



Roj: **STS 1822/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:1822**

Id Cendoj: **28079130072009100125**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **18/03/2009**

Nº de Recurso: **879/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil nueve

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el núm. **879/2007** ante la misma pende de resolución, interpuesto por NAVAL GIJÓN, S.A.U., representada por el Procurador don Francisco Javier Abajo Abril, contra la sentencia de 7 de diciembre de 2006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (en el recurso contencioso-administrativo número 93/2006).

Siendo parte recurrida don Abilio , representado por el Procurador don José Ignacio de Noriega Arquer y habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" **FALLO:**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha decidido:

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto (...) en nombre y representación de D. Abilio , contra resolución de 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Industria y Empleo nº 42/2005 correspondiente a la empresa Naval Gijón S.A.U., por la que se autorizaba a la misma a la extinción de los contratos de trabajo de 73 trabajadores relacionados en su anexo; estando representada la Administración demandada Principado de Asturias por Letrado de sus servicios Jurídicos, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, resolución que se anula por no ser ajustada a Derecho. Sin costas".

La sentencia fue objeto de aclaración por el auto de 24 de enero de 2007 , que sustituyó la frase final de su fallo por ésta otra:

"(...) resolución que se anula en cuanto solo afecta al recurrente, manteniéndose respecto de los demás afectados por la misma, por no ser ajustada a Derecho en relación a aquel (...)".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de NAVAL GIJÓN S.A. se preparó recurso de casación, y por providencia de 31 de enero de 2007 se tuvo por preparado por la Sala de instancia y se remitieron las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, la representación procesal de la parte recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, después de desarrollar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este suplico a la Sala:

"(...) dicte Sentencia por la que, con íntegra estimación del presente recurso, se case y anule el fallo recurrido, por estimar que resulta competente el orden jurisdiccional social para el conocimiento de la presente litis



o, subsidiariamente y de no acogerse dicho motivo, se declare la incongruencia de la Sentencia recurrida o, subsidiariamente, se declare la conformidad a Derecho de la resolución empresarial objeto del recurso contencioso-administrativo, con cuantos otros pronunciamientos sean conformes a Derecho".

CUARTO.- Las representación procesal de don Abilio se opuso al recurso mediante escrito que terminó así:

"SUPLICA A LA SALA que teniendo por presentado este escrito lo admita y en su virtud, por presentada IMPUGNACION AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la empresa NAVAL GIJON S.A.U. y en base a las alegaciones contenidas en el mismo tenga a bien desestimarlos, ratificando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha de 7 de diciembre de 2006 o, subsidiariamente, la sentencia de esa misma fecha dictada por el mismo Tribunal aclarada mediante Auto de fecha 24 de enero de 2007, en los términos ya vistos y en todo caso, se confirme la sentencia estimatoria de todos los pedimentos deducidos por esta parte en al instancia, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Mediante OTROSÍ DIGO solicitó como medida cautelar la reincorporación del actor en su puesto de trabajo y, tras haber dado traslado de esa petición a la otra parte, la providencia de 30 de octubre de 2007 acordó lo siguiente:

"Habiendo recaído ya sentencia en primera instancia en el actual proceso, no ha lugar a la adopción de medidas cautelares que se solicitan en el escrito de oposición al recurso de casación, sin perjuicio del derecho que asiste a los litigantes a instar ante la Sala de instancia la ejecución provisional de la sentencia en los términos que establece el artículo 91 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa".

QUINTO.- El MINISTERIO FISCAL, en su escrito de alegaciones, ha sostenido que procede desestimar el recurso de casación.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 4 de marzo de 2.009 .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN** , Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia fue iniciado por don Abilio por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante un recurso contencioso-administrativo planteado en relación con la resolución de 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Trabajo, de la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, dictada en el expediente de regulación de Empleo núm. 42/2005 seguido a la empresa Naval Gijón, S.A.U.

El escrito de interposición de dicho recurso hacía constar la condición del recurrente de miembro del Comité de Empresa y Secretario General de la asociación sindical "Corriente Sindical de Izquierda" y que la extinción laboral de su contrato había sido comunicada por la empresa el 29 de diciembre de 2005 en el tablón de anuncios del centro de trabajo.

