sabido, un periodo de referencia de 90 días, y un número máximo de trabajadores en función de la dimensión de la empresa. Respetando esos umbrales el despido es posible aún en el caso de supresión de todos los puestos de trabajo y cierre de la empresa. En empresas de hasta 20 trabajadores el art. 52 c) permite desprenderse hasta casi la mitad de la plantilla, solo en las empresas de más de 100 trabajadores el umbral numérico impide reducir más del 10 por ciento de personal. Dada nuestra estructura productiva la operatividad del ERE queda reducida en la práctica a empresas de más de 50 y en especial de más de 100 trabajadores, que dependen el ochenta por ciento del ERE. Los demás despidos objetivos están fuera del control administrativo y se someten a una revisión judicial sobre su causa y forma, teniendo su calificación como procedente, improcedente o nulo.

Pero aún superado ese umbral, la aplicación del régimen previsto en el art. 51.1 ET para la intervención administrativa, queda excluida en los procedimientos concursales. Dentro de la Ley Concursal se ha incluido un subsistema de regulación de los despidos colectivos, que sigue muy de cerca el esquema del art. 51 ET pero con singularidades respecto a las partes que intervienen y a su tramitación, pues el ERE concursal ya no es un expediente administrativo sino judicial y su resolución no es administrativa sino judicial, tras una participación colectiva similar a la del procedimiento ordinario. Lo más significativo de este sistema legal diferenciado de regulación de empleo en el procedimiento concursal es la falta de resolución administrativa del ERE. Este expediente se ha de tramitar ante el juez del concurso, al que corresponderá resolverlo excluyendo la competencia de la autoridad laboral y del juez de lo contencioso administrativo o el de lo social. El juez de lo mercantil ocupa el lugar de la autoridad laboral en la autorización de los despidos que es “una resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal” (art. 208, 1, 1, a) LGSS). No obstante la Ley Concursal prevé que el Juez del concurso solicite “un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado”, que habrá de tenerse en cuenta al adoptar la correspondiente resolución” (art. 64.6, 2 Ley Concursal). A diferencia del ERE administrativo ese informe se solicita finalizado el plazo de consultas y no lo lleva a cabo la Inspección de Trabajo sino la autoridad laboral competente.

4. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Podemos entrar ya en el campo propio y limitado del ERE, cuyo marco legal es el art. 51 ET. No obstante ha de recordarse que el art. 85 ET, reconoce la competencia del convenio colectivo para establecer procedimientos para

resolver las controversias surgidas en los ERE y para “articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos colectivos en el ámbito correspondiente”. Esta última competencia, introducida en la reforma de 1997, ha de ejercerse respetando en sus líneas esenciales del marco legal y reglamentario y en especial las competencias administrativas. La práctica negocial hasta ahora no ha sido muy rica y ha operado unas veces en sentido negativo, como compromisos de no acudir a ERE, en otros casos se han determinado indemnizaciones, criterios de selección de trabajadores, compromisos de recolocación, etc., sin incidir sustancialmente en el margen de decisión de la Administración.

En el ERE, la autonomía colectiva juega un importante papel que opera fundamentalmente a través de derechos de consulta, información y negociación de la representación de los trabajadores, también como posible solución alternativa a la heteronomía pública. El ERE incluye, como es sabido, una fase preceptiva de consulta con la representación de los trabajadores que incluye un deber de negociar de buena fe y que supone una procedimentalización del ejercicio del poder empresarial de despido. El carácter coetáneo y masivo de los despidos y el basarse en una causa común inherente a las necesidades de la empresa, le ha dado una dimensión colectiva, no solo cuantitativa, sino con un valor cualitativo; el despido trasciende de los despedidos, de sus contratos de trabajo, y de los intereses de las partes concretas afectadas, incide en intereses colectivos no siempre homogéneos y sobre los que la representación de los trabajadores han de buscar un difícil punto de equilibrio en el momento del control colectivo de la decisión. Esa dimensión colectiva explica e, incluso, justifica la intervención de los representantes de los trabajadores, impuesta, además, por el Derecho Comunitario, y que responde a finalidades que van más allá del mero control de la causa de despido.

