



## DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

### TRABAJADORES AFECTADOS POR EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO: ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA IMPUGNACIÓN

*STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 12 de febrero de 2003*

ASUNCIÓN GARCÍA-NEBLE NEBLE \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Sentencia del Tribunal Supremo, resolviendo el recurso de casación núm. 9510/1997 interpuesto por tres trabajadores contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de julio de 1997, procede a estimar el referido recurso, casando y anulando, en consecuencia, la sentencia de instancia, que, a su vez, había sido desestimatoria del recurso deducido contra la Resolución del Ministro de Trabajo y Seguridad Social de 26 de abril de 1994, por la que se desestimaba el recurso de alzada contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 1993 homologatoria de un acuerdo sobre regulación de empleo.

**RESUMEN:** En el supuesto contenido en los autos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de julio de 1997 (recurso núm. 1151/1994) dicta sentencia desestimatoria del recurso planteado por tres trabajadores, afectados por la extinción de sus contratos, contra la Resolución del Ministro de Trabajo y Seguridad Social de 26 de abril de 1994 confirmatoria de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 1993 por la que se aprobaba el acuerdo de regulación de empleo suscrito entre la empresa y los representantes de los trabajadores, ratificando, en consecuencia, la extinción de *hasta 435* contratos de trabajo, tal y como se reflejaba en el referido acuerdo.

\* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En la demanda presentada ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los actores, reproduciendo las pretensiones contenidas en el recurso de alzada ante el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, solicitan que se declare la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento del asunto con inhibición a favor del social y, subsidiariamente, el reconocimiento del derecho de los mismos a permanecer en sus puestos de trabajo.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia, desestimando las pretensiones contenidas en el recurso, asume la competencia sobre el asunto planteado y resuelve, en consecuencia, sobre las peticiones de fondo de los actores en orden a su desafectación del expediente de regulación de empleo que, subsidiariamente, se articulan, aunque las mismas son rechazadas.

Planteado recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Supremo, finalmente, estima el recurso, declarando la incompetencia del orden contencioso-administrativo para conocer del asunto y *dejando a salvo el derecho de los interesados para ejercitar sus pretensiones* ante el orden jurisdiccional social.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. POTESTAD DEL EMPRESARIO DE SELECCIONAR A LOS TRABAJADORES AFECTADOS
3. LÍMITES AL PODER ORGANIZATIVO DEL EMPRESARIO
4. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE
5. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La resolución de la autoridad administrativa laboral, origen del procedimiento, se limitaba a aprobar el acuerdo suscrito entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, siendo esta última, en base a los criterios generales contenidos en el referido pacto, la que individualizó y concretó los trabajadores afectados por el despido, entre los que se encontraban los recurrentes, resolviendo, en consecuencia, las relaciones contractuales que mantenía con los mismos.

Es, pues, la empresa la que, una vez homologado el acuerdo por la Dirección General de Trabajo, elaboró la lista definitiva de trabajadores afectados por las extinciones, cuya indebida inclusión se postula por los actores.

Se parte de la base, en consecuencia, de una decisión empresarial en virtud de la cual se procede a seleccionar los concretos trabajadores afectados por el procedimiento, siendo aquella decisión selectiva el punto de referencia para determinar el orden jurisdiccional competente, como se analiza *infra*.

## 2. POTESTAD DEL EMPRESARIO DE SELECCIONAR A LOS TRABAJADORES AFECTADOS

No cabe duda que, dejando a salvo la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores<sup>1</sup> y la posible regulación de las preferencias en la empresa a través de la negociación colectiva<sup>2</sup>, supuestos no existentes en los autos comentados, *la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario*<sup>3</sup>, opinión mantenida, asimismo, por la doctrina científica<sup>4</sup> y que es coherente con lo