Señalaba como derecho fundamental vulnerado el de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución. Y la "súplica" de dicho escrito pedía tener por interpuesto el recurso contra:

" la ejecución del acto administrativo impugnado (...) en lo que se refiere a la extinción del contrato de trabajo del recurrente".

La resolución administrativa impugnada de 22 de junio de 2005, en el primer apartado de su parte dispositiva, decía lo siguiente:

"PRIMERO: AUTORIZAR a la empresa NAVAL GIJON, S.A.U. conforme a los acuerdos suscritos entre la empresa y el comité de empresa, que se acompaña como anexo I de la presente resolución, reproducido en el Antecedente Quinto, la extinción de los contratos de trabajo de los 73 trabajadores, relacionados en el anexo, que comienza por D. Ernesto y termina por D. Everardo que irán cesando a medida que cumplan los requisitos de la edad reglamentaria para ser incluidos y durante el periodo de vigencia del expediente que está comprendido entre el día de la fecha de la presente resolución y el día de diciembre de 2.007".

La sentencia recurrida en esta casación, tras rechazar la excepción de inadmisibilidad que había sido opuesta con fundamento en la posible competencia del orden jurisdiccional social, estimó el recurso jurisdiccional de don Abilio .

Apreció para ello la vulneración del derecho fundamental que había sido denunciada y anuló en su fallo la resolución administrativa impugnada en lo que afectaba al recurrente (como se aclaró en un auto posterior).



El actual recurso de casación ha sido interpuesto por NAVAL GIJÓN, S.A.U y lo apoya en los motivos que más adelante se analizarán.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio de los motivos de casación, resulta conveniente destacar cuales fueron los principales razonamientos de la sentencia de instancia.

El rechazo de la excepción de inadmisibilidad -que fue opuesta, como ya se ha dicho, con fundamento en la posible competencia del orden jurisdiccional social- se justificó en la doctrina contenida en las sentencias de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 17 de marzo, 5 de junio y 30 de septiembre de 1999 y en el auto de 20 de diciembre de 2000 dictado por la Sala Especial en el conflicto de competencia núm. 20/2000. Y transcribiendo de esta última resolución la siguiente declaración:

"... sólo cuando se trata de una resolución administrativa que autoriza la extinción de cierto número de contratos «sin especificación de las personas (...) toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores, debe quedar fuera de la esfera competencial contencioso-administrativa (...) de la misma manera que seguirá siendo competencia de aquel Orden Jurisdiccional la discusión que afecte a todas las materias incluidas en su decisión». Y entre ellas se encuentra la aquí debatida, puesto se discute una preferencia legal que corresponde aplicar a la autoridad laboral y en relación con un trabajador incluido expresa y nominativamente en la relación de afectados".

Por lo que hace a la cuestión de fondo, la sentencia de instancia apreció la vulneración del derecho fundamental que había sido denunciada y, para ello, hizo aplicación de los criterios contenidos en la sentencia de 6 de mayo de 2003 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (casación 7034/1998) que, expuestos aquí en lo esencial, se resumen en lo siguiente:

(a) La significación instrumental que tiene la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores en los casos de despido objetivo, como garantía de sus funciones representativas y manifestación del derecho fundamental de libertad sindical.

(b) El carácter no absoluto de esa garantía, pues una exigencia razonable de organización empresarial aconseja vincularla a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo.

(c) La concurrencia de ese derecho de preferencia no sólo puede estimarse cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, se produce también cuando los puestos que subsisten son equivalentes, o cuando la preferencia debe operar entre trabajadores que cumplen la misma función.

(d) La preferencia que corresponde a la protección de los derechos fundamentales, aplicada al derecho de prioridad de permanencia, obliga a la empresa a acreditar en el expediente de regulación la concurrencia de razones organizativas o productivas de entidad que justifiquen la exclusión de aquel derecho y a la Administración a ponderarlas expresamente en el momento de resolver, pues, en otro caso, ha de entenderse que prima la garantía legalmente establecida.

Aquel carácter preferente determina la inversión de la carga de la prueba en la acreditación de las causas que justifican el carácter no discriminatorio o antisindical del despido si por el trabajador se aducen hechos de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 1/ 2003, de 30 de enero).