Esa consulta incluye un suministro de información, de puesta en conocimiento de los hechos que justifican la existencia de la causa económica, en el sentido amplio del término, para justificar las medidas de despido. El ERE tiene por objeto principal probar la existencia de la causa alegada y la idoneidad de los despidos proyectados para contribuir a superarla. Por ello, la solicitud a la autoridad laboral y la simultánea apertura del período de consultas en cada centro de trabajo, deberán acompañarse de toda la documentación necesaria “para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar” (art. 51). El desarrollo reglamentario exige acompañar como documentación mínima, la memoria explicativa documentada de las causas del proyecto de despido colectivo, el número y categoría de los trabajadores que vayan a ser afectados, los criterios que se tendrán en cuenta para su designación, y el período a lo largo del que está previsto efectuar las extinciones contractuales, y un plan de acompañamiento social, en empresas de cincuenta o más trabajadores. En la consulta se deberán examinar por la repre-

sentación de los trabajadores las causas motivadoras del expediente y las posibilidades de evitar o reducir sus efectos y sobre “cuantas soluciones procedan para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados y posibilitar la continuidad del proyecto empresarial”. Es una consulta con vistas a una posible negociación, que ofrece ocasión de negociar las medidas empresariales en proyecto. Como en toda negociación se podrán formular propuestas y contrapropuestas que deberán tender a la búsqueda de soluciones al problema tratando de evitar en lo posible consecuencias negativas para los trabajadores.

En esas negociaciones se entrecruzan dos planos. Primero el plano de la realidad y suficiencia de las causas alegadas; el despido colectivo se somete rigurosamente al principio de causalidad, y se ha de constatar la existencia de la causa y la proporcionalidad de la medida de reestructuración de la plantilla con pérdida de empleos. En segundo lugar, el plano de las medidas sociales de acompañamiento a las medidas de reestructuración a favor de los trabajadores afectados por la reestructuración (p.ej. medidas laborales relativas al reparto interno del trabajo y a la reorganización de la jornada, de empleo alternativo, de reocupación en otra empresa, de movilidad geográfica, de políticas activas de formación o readaptación o de protección social, como las jubilaciones anticipadas). Las medidas sociales de acompañamiento, que no son meramente reparadoras, forman parte del objeto de las consultas y suponen una carga empresarial con vistas a la aceptabilidad de los despidos, aunque no cabe ignorar que en esas medidas sociales de acompañamiento la complicidad y el apoyo de los poderes públicos, incluido el INSS o el FOGASA pueden reaparecer para facilitar acuerdos. Como en toda negociación, con un trasfondo de posibles medidas de conflicto no cabe excluir intervenciones públicas tendentes a facilitar el acuerdo. Por otro lado no cabe olvidar que durante ese periodo de consultas se habrá emitido normalmente el Informe de la Inspección de Trabajo sobre las causas motivadoras del expediente que aunque tenga por objetivo facilitar la resolución de la autoridad administrativa y el posterior control judicial de la autorización es un elemento relevante que debe influir en el resultado negocial del periodo de consultas.

El art. 51 ET establece que la finalidad de la consulta es posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, y también un vehículo para lograr ese objetivo con el menor sacrificio laboral posible, pero dando primacía a esa viabilidad y permanencia de la empresa sobre el interés de los trabajadores a la conservación de puestos de trabajo. Prevalece el interés del mantenimiento de un tejido productivo eficiente al del mantenimiento de empleos redundantes, aunque no debe olvidarse que el expediente puede estar dirigido no al salvamento de la empresa sino a su liquidación extraconcursal. La consulta y del eventual acuerdo aseguran un control colectivo preventivo de la reducción de empleos, que puede condicionar y mediatizar el ejercicio del poder de despido,

que continua siendo un poder unilateral frente al cual el control colectivo no opera como posible veto pero sí puede facilitar su ejercicio. En caso de lograrse un acuerdo “la autoridad laboral procederá a dictar resolución autorizando los despidos” (art. 51, 5 ET), sin perjuicio de la posible y excepcional impugnación judicial.

El acuerdo es vinculante, excluye un margen de decisión heteronómo, y reduce sensiblemente el protagonismo de la autoridad laboral. En el año 2007, de 2319 ERE de extinción de contratos, 2190 terminaron con acuerdo, resolviéndose administrativamente sólo 120 expedientes, que han afectado únicamente a 1.354 trabajadores, sobre los que ha operado realmente el control administrativo (alrededor de un 1'5 % de la totalidad de los despidos). El legislador ha favorecido la gestión colectiva de las reestructuración y concede a las partes un amplio espacio negocial limitado haciendo que la intervención pública opere materialmente sólo a falta de acuerdo. De todo lo anterior cabe deducir que el problema central de la reforma de la regulación de despido no es ya cuantitativamente la aceptación o eliminación del control administrativo de esos despidos. Lo que lleva la cuestión al significado cualitativo de ese control.