<sup>1</sup> Contenida tanto en los arts. 51.7 y 68 b) TRLET como en el art. 10.3, párrafo primero LOLS. No obstante, y obviamente, el derecho a la prioridad de permanencia existe sólo en el supuesto de reducción de plantilla o *crisis parcial* [expresión de ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9.ª edición revisada, Madrid (Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho), 1985, pág. 341], ya que, como ha indicado APARICIO TOVAR, J.: «Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato», AA.VV.: *Estudios sobre el despido*. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo, Madrid (Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones), 1996, pág. 286, a través de la mencionada garantía, *se trata de proteger que los representantes elegidos puedan seguir desarrollando sus funciones representativas en el caso de que en la empresa continúe habiendo actividad, para lo cual al representante se le otorga por ley una mayor estabilidad en el puesto de trabajo*. Sobre un supuesto de afectación de representantes legales de los trabajadores por expediente de regulación de empleo, permaneciendo en la empresa operarios no representativos, aun habiendo mediado al respecto autorización administrativa —recaída en alzada—, se pronuncia la STCo 191/1996, de 26 de noviembre (AS 191), asimismo citada por la STS (CA) de 6 de mayo de 2003 [RJ 2003/3744 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)], declarando nulos los despidos efectuados por violación del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido *ex art.* 28.1 de la Constitución [hay que aclarar que la mencionada sentencia viene referida a los arts. 51.9 y 68 b) LET'80, siendo su doctrina de aplicación a los arts. 51.7 y 68 b) TRLET, dada la similitud de sus contenidos].

<sup>2</sup> STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69) que, aunque referida a las preferencias de los representantes *ex art.* 52 c), puede ser de aplicación a la materia analizada.

<sup>3</sup> En este sentido, STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69), aunque debiéndose aclarar que, si en el periodo de consultas se ha alcanzado acuerdo y éste concreta los trabajadores afectados, el empresario sólo estaría facultado para despedir a los señalados como afectados en el pacto alcanzado [*vid.* DEL REY GUANTER, S.: «Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)», AA.VV.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (*La Ley*, Monografías), 1.994, pág. 205 y AGUILAR GONZÁLEZ, M.C. y PÉREZ DEL RÍO, T.: «El periodo de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales», AA.VV.: *Los despidos por causas económicas y empresariales* (Coordinador: JESÚS CRUZ VILLALÓN), Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz), Madrid (Tecnos), 1996, pág. 144].

<sup>4</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales* (Director: EFRÉN BORRAJO DACRUZ), *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Madrid (Edersa), 1994, pág. 174. En el mismo sentido, MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de la im-

señalado en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio<sup>5</sup>, cuyo inciso v) del artículo 2.3,b)<sup>6</sup> alude<sup>7</sup> a la posibilidad de que las legislaciones nacionales confieran al empresario competencias *para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos*<sup>8</sup>. Precisamente por ello el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero<sup>9</sup>, cuando alude<sup>10</sup> al contenido mínimo de la *solicitud de iniciación* del procedimiento, hace referencia, entre otros extremos, a la consignación por el empresario de los *criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados*<sup>11</sup>.

### 3. LÍMITES AL PODER ORGANIZATIVO DEL EMPRESARIO

Con independencia de las afirmaciones anteriores, la decisión del empresario, en la materia analizada, y como indica la doctrina legal, *será revisable* por el órgano judicial en los supuestos en los que *resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando aquélla se realice por móviles discriminatorios*<sup>12</sup>, vulnerando los artículos 14 de la Constitución y 17 del

pugnación de acuerdo por el que se aprueba convenio de regulación de empleo cuando se proyecta sobre trabajadores determinados», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 67, Sevilla (Junta de Andalucía, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico), 2002, pág. 270 y SAIZ DE MARCO, I.: «La impugnación de la inclusión de trabajadores en el despido colectivo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 632, Pamplona (Editorial Aranzadi, S.A.), 2004 [BIB 2004/763, pág. 6 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)].

<sup>5</sup> *Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos* (DOCE, 12 de agosto).

<sup>6</sup> Apartado referido al contenido de la comunicación que el empresario debe dirigir a los representantes de los trabajadores *durante el transcurso de las consultas* (art. 2.3, párrafo primero *ab initio*) y a la *autoridad pública competente* (art. 2.3, párrafo último).

<sup>7</sup> Se puede opinar, indirectamente.

<sup>8</sup> Textualmente el mencionado inciso v) hace referencia a «los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido».

<sup>9</sup> Por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

<sup>10</sup> *Ex art. 6.1.*

<sup>11</sup> Apartado b).

<sup>12</sup> Principio de no discriminación al que, asimismo, alude la doctrina científica (*vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.*: «La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal», AA.VV.: *La Reforma del Mercado de Trabajo* (Director: EFRÉN BORRAJO DACRUZ), Madrid (Actualidad Editorial, S.A.), 1993, pág. 807 (citando a RODRÍGUEZ-PIÑERO) y GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», *op. cit.*, pág. 175 (con cita de los dos autores anteriores y de ALBIOL en nota 193).

TRLET<sup>13</sup>, preceptos<sup>14</sup> que prohíben las diferencias de trato basadas en ciertas circunstancias o razones específicas<sup>15</sup>.