(e) Esta acreditación no es suficiente cuando se apoya en una argumentación «a priori», fundada en la imposibilidad en abstracto de respetar el derecho de prioridad, o basada en principios generales de orden jurídico o económico, sino que se requiere una justificación que considere de manera convincente y concreta las circunstancias y la situación particular de la empresa y de su organización para demostrar que no es posible dar efectividad al expresado derecho.

En palabras del Tribunal Constitucional -como declara la sentencia 29/2002, de 11 de febrero, y recuerda la sentencia de 49/2003, de 17 de marzo (fundamento jurídico 5)-, en relación con el alegato empresarial formulado contra la prueba indiciaria aportada por el demandante (en el caso, sobre la existencia de un despido discriminatorio por motivos sindicales), es exigible una justificación causal de la decisión «en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, sin que pueda servir para lograrlo la abstracta razón de legalidad invocada».

La sentencia de instancia apreció la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 28 de la Constitución aplicando la doctrina anterior, y tomando en consideración para ello estos datos o circunstancias: el carácter de representante sindical del actor; que la extinción laboral se llevó a efecto el día anterior a la iniciación del proceso de elecciones sindicales en la empresa; y que había un amplio margen para proceder a la resolución de los contratos porque finalizaba el 31 de diciembre de 1997.



TERCERO.- El actual recurso de casación ha sido interpuesto también por NAVAL GIJÓN, S.A.U y lo apoya en tres motivos.

El primero, amparado en la letra a) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional (LJCA), denuncia que la sentencia recurrida incurre en exceso de jurisdicción; con infracción de lo establecido en las letras a) y k) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) y de la jurisprudencia existente sobre esta cuestión (se citan las sentencias de esta Sala Tercera de 30 de septiembre de 2003 y 12 de febrero de 2003; y las de la Sala Cuarta de 12 y 19 de julio de 1999).

El argumento fundamental para intentar sostener lo anterior es que lo impugnado en el proceso de instancia no fue la resolución administrativa de 22 de junio de 2005, sino la medida adoptada por la empresa el 29 de diciembre de 2005 de acordar la extinción del contrato del demandante.

El segundo motivo, deducido a través de la letra c) de ese mismo artículo 88.1 LJCA, reprocha a la sentencia de instancia haber sido incongruente.

Y para justificar este reproche se viene a reiterar el mismo argumento del primer motivo: que lo solicitado en el recurso contencioso-administrativo no fue la nulidad de la resolución administrativa de 22 de junio de 2005 sino la de la decisión empresarial de ejecución de dicha resolución.

El tercer motivo de casación, formalizado por el cauce de la letra d) del repetido artículo 88.1 LJCA, denuncia como infringidos los artículos 14 y 28.1 de la Constitución y 51.7, 52.c y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

La idea principal desarrollada para defender este motivo es que no hubo discriminación alguna derivada de la condición de representante de los trabajadores que ostentaba el demandante en la instancia, sino una extinción laboral debidamente autorizada a través de un expediente administrativo.

Para apoyar lo anterior se afirma que hubo un acuerdo con el Comité de empresa para que el orden de prioridad de los ceses lo fijara la dirección empresarial, por lo que es improcedente la fundamentación de la sentencia recurrida de que no se justificaron los motivos determinantes del orden de las extinciones laborales y de exclusión del derecho de prioridad de permanencia.

Se dice así mismo que la preferencia opera frente a puestos de trabajo equivalentes a los que desempeñen los representantes de los trabajadores y *"en el recurso (contencioso-administrativo) no se señalan los trabajadores sobre los que tendría preferencia, supuestamente, el actor ..."*.

Como también se aduce que no puede considerarse acreditada la concurrencia del más mínimo indicio de violación del derecho de libertad sindical, que debió probarse por el actor.

CUARTO.- Los dos primeros motivos de casación deben ser examinados conjuntamente porque vienen a plantear lo mismo: que la controvertida extinción laboral del demandante en la instancia no fue un pronunciamiento de la resolución administrativa sino una decisión empresarial.

Y es con ese planteamiento como se sostienen el exceso jurisdiccional y la incongruencia que son imputadas en ambos motivos a la sentencia recurrida.