Antes de entrar en el análisis de ese control administrativo, cabe abrir un breve paréntesis sobre la dialéctica individual y colectivo, en los acuerdos sobre despidos colectivos, en el seno de los expedientes de regulación de empleo. La autonomía colectiva, en cuanto opera sobre los contratos individuales y los vincula, aparece frente a ellos como una decisión heterónoma. Lo que llamamos despidos colectivos no son tales, sino sólo por el número de afectados, suponen actos de despido distintos y diferenciados. La homologación preceptiva por la autoridad laboral del acuerdo logrado con los representantes de los trabajadores permite al empresario acordar legítimamente esos diversos despidos con las consecuencias correspondientes.

La imprecisión normativa existente sobre los criterios de selección de los despidos, puede dar al empresario un amplio margen de elección y su cuestionamiento es un momento decisivo si no el único para defender al trabajador individual. Ese acuerdo favorece a los que se quedan y perjudica a los que se van, pese a las compensaciones económicas que reciban pierden su empleo, a veces definitivamente y en ello los intereses de unos y otros trabajadores pueden estar en abierto conflicto. Nuestro sistema sacrifica en estos casos el interés individual del trabajador singular cuya capacidad de defensa individualizada frente a la actuación colectiva queda sustancialmente limitada. Ha recordado LUCA TAMAJO, que el control sindical de los procesos de decisión empresarial de reorganización del proceso productivo, incluye derechos de información, consulta y negociación, que permiten a la representación de los trabajadores conocer los términos y las modalidades del proyecto empresarial e interferirse en él, incluso con acciones de presión o autotutela, pero ese control,

hace que las garantías individuales pierdan centralidad respecto las tutelas procedimentales colectivas y limitar la posibilidad del trabajador individual de hacer valer en vía autónoma sus propios derechos individuales, incluso frente al grupo, para cuestionar el contenido de acuerdos “concesivos” al aceptar extinciones del contrato de trabajo y que someten al trabajador individual con sacrificio de su autonomía individual.

En el ERE se favorece, en línea con el legislador comunitario, la dimensión colectiva y las técnicas de tutela colectiva, lo que ha permitido una supremacía de la autonomía colectiva sobre la autonomía individual, sacrificando legítimos intereses individuales al dar mayor valor a los intereses e instrumentos colectivos, a través de los cuales se defienden los intereses del conjunto de trabajadores. Este es un tema que incide también en la autorización administrativa, pero que no se resuelve con su supresión, como medida que afecta a un colectivo o grupo, el tratamiento del despido colectivo y el de su control deben atender primariamente a la dimensión colectiva, y la dimensión individual reaparece fundamentalmente en el tema, no bien resuelto entre nosotros, de la elección empresarial de los trabajadores a despedir.

Pero volvamos al control administrativo. Este control es cualitativamente diverso del poder sindical; el marco legal y su interpretación judicial han tratado de asegurar una decisión administrativa ponderada y equilibrada, sometida a requisitos estrictos de motivación y controlable judicialmente, imponiendo un informe técnico a cargo de la Inspección de Trabajo como garantía de objetividad haciendo del control administrativo un control casi judicial eminentemente jurídico lo que ha permitido recuperar los aspectos negociales del acto de despido, diluido hasta hace poco en el marco del procedimiento de extinción colectiva de los contratos de trabajo y reducir notablemente la anterior discrecionalidad administrativa, que no había servido de factor de flexibilidad sino de rigidez.

El proceso de objetivación de la causa de despido colectivo ha estado influido por el proceso paralelo de objetivación y especificación del despido previsto en el artº 52 c) ET que en las reformas de 1994 y 1997 ha tratado de ampliar las posibilidades del despido individual por necesidades de la empresa como instrumentos de una gestión productiva de la empresa, abriendo esta vía, poco transitada, de despido individual con el propósito declarado de asegurar la pervivencia de la empresa y su competitividad.