De otro lado, como ha indicado la doctrina científica, *el acto extintivo empresarial discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales de los trabajadores es nulo cualquiera que sea el tipo de despido, por lo que el despido colectivo, aunque exista autorización administrativa, será nulo si está movido por un propósito discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental o si, con independencia de ese propósito, produce tales resultados*<sup>16</sup>. En consecuencia, no es necesario que exista una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación o violación de derechos fundamentales sino que basta su aparición como hecho objetivo<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69), citada *supra*. No obstante, hay que tener en cuenta que en la configuración del concepto de discriminación se debe poner el acento tanto en las causas o razones de diferenciación como en el resultado de ésta, que supondría colocar en una situación efectiva de desfavor a los discriminados (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, I Jornadas de la Facultad de Derecho, Madrid, 1984, pág. 70), añadiendo el autor que la tutela antidiscriminatoria se dirige no tanto al propio empleador sino a los trabajadores no discriminados favorecidos por esa discriminación, de forma que si, ante una demanda por discriminación, el empresario es condenado, esa condena habrá de afectar al trabajador en cuyo favor se haya dado la discriminación, es decir al trabajador que fue mantenido en el puesto de trabajo, dado que no se puede exigir al empresario que mantenga a los dos trabajadores en sus puestos, lo que plantea (...) dificultades de puesta en práctica que no se solucionan meramente con la declaración de ineficacia de la medida (op. cit. *supra*, pág. 76).

<sup>14</sup> Sobre la aplicación de los mencionados preceptos en el supuesto de que exista acuerdo en el periodo consultivo, *vid.* AGUILAR GONZÁLEZ, M.C. y PÉREZ DEL RÍO, T.: «El período de consultas...», op. cit., pág. 146.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», op. cit., pág. 69, añadiendo el autor que una prohibición de discriminación «a causa de» consiste en impedir tener en cuenta una determinada circunstancia, es decir, el preceptivo «poner entre paréntesis» a aquélla (op. et loc. cit. *supra*).

<sup>16</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: «Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario», *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 24 (diciembre), Madrid (La Ley), 1994, pág. 6, opinión que reitera la autora, con idéntica dicción literal, en «La nulidad del despido y sus efectos», AA.VV.: *Reforma de la Legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García* (Coordinador: LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL), Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.), 1995, págs. 438-439. Asimismo, alude, a idénticos efectos, a la discriminación y vulneración de derechos fundamentales, aunque en referencia concreta al despido colectivo, MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...», op. cit., pág. 271, citando a RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER en nota 63 de la misma página.

<sup>17</sup> ALONSO OLEA (citado por CASAS BAAMONDE en «Irregularidad formal, fraude de ley...», op. cit., pág. 7) y ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE (citados por CASAS BAAMONDE, M.E.: «La nulidad del despido...», op. cit., pág. 439 y nota 27 de la misma página y por APARICIO TOVAR, J.: «Despidos de representante legal...», op. cit., pág. 300 y nota 78 de la misma página).

En conclusión, en el supuesto de que los trabajadores seleccionados por el empresario no ostentaran la cualidad de representantes legales, ni estuvieran establecidas otras preferencias a través de la negociación colectiva, la selección de los afectados por el despido<sup>18</sup> no puede entrañar fraude de ley<sup>19</sup> ni abuso de derecho.

Asimismo, la selección efectuada no puede ser discriminatoria<sup>20</sup>, *entendiéndose que existe discriminación*<sup>21</sup> *cuando las diferencias de trato no tienen una justificación objetiva y razonable*<sup>22</sup>, correspondiendo, en caso contrario, al empresario *probar lo bien fundado y razonable de su decisión, es decir, el carácter no discriminatorio de ésta*<sup>23</sup>.

#### 4. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

La decisión selectiva empresarial, aun habiendo mediado la preceptiva autorización administrativa en el procedimiento, puede ser objeto de revisión por los órganos judiciales, en este caso, los del orden contencioso-administrativo<sup>24</sup>, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal de Conflictos de

<sup>18</sup> Siendo nula la designación *si hubiere estado guiada por un móvil discriminatorio o se hubiere producido con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del afectado* [STSJ de Baleares de 11 de mayo de 1995 (AS 1783), referida a un supuesto de extinción *ex art. 52 c) TRLET* pero de aplicación a la materia analizada por su alusión a derechos constitucionalmente reconocidos y a pesar de que el art. 51 TRLET, a diferencia del art. 53.4 del mismo texto legal, guarda silencio al respecto].