La lectura del primer apartado de la parte dispositiva de la resolución administrativa, transcrito en la primer fundamento de esta sentencia, pone de manifiesto que el recurso de casación no tiene razón en ese dato principal que esgrime para construir la argumentación de esos dos primeros motivos. Dicha resolución no se limita a la autorizar a la empresa a que lleve a cabo un número de extinciones laborales y sea esta última la que elija y decida la identidad de las personas que individualmente deben quedar afectadas por la medida extintiva. La resolución administrativa, además de fijar el número de contratos de trabajo que podrán ser extinguidos, identifica los concretos trabajadores a los que se deberá aplicar la medida, y lo hace remitiéndose al anexo en los que aparecen relacionados y con la indicación del nombre y los apellidos de las personas por las que empieza y termina dicha relación.

Lo anterior impide compartir la incongruencia porque, al ser extinción del contrato laboral individual del demandante una decisión administrativa y no empresarial, la impugnación que fue planteada por dicho demandante debe entenderse dirigida contra un acto administrativo y no contra una conducta empresarial.

También impone el rechazo del exceso jurisdiccional por lo que seguidamente se explica.

El criterio seguido para delimitar los espacios o ámbitos de conocimiento que en esta materia de las extinciones laborales corresponden a los ordenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo consiste en lo siguiente: al primero corresponde conocer cuando se trata de extinciones laborales autorizadas por la Administración sin especificación de las personal afectadas y la controversia posterior está referida



a la determinación de los concretos trabajadores que deberán quedar afectados; y al segundo de esos ordenes jurisdiccionales corresponde conocer la impugnación que quiera plantearse sobre puntos que hayan sido objeto de concreta decisión y pronunciamiento en la resolución administrativa que haya puesto fin al correspondiente expediente de extinción laboral.

Así aparece tanto en el auto de 20 de diciembre de 2000 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia (conflicto 20/2000) como en las sentencias de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo a las que se remite la sentencia de 12 de febrero de 2003 de esta Sala Tercera (dictada en la casación 9510/1997).

Ésta última, por su parte, realiza esta concreta declaración:

"Entrando por tanto en la consideración de los argumentos alegados en este primer apartado, no está de más recordar que la cuestión de la impugnación de las resoluciones de la autoridad administrativa laboral en materia de regulación de empleo constituye uno de los puntos más conflictivos en el ámbito de la concurrencia de competencias administrativa y laboral (Sentencias de esta Sala de 25 de enero de 1999, 12 de junio de 2000, 3 de enero de 2001 y 22 de mayo de 2002), habiendo pasado por distintas conclusiones, tanto propiciadas por los dispares criterios mantenidos por los Tribunales de lo Social y de lo Contencioso, como por las soluciones, no siempre coincidentes, propiciadas por la Sala de Conflictos Competenciales regulada por el artículo 42 de la LOPJ.

Así ocurre que, en un primer momento, se atribuyó al orden contencioso-administrativo la resolución de este tipo de cuestiones, partiendo de la idea de que carecería de sentido el distinguir, atribuyendo en unos casos a dicha jurisdicción y en otros a la laboral, que correspondería el tema a la primera si la resolución incluyese el nombre de los afectados, mientras que la segunda entendería de él cuando no se les mencionase individualmente, limitándose a fijar el número total de los mismos y los criterios de afectación. Se sostuvo entonces (y así lo decidió la Sala de Conflictos precisamente en la Sentencia de 26 de diciembre de 1988, mencionada en la sentencia que es objeto de recurso) que era conveniente «extender la intervención administrativa a la relación nominal de trabajadores afectados por la regulación de empleo, puesto que el planteamiento de quienes deben de ser incluidos o no en la relación, no solamente repercute en los intereses del resto de los trabajadores, sino que además puede implicar un 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».

No obstante, la doctrina de esta Sala ha evolucionado en los últimos años, matizando y modificando en parte estas conclusiones, lo que también ha ocurrido a través de los pronunciamientos de la Sala IV de este Tribunal Supremo (12 y 15 de julio, 5 de octubre de 1999) que, rectificando en lo menester determinadas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, vienen a coincidir con el nuevo criterio que se expresa en nuestras últimas resoluciones de 4 de febrero, 26 de abril y 22 de mayo de 2002), y que constituye la doctrina que ha de estimarse aplicable al tema, al menos en tanto no entre en vigor la rectificación operada en el artículo 3º de la Ley del Procedimiento Laboral por la disposición adicional de la Ley de 13 de julio de 199), aplazada a su vez por la Ley 50/1998.