La nueva redacción de esta causa de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y su interpretación por la jurisdicción social ha influido mucho en la interpretación por los tribunales de lo contencioso administrativo de las causas del art. 51 ET, confirmando la identidad de causas al margen del diferente régimen jurídico aplicable por el número de trabajadores afectados. Ello ha hecho difícil una distinta interpreta-

ción y aplicación judicial y administrativa del alcance de esas causas al revisar el motivo empresarial alegado y probado, desde el análisis de la situación de la empresa y de las consecuencias que los despidos pueden tener en el funcionamiento de la empresa, en relación con el mercado, la evolución de la demanda y la mejor organización de los recursos humanos y al tener en cuenta la posición de los trabajadores. Así por ejemplo, la STS de la Sala 3^a de 12 septiembre de 2008 cita al aplicar el art. 51 la jurisprudencia social sobre el art. 52, c) ET, o la STS Sala 4^a de 12 de junio de 2008 sobre la base de los arts. 51 y 52 c) llega a la conclusión de que basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para estimar que la supresión de de puestos de trabajo contribuye a superar la situación de crisis económica sin que la empresa tenga la carga de probar la suficiencia de la medida para superar la crisis, ni que adoptaba otras medidas que garantizaban la superación de la crisis.

El legislador ha sujetado el despido colectivo, en caso de falta de acuerdo colectivo, a un control administrativo de fondo sobre la seriedad y corrección de las razones alegadas por el empresario para justificar los despidos proyectados; las exigencias de la empresa operan como justa causa que las legitima y justifica, habiendo de comprobar el órgano administrativo si las mismas pueden contribuir a mejorar la situación de la empresa, a recuperar o mantener su eficacia productiva o si, incluso, la organización productiva ha de desaparecer. La exigencia legal de acreditación objetiva de la causa en este despido supone positivamente suficiencia, actualidad y realidad, y negativamente, eliminar arbitrio, caprichos o posiciones subjetivas. El estándar de referencia es lo que razonablemente cualquier “buen empresario” haría en el caso, teniendo en cuenta también que nuestro legislador ha tratado de minimizar los costos sociales de estos despidos a través de la exigencia de indemnización y de la cobertura del desempleo y de medidas sociales de acompañamiento.

Como ha afirmado la jurisprudencia, el expediente de regulación de empleo es un mecanismo de control causal encaminado a evidenciar si concurre realmente la causa alegada por el empresario. La autoridad administrativa, contando con el valioso informe de la Inspección de Trabajo, ha de controlar, pues, la seriedad de las razones alegadas, y valorar la existencia de nexo causal entre la decisión organizativa y los despidos verificando la racionalidad de la decisión empresarial de acuerdo a reglas de experiencia o de normalidad técnico-organizativa sin sustituir el margen de discrecionalidad del empresario en el diseño de lo que estime más adecuado de su organización y de los recursos necesarios para ello. A este respecto, la STS de 26 de mayo de 2003 destaca cómo en el ERE confluyen elementos de trascendental importancia, vinculados a derechos individuales y a las posibilidades de supervivencia de la empresa y que, por ello se mantiene el sistema de intervención administrativa, aunque flexibilizado al considerarse bastante la proporcionalidad de la extinción colec-

tiva de contratos de trabajo, cuando resulta idónea para superar la situación de crisis y hacer viable en su caso la continuidad de la empresa. La interiorización y contractualización del interés organizativo en la estructura negocial ha evitado restricciones desproporcionadas frente al despido por interés económico-productivo, examinando su razonabilidad, racionalidad, congruencia y proporcionalidad aunque ello ha generado una cierta traslación de riesgos al trabajador, que se trata de compensar mediante indemnizaciones a cargo del empresario y prestaciones sociales y políticas públicas activas de empleo. Por eso, se prevé que simultáneamente al despido se habrá de abonar a los trabajadores la indemnización legalmente prevista, o la mejorada por acuerdos colectivos individuales.

El punto de equilibrio entre la tutela de trabajo y la libertad de empresa está en la exigencia de razonabilidad, racionalidad, congruencia y proporcionalidad de los despidos en relación con la causa alegada, debiendo comprobar la Administración si el mismo se corresponde y contribuye previsiblemente a superar la problemática y propósito empresarial que se configura como causa que lo justifique, sea ésta económica, técnica u organizativa, en la medida que la circularidad de estos conceptos permita establecer distinciones claras entre ellos.