<sup>19</sup> Dado que *pueden existir decisiones extintivas empresariales fraudulentas (...) es imposible negar la aplicación de la regulación civil o común sobre el fraude de ley* (CASAS BAAMONDE, M.E.: «Irregularidad formal, fraude de ley...», *op. cit.*, pág. 10 y misma autora en «La nulidad del despido...», *op. cit.*, pág. 445). Un ejemplo de la existencia de fraude de ley pudiera ser el intento empresarial de sustituir *empleo fijo por empleo temporal* [supuesto analizado en la STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69)].

<sup>20</sup> Respecto a la prohibición de discriminación, *vid.* ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 341 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, pág. 75.

<sup>21</sup> Término *acuñado por la práctica internacional para referirse a cierto tipo de desigualdades existentes en la sociedad*, que se deseaban *eliminar de forma radical*, y que es utilizado por los arts. 14 CE y 17 LET en el *sentido específico de prohibición de diferenciaciones basadas en determinadas circunstancias* (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, págs. 69-70).

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «No discriminación y contrato de trabajo», Comentario al artículo 17 de la LET, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, dirigidos por E. BORRAJO, Madrid, 1982, pág. 328, citada por el autor en «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, pág. 69, nota 1.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, pág. 77.

<sup>24</sup> En cambio, si la decisión empresarial no ha ido precedida de la correspondiente autorización administrativa (art. 124 TRLPL), la competencia estaría atribuida al orden social de la jurisdicción [STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 1998 (IL J-465)].



Jurisdicción en sentencias de fechas 10 de noviembre de 1986, 26 de diciembre de 1988 y 25 de junio de 1996.

En este sentido se pronunció la STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 1998<sup>25</sup> que señala la competencia de dicho orden para el supuesto de que hubiera existido autorización administrativa. De esta forma, la Sala, transcribiendo lo *acordado* por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de 25 de junio de 1996<sup>26</sup>, señala que sería competencia del orden contencioso-administrativo *el planteamiento* de los que *han de ser incluidos o no en la relación* de trabajadores afectados, no sólo por repercutir en *los intereses del resto de los trabajadores, sino* porque *además puede implicar una reexamen de las causas económicas o tecnológicas que hayan dado lugar a autorizar la regulación, internándose así o rozando el motivo sustancial de la intervención administrativa establecida en la Ley*<sup>27</sup>.

Atribución al orden contencioso de la jurisdicción que, de otro lado, fue admitida por la doctrina científica en base a la mencionada sentencia de 26 de diciembre de 1988<sup>28</sup> (a la que también cita la comentada Sentencia de 12 de febrero de 2003, aunque sin compartir sus argumentos), pero matizada por otro sector en el sentido de que correspondería la competencia al referido orden jurisdiccional siempre que en el expediente constase la relación nominativa de los trabajadores afectados, ya que, en caso contrario<sup>29</sup> (y dado que la resolución autorizatoria del despido colectivo no tiene que incorporar necesariamente, como indica la Sentencia comentada de 12 de febrero de 2003, *una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino sólo los criterios aprobados para su determinación* por el empresario<sup>30</sup>), el trabajador accionaría frente al empresario por la *incorec-*

<sup>25</sup> IL J-465.

<sup>26</sup> Y citando, igualmente, las sentencias del mismo Tribunal de fechas 26 de diciembre de 1988 y de 10 de noviembre de 1986.

<sup>27</sup> Doctrina que, asimismo, se contenía, con idéntico tenor literal, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 1998 (IL J-273), con remisión a la sentencia citada de 26 de diciembre de 1988 y mencionando, además, la también citada sentencia de 10 de noviembre de 1986.

<sup>28</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», *op. cit.*, pág. 172, aunque indicando que la referida sentencia ha sido criticada por la doctrina y partiendo de la base de que, *en cualquier caso, la resolución* de la autoridad laboral *debe ir acompañada de un listado expresivo de los trabajadores afectados*.

<sup>29</sup> Pues *nada impide que en el trámite de ejecución de la resolución administrativa se determine la relación (...) de aquellos trabajadores que se verán afectados por el expediente* [STSJ (CA) de Madrid de 1 de junio de 2004 (JUR 2005/37294; Internet: <http://www.westlaw.es>)].

<sup>30</sup> F.J. 3.º. En el mismo sentido, STS (CA) de 30 de septiembre de 2003 [RJ 2003/8221 (Internet: <http://www.westlaw.es>)].

ta individualización de los criterios de selección, siendo, en consecuencia, competente el orden social<sup>31</sup>.