La tesis que ha venido a prevalecer parte de la idea 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. Por otra parte, 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 determinación 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.

Por el contrario, corresponderá a la Jurisdicción Social el entender de las impugnaciones contra los actos de ejecución por despido de personas concretas que la resolución administrativa no autorizó, limitándose a dar por bueno el de un número determinado -generalmente expresado a través de una cifra máxima- de trabajadores, a seleccionar por la misma empresa de acuerdo con los objetivos marcados en el expediente y ajustándose a los criterios de afectación establecidos. La correcta o incorrecta aplicación de esos criterios y objetivos es responsabilidad del empresario promotor del expediente de regulación, y en todo caso ha de ser impugnada ante los Tribunales del orden social".



Debe añadirse que la sentencia de esta Sala Tercera de 30 de septiembre de 2003 (casación 8614/1999) no se aparta del criterio anterior, pues, a la hora de determinar cuando corresponde conocer al orden social, toma también en consideración para ello que la resolución administrativa que haya autorizado el despido colectivo haya incorporado la relación de trabajadores afectados por la extinción.

QUINTO.- Dentro de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo, la sentencia de 19 de julio de 1999 (casación para la unificación de doctrina núm. 4416/1998) es también representativa del anterior criterio.

En ella no sólo aparecen las declaraciones que parcialmente recoge el actual recurso de casación, y que por ello no reflejan la completa doctrina que dicha sentencia sienta, sino otras muchas más. Por lo que lo mejor es, como seguidamente se hace, transcribir esas otras declaraciones que tienen relevancia para lo que aquí es objeto de discusión:

"(...).

3. Como puede apreciarse, entre los dos supuestos contemplados en ambas sentencias concurre la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones exigidos por el art. 217 LPL par la admisibilidad del presente recurso de casación, dado que en los dos procedimientos se plantean demandadas de despido contra decisiones empresariales apoyadas en previas decisiones administrativas de extinción dictadas en sendos expedientes de regulación de empleo, siendo las dos sentencias contradictorias entre sí, puesto que la recurrida negó la competencia para conocer de la demanda mientras que la de contraste la aceptó.

SEGUNDO: 1. El problema que en los presentes autos se plantea hace referencia al alcance competencial de los órganos del orden social de la jurisdicción cuando se ha producido la extinción de una relación laboral por parte de una empresa en supuestos de despido colectivo en los que se ha utilizado previamente el procedimiento administrativo previsto en el art. 51 del ET y en los arts. 5 y ss. del Reglamento de tales procedimientos, aprobado por RD 43/1996, de 19 Ene. No se plantea exactamente el problema genérico de si un trabajador que ha sido expresamente incluido en una resolución autorizando la extinción puede impugnar ante la jurisdicción social el acto de individualización de aquel acuerdo hecho por la empresa cuando, como decimos, el acuerdo administrativo recoge expresamente su nombre como uno de los afectados, pues en tal supuesto existe consenso en la doctrina y de la jurisprudencia en entender que la competencia para conocer de la decisión empresarial es de la jurisdicción contencioso-administrativa, no porque el problema deje de tener la naturaleza social que tiene cualquier decisión empresarial cuando decide la extinción de una relación laboral, sino porque en tanto en cuanto ha existido un pronunciamiento expreso de la autoridad laboral autorizando la extinción de un concreto contrato por causas económicas o tecnológicas cualquier impugnación del acto empresarial de ejecución de aquella resolución supone, si no formalmente, sí materialmente la impugnación de la decisión administrativa en que aquella extinción se acordó. En este sentido es reiterada la jurisprudencia de esta Sala declarando la incompetencia de este orden jurisdiccional, tanto para conocer de la impugnación directa de un Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, posteriormente homologado por una decisión resolución administrativa -TS S 21 Jun. 1994 (Rec. 5463)- como para decidir sobre la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado aprobado igualmente por la Autoridad laboral en un expediente de esta naturaleza -TS S 18 Ene. 1999 (Rec. 2254/1998) y las que en ella se citan-; y en el mismo sentido se ha pronunciado tanto el TCJ -SS 26 Dic. 1988 o 26 Jun. 1996-, como la Sala de Conflictos de Competencia -auto de 8 Mar. 1991 -.