No basta, pues, alegar y probar una causa objetiva, vinculada a las circunstancias de la empresa, ésta ha de tener entidad e importancia como para justificar el despido, como medida razonable, ponderada (en función también de la adecuada toma en cuenta de los intereses del trabajador), y proporcionada, no siendo factible una alternativa menos dolorosa. El despido, aparece como “inevitable”, pero en cuanto meramente proporcionado ya no es “ultima ratio”. Según la STS de 21 de abril de 2005

“La intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo tiene por objeto... que los despidos colectivos se produzcan con un control previo en defensa de los intereses generales que pueden resultar afectados, entre ellos, los intereses de los trabajadores, también la competitividad empresarial, costes económicos de los procesos de reestructuración o ajuste de plantilla. Se sujetan los poderes empresariales a la existencia de causas justificativas previstas legalmente, sin que la necesaria autorización pueda desligarse de su condición causal... La Administración, al otorgar o denegar ha de confrontar la solicitud empresarial con las causas legales con independencia de la complejidad material o técnica de esa confrontación y de las dificultades que supone la valoración que la Administración debe hacer de la concurrencia de las causas legales atendiendo a los fines previstos por el legislador. Y con independencia, asimismo, de los posibles intereses enfrentados de los trabajadores en la tramitación del procedimiento administrativo”.

De lo anterior se deduce que el control de la Administración se ha restringido sensiblemente por obra de la jurisprudencia, convirtiéndolo en “un proce-

dimiento de verificación... de carácter reglado”, sin que (las Administraciones) dispongan de facultades discrecionales que les permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las previsiones causales establecidas por el legislador”. La Administración laboral carece de un margen de discrecionalidad ni puede oponerse a los despidos si existen causas legales, ni puede buscar soluciones intermedias para conciliar los intereses en contraste. Para nuestro Tribunal Supremo se ha de limitar a comprobar si concurren las causas legales, y no puede denegar la autorización “si se aprecia la concurrencia de una causa legal a la que se anuda la procedencia de la regulación de empleo” (STS 12 de septiembre de 2008). La autorización administrativa no puede denegarse si quedan evidenciadas suficientemente las causas y como todo acto reglado está sometido a una revisión judicial plena. Sin embargo, el informe técnico de la Inspección de Trabajo incorporado preceptivamente al expediente, puede ser decisivo no sólo para la resolución de la Administración, en cuanto que goza de presunción de veracidad sobre la realidad de la situación negativa de la empresa y la contribución de las medidas empresariales propuestas para su superación. Pero aquí ya no se está ante una fase decisoria sino ante una función administrativa de consulta técnica a través de un informe que procesalmente podía calificarse de “pericial”.

La jurisprudencia contencioso administrativa más reciente tiende a excluir del contenido de la autorización administrativa la fijación de indemnizaciones, teniendo en cuenta, además, la competencia del orden social de la jurisdicción para exigir y determinar el abono de esa indemnización a la que no se condiciona el efecto del despido, siguiendo una larga tradición de que la falta de abono o la determinación del importe de la indemnización es competencia de la jurisdicción de trabajo (STS 9 de abril de 1990), en un proceso laboral ordinario, como una reclamación de cantidad y no como una demanda de despido. No obstante, al homologar el acuerdo colectivo, la Administración homologa también la cuantía superior indemnizatoria que pueda establecerse en ese acuerdo. Lo que la Administración no puede es por sí misma ampliar esa cuantía más allá de los mínimos legales.

Un problema más complejo es el de la necesidad de incorporar o no la relación de los trabajadores afectados por la extinción, o si basta establecer criterios cuantitativos y cualitativos para su determinación, correspondiendo al empresario, en principio, la selección de los trabajadores afectados por las extinciones (STS 4 de mayo de 2004), respetando así las reservas legales establecidas y evitando medidas discriminatorias.

La tendencia dominante hoy es que la autorización administrativa no tiene por qué contener una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino únicamente de los criterios aprobados para adoptar la determi-

nación correspondiente. “Si la Administración se limita a homologar el acuerdo extintivo pactado y sus criterios de afectación individual, sin integrar en tal resolución la determinación de las personas que deban ser incluidas en la extinción de la relación laboral, bien por su designación nominal, bien por referencia a una condición, cualidad o circunstancia que prácticamente equivalga a esa determinación, únicamente cabrá impugnar la resolución de aprobación del expediente por la vía contencioso-administrativa, bien sea alegando la vulneración de los requisitos formales a seguir en la tramitación del mismo, la falta de legitimación negociadora de las partes firmantes del acuerdo, o la falta de las razones tecnológicas, económicas, organizativas o de producción que sirvan de justificación al despido colectivo” (STS de 12 de febrero de 2003).