Matización ésta que, asimismo, realiza la comentada Sentencia de 12 de febrero de 2003, en relación a la existencia de acuerdo en período consultivo, ratificado por la autoridad administrativa, indicando, en consecuencia, que si ésta *se limita a homologar el acuerdo extintivo pactado y sus criterios de afectación individual*, sin contener la resolución *la determinación de las personas que deban ser incluidas en la extinción de la relación laboral, sólo cabrá impugnar la resolución autorizatoria por la vía contencioso-administrativa (...) alegando la vulneración de requisitos formales (...) o la falta de legitimación negociadora de las partes firmantes del acuerdo*, correspondiendo, en cambio, al orden social la impugnación de la *incorrecta aplicación* por parte del empresario de los criterios de selección contenidos en la resolución administrativa<sup>32</sup>. En consecuencia, a los efectos de la atribución competencial, se separa *la intervención administrativa, limitada a conferir una autorización, de la subsiguiente actuación de las partes encaminada a hacer uso de la autorización*<sup>33</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003 mantiene la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal, aunque puntualizando que aquella jurisprudencia no ha sido constante en el tiempo sino que, por el contrario, ha sufrido variación, estando la sentencia, objeto del presente comentario, en la línea argumental de los últimos años.

De esta forma, en materia de impugnación de la selección de trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo, la atribución de competencia al orden contencioso-administrativo o al social estará en función, respectivamente, de que aquella selección se contenga en la resolución administrativa autorizatoria o en el acuerdo alcanzado, y aprobado por el organismo administrativo, en el período consultivo o, en cambio, en és-

<sup>31</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La selección de los trabajadores afectados...», pág. 808, con mención, asimismo, de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de diciembre de 1988 (autor igualmente citado por GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», *op. cit.*, pág. 172, nota 183 *in fine*), manteniendo idéntica doctrina MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa...», *op. cit.*, pág. 271.

<sup>32</sup> F.J. 3.º.

<sup>33</sup> Como indica la Sentencia de la Audiencia Nacional (CA) de 5 de mayo de 2004 [RJCA 2004/463 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)].



tos sólo se fijen los criterios individuales de afectación para una ulterior concreción por parte del empresario.

Para finalizar hay que puntualizar que, si bien es cierto que la Sentencia comentada no supone ningún giro doctrinal del Alto Tribunal, que ya que se produjo con anterioridad a la misma, se ha considerado de interés realizar el presente comentario dado que la citada Sentencia:

- Hace referencia a los argumentos esgrimidos para la atribución, en cualquier caso, de la competencia en la materia al orden contencioso-administrativo <sup>34</sup>.
- Se hace eco de la evolución producida a través de pronunciamientos recientes del mismo Tribunal <sup>35</sup>.
- A la doctrina contenida en la misma se remiten expresamente otros pronunciamientos judiciales <sup>36</sup> y
- Dicha doctrina ha sido continuada en pronunciamientos posteriores a la Sentencia comentada <sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Citando, al efecto, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de diciembre de 1988.

<sup>35</sup> Citando, entre otras, al efecto, la STS (CA) de 4 de febrero de 2002 que indica que, si la individualización de los puestos de trabajo afectados es propuesta por el empresario en el procedimiento y aceptada por la autoridad laboral en su resolución autorizatoria del mismo, sería competente el orden contencioso-administrativo; en cambio, si el empresario no individualizó *a priori* los puestos de trabajo, la *concreta determinación de los trabajadores* afectados por el despido se resolvería, en caso de discrepancia, ante el orden social de la jurisdicción [tomada de *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Legislación y Jurisprudencia), Madrid (Centro de Estudios Financieros, S.A.), núm. 229 (abril/2002), pág. 178], competencia que reiteran las SSTS (CA) de 26 de abril de 2002 y de 22 de mayo de 2002 [RJ 2002/6504 y RJ 2002/9427, respectivamente (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)], asimismo mencionadas por la comentada Sentencia.

<sup>36</sup> Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (CA) de 5 de mayo de 2004 y la STSJ (CA) de Madrid de 1 de junio de 2004 [RJCA 2004/463 y JUR 2005/37294, respectivamente (tomadas de *Internet*: <http://www.westlaw.es>)].

<sup>37</sup> Por ejemplo, STSJ (CA) de Cataluña de 20 de noviembre de 2003 [JUR 2004/108975 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)].