La selección de los trabajadores a despedir, cuando no se establece en el acuerdo o en la autorización administrativa la lista concreta de los trabajadores afectados plantea conflictos que han de ser resueltos en vía administrativa. Ante la falta de claridad legal sobre cual sea el órgano judicial competente para conocer sobre esa selección, se ha llegado por parte de los Tribunales a un reparto competencial algo salomónico. El conocimiento por la jurisdicción laboral o administrativa no depende del tema mismo, esa selección, sino del contenido de la resolución administrativa, de modo que las cuestiones relativas a la selección o inclusión de los trabajadores afectados por los despidos sólo pertenece al orden contencioso administrativo cuando la lista de trabajadores afectados se incluya en la autorización administrativa, toda cuestión fuera de esa resolución administrativa será competencia del orden social de la jurisdicción “puesto que no se haya incluido dentro de la parcela reservada a la Administración” (BLASCO PELLICER). Por eso, corresponde a la jurisdicción social conocer de las demandas de despido de las personas concretas elegidas dentro del número determinado dentro de la cifra máxima establecida en la resolución administrativa, y ateniéndose a los criterios de aceptación establecidos en su caso, cuyo respeto es responsabilidad del empresario pero que ha de ser exigido ante los tribunales del orden social. Esa dualidad de órdenes jurisdiccionales también ha generado también un proceso progresivo de reducción del espacio de decisión de la autoridad laboral y una ampliación del margen de decisión empresarial, aunque sometido al control de la jurisdicción social.

Con ello queda definitivamente claro que la autorización administrativa no extingue por sí misma los contratos de trabajo, se limita a autorizar al empresario para extinguirlos, y que es necesario un ulterior acto de despido. La tesis dominante hoy, tanto en la jurisdicción contencioso administrativa como en la social, es la de que “la autorización administrativa no extingue “per se” los contratos laborales, sino que se limita a autorizar al empresario a hacerlo por sí mismo mediante un ulterior acto de carácter ejecutivo, otorgando, por tanto,

una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario” (STS 12 de septiembre de 2008).

En todo este diseño de la intervención decisoria de la Administración, el punto más crítico no está tanto en el alcance muy limitado de esa decisión sino en las disfunciones que ha provocado su revisión judicial posterior y la dualidad de jurisdicciones, la del orden social y la del contencioso administrativo, que intervienen pues se sigue manteniendo, a la espera de la aplazada reforma del art. 3 LPL, una dualidad de órdenes jurisdiccionales competentes en torno a los despidos colectivos, dada la concurrencia de competencias administrativas y laborales

Dado el carácter reglado de la intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo, ya sea para homologar un acuerdo que no puede objetar salvo defectos formales o existencia de fraude, dolo o coacción, ya sea para aceptar una medida de despido colectivo cuando existe y se prueba satisfactoriamente causa que lo justifique. La Administración resuelve por sí misma pocas veces (a diferencia de la intervención de la Inspección de Trabajo) y su función se ha reducido a un control jurídico similar al de un órgano judicial. El grado de heteronomía en esta materia es bastante menos intenso de lo que a primera vista resulta en un diagnóstico frecuente sobre el exceso de rigidez y de intervencionismo administrativo en las reestructuraciones de empresa.

No cambiarían muchas las cosas si el art. 51 estableciera, a falta de acuerdo colectivo en el ERE, la remisión del asunto al órgano judicial, que habría de ser el juez de lo social que asumiría la función que hoy le corresponde en los despidos objetivos de menor dimensión, y que ya tiene asignada el juez concursal. O se impone esta solución judicial directa, que solo puede ser de la jurisdicción social, o se resuelven de una vez los problemas del control judicial ex post de los despidos colectivos autorizados.

Por un lado, los acuerdos en el período de consulta han de ser impugnados ante la jurisdicción social, por eso se ha cuestionado la virtualidad de la homologación administrativa de esos acuerdos que reflejan materialmente pactos extintivos (DESDENTADO), y en los que en la vía judicial laboral puede ejercerse un control adecuado y, posiblemente, con mejor conocimiento del papel propio de la autonomía colectiva. De ser así esto, la autorización administrativa sólo operaría en los casos de falta de acuerdo.

En relación con esa autorización en sentido estricto el orden jurisdiccional competente es el contencioso administrativo, con la función propia revisora de esta jurisdicción, que habrá de examinar si se han cumplido los requisitos procedimentales, pero que también examina la existencia de la causa alegada y su congruencia con la medida empresarial. En este tema ha habido una evolución jurisprudencial paralela a la evolución normativa que ha acentuado la

intensidad del control judicial sobre la decisión administrativa a partir de la calificación de ésta como acto reglado, partiendo primero de la idea de error manifiesto, para luego, llegar a entrar en una nueva valoración jurídica de la causa que ha llevado a anular resoluciones administrativas que han afectado siempre ya a contratos de trabajo extinguidos, y han generado problemas muy complejos, en parte irresolubles sobre los efectos de esa anulación sobre los despidos ya consumados al ser ejecutivas las resoluciones administrativas correspondientes, y alargarse mucho en el tiempo el proceso contencioso administrativo y sus distintas fases, sin que la sentencia judicial resuelva sobre las consecuencias esa anulación en los despidos ya realizados materia, relativa a actos privados ulteriores a la autorización administrativa y que se considera propia de la jurisdicción social. Ésta viene decidiendo que esa anulación de la autorización supone la pérdida de efectos de esos despidos como si los correspondientes contratos de trabajo no se hubieran extinguido y continúan vigentes con el correspondiente derecho del trabajador a reincorporarse al trabajo con las condiciones laborales precedentes, haciéndose equivalente la no readmisión a un despido (bien entendido que, según la doctrina de duplicación, ese despido se genera por la no readmisión y no meramente por la anulación de la autorización). Ello supone volver las cosas a como estaban antes del inicio del expediente de regulación de empleo, varios años después, y, aunque el legislador ha tratado de reducir los efectos *ex tunc* de esta pérdida de efectos del despido, al no reconocer el derecho a los salarios de tramitación, el empresario afectado por esa anulación tendrá o que mantener esos puestos de trabajo que trató de eliminar o proceder de nuevo a los despidos, teniendo en cuenta que no puede alegar ya como causa de despido colectivo la causa que hubiera rechazado la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las consecuencias de esa anulación posterior de la autorización administrativa son considerables para la empresa afectada, que, incluso, ha tratado de imputar a la responsabilidad patrimonial de la Administración el coste económico de esas consecuencias. En todo caso, de esa problemática judicial en relación con la autorización administrativa, en buena parte derivada de la reforma de los despidos objetivos iniciada en 1994, deriva que puedan cuestionarse seriamente las ventajas de una intervención administrativa, que es previa pero no alternativa a la intervención judicial. Es claro que, como los despidos han de ser justificados han de someterse a “mecanismos de control de la existencia o cumplimiento del elemento causal de la extinción, sean éstos administrativos y previos o judiciales y (también previos o) posteriores” (CASAS BAAMONDE). La Directiva comunitaria sobre despidos colectivos se refiere a procedimientos y/o jurisdiccionales, es neutra sobre el mantenimiento o la eliminación de la autorización administrativa, pero esa neutralidad en parte refleja la indiferencia del autor del control si ese control se reduce a la legiti-

midad de la decisión empresarial, en relación con la apreciación de la existencia de una causa de despido. Hay una cierta incongruencia en la jurisprudencia contencioso administrativa cuando, por un lado, justifica la intervención administrativa por razón de los intereses en juego y, luego, al apreciar la causalidad del despido opera en una perspectiva de racionalidad y proporcionalidad en la que entra en juego, ante todo, la existencia de un efectivo interés empresarial que es objeto de especial tutela. La defensa de los intereses generales en razón de su dimensión colectiva es la que ha venido legitimando la intervención administrativa, pero si esos intereses generales se desdibujan o marginan, al reconocerse un derecho de despedir cuando exista justa causa, y si se eliminan facultades discrecionales de la Administración, la razón de ser de esa intervención se reduce, al centrarse en el control de la existencia efectiva de las causas legales, que supone un control limitado de la salvaguardia de los intereses y de los derechos de los trabajadores.

De todo lo anterior se deduce, por un lado, que el régimen de autorización administrativa como tal tiene más un valor simbólico que real en la regulación legal del despido y su posible reforma, una vez que se determina la causalidad del despido colectivo y su necesario control, a lo que se subordina estrictamente ese control administrativo, a su vez rigurosamente controlado por los jueces que, por otro lado, progresivamente están reduciendo su anterior riguroso control sobre las decisiones empresariales, al haberse flexibilizado la definición de las causas de los despidos objetivos en el plano individual y como reflejo en el plano colectivo.

La cuestión está muy relacionada con la posible reforma del régimen de despido que ocupa el centro del debate actual sobre la flexiguridad que ha iniciado el Libro Verde de la Comisión sobre la Modernización del Derecho del Trabajo, que propicia reformas en los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo, para adecuarlos a los cambios tecnológicos, económicos, demográfico organizativos y culturales, que habrán de afectar al régimen jurídico del despido, consistentes en “una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo”.

La conclusión es, por un lado, que la autorización administrativa, en cuanto homologación del acuerdo colectivo, no tiene hoy fundamento sólido, y, por otro lado, que el mantenimiento de la autorización administrativa a falta de acuerdo podría justificarse pero no es un elemento necesario al sistema, dada la progresiva judicialización del control de las causas de despido. En todo caso, de mantenerse, habría de revisarse el régimen actual de competencia judicial compartida, restableciendo la vigencia del art. 3.2 LPL.

Se postulan hoy como elemento central de la modernización del Derecho del Trabajo cambios en la regulación del despido, renunciando a asegurar la estabi-

alidad en el puesto de trabajo para establecer un régimen de despido más abierto y flexible, compensado con medidas de protección social y políticas activas de empleo que ofrezcan al trabajador mayor seguridad en el mercado y más facilidad de encontrar nuevos empleos. El Libro Verde de la Comisión sobre esa modernización se refiere a un reajuste de las causas, de sus costes y de los instrumentos de control, para facilitar una gestión más eficaz de las empresas y su adaptación a las necesidades de sistemas productivos más dinámicos, abiertos y competitivos. Los despidos colectivos ya no obedecen a sólo situaciones de dificultades o desequilibrios económicos ello ha dado lugar a una noción más amplia del motivo económico y a mecanismos de control alternativos, a los que se refiere el art. 85 ET.

La noción de flexiguridad podría servir para superar la lógica individualista compensatoria, de la indemnización del despido, que no asegura ni facilita la pronta vuelta al trabajo, y asegurar un acompañamiento del trabajador en las “transiciones” con prestaciones sociales más generosas y políticas activas más eficaces, evitando las consecuencias dramáticas de la pérdida de empleo. Introducir más racionalidad en el sistema de despido sólo será posible si se acompaña de mecanismos de seguridad “profesional” en el mercado, lo cual es muy costoso y nada fácil dada las rigideces existentes no tanto en el régimen de despido sino en la falta de dinámica de nuestro mercado de trabajo, en la que el despido aparece como el principal si no único instrumento de reestructuración.

La mayor flexiguridad debería afectar no a la exigencia de causa razonable para el despido, sino, sobre todo, a la distribución social de las consecuencias de los costes del despido mediante una mayor protección en el mercado de trabajo, facilitando su acceso a él, favoreciendo transiciones y adoptando instrumentos de formación permanente, impidiendo el deterioro profesional del trabajador desempleado o la ruptura de carreras asegurando mecanismos adecuados de cobertura social de la situación de desempleo, pero evitando que los mismos desanimen la vuelta al trabajo.

Estas medidas son en su mayor parte externas al Derecho del Trabajo y al régimen jurídico del despido; se trata de modernizar la protección social, la formación profesional, las políticas activas de empleo y la transparencia del mercado de trabajo, todas ellas pueden facilitar un funcionamiento más satisfactorio de la protección legal contra el despido, pero suponen también una transformación del papel de la Administración Laboral menos de policía y de control y mucho más proactiva con intervenciones en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales, lo cual podría facilitarse quizá con la supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos, que podría facilitar un mayor dinamismo y libertad de acción de la Administración laboral y una mejor coordinación con las demás Administraciones implicadas al ya no ser juez pudiendo ser parte activa también como mediador en el procedimiento de consulta.