2. La cuestión concreta planteada, semejante a la ya resuelta por esta Sala en S 17 Mar. 1999 (Rec. 2240/1998), obedece a parámetros y circunstancias particulares que llevan a la necesidad de una reflexión también especial y a consecuencias que, si bien se hallan en concordancia con la doctrina anterior, tienen un contenido igualmente específico. A tal efecto hay que partir de la siguiente realidad fáctica: el expediente de regulación de empleo que se halla en la base de estas actuaciones homologó un Acuerdo previo entre la representación empresarial y el Comité de Empresa para autorizar la extinción de 197 contratos de trabajo, con la peculiaridad de que no se especificaba en el acuerdo ni los puestos de trabajo concretos a extinguir ni las concretas personas afectadas, limitándose el acuerdo a exigir a la empresa que presentara el listado de los afectados dentro de los diez días siguientes, condicionando el listado a que del total de los trabajadores afectados 110 correspondieran a trabajadores mayores de 60 años con posibilidades de acceder a prestaciones económicas por jubilación, y los otros 87 a trabajadores menores de 60 años, con sujeción en ambos casos al cumplimiento de determinados requisitos cuales los siguientes, recogidos en la declaración de hechos probados:

Como puede apreciarse de lo dicho en el apartado anterior, el supuesto de autos se remite a una demanda de una trabajadora que no discrepa de la decisión de la Autoridad laboral autorizando la extinción del contrato de un volumen determinado de trabajadores por causas económicas u organizativas, ni se opone a que la misma se lleve a cabo por la empresa. La actora a lo que se opone es a figurar en una lista de trabajadores presentada «a posteriori» y lo hace sobre la consideración de que la decisión empresarial de prescindir de sus servicios no se



acomoda a las previsiones de aquella decisión administrativa. Se opone, en definitiva, a la bondad de la decisión empresarial sin cuestionar ni discutir la legalidad de la decisión administrativa.

3. Si contemplamos los supuestos más claros de conflictividad competencial resueltos por el TCJ o por la Sala de Conflictos de Competencia, y en concreto las resoluciones más cercanas a la materia que aquí nos ocupa, cuales son la S 25 Jun. 1996 del indicado Tribunal y el auto de 8 Mar. 1991 de aquella Sala nos encontramos con que la distribución de la competencia en esta concreta materia entre el orden contencioso-administrativo y el social siempre se ha decidido, partiendo de la realidad innegable de que todas las cuestiones planteadas en relación con tal problema pertenecen a la rama social del derecho, y de que, aun siendo ello así, serían de la competencia del orden contencioso-administrativo todas aquellas materias sobre las que se hubiera pronunciado la autoridad laboral, mientras que corresponderían con carácter residual al orden social todas las que no hubieran sido objeto de pronunciamiento por aquella autoridad administrativa.

A tal efecto, la sentencia citada de 1996, apoyándose y reiterando textualmente lo que ya se había dicho en la anterior del mismo Tribunal de 26 Dic. 1988 centraba la atribución competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las incidencias de la inclusión o exclusión de trabajadores afectados por el expediente en el argumento de que «si el legislador ha entendido que razones de servicio o interés público aconsejan extender la intervención administrativa a la relación nominal de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo...habrá de ser la autoridad laboral la competente para resolver sus incidencias, al ser una cuestión planteada en el expediente...».

Por su parte, el auto de 8 Mar. 1991 de la Sala de Conflictos, contemplando el supuesto en el que un prejubilado por un expediente de regulación de empleo discutía el «quantum» de su pensión consideró que para ello era competente el orden social, sobre el argumento de que «deben diferenciarse, respecto al orden competencial para conocer e n materia de regulación de empleo, dos clases de pretensiones: las tendentes a impugnar la conformidad a derecho de la resolución administrativa autorizante de la extinción de los contratos laborales, y aquellas otras derivadas de su cumplimiento o ejecución, sea entre la empresa y sus ex trabajadores o entre estos y los órganos gestores públicos de empleo o de la Seguridad Social...pues mientras las primeras han de ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, las segundas habrán de corresponder, ordinariamente, al conocimiento de la jurisdicción social...».

De ambas resoluciones básicas se desprende que en esta materia de naturaleza sustancialmente laboral, la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo ha venido determinada, en resumen, por el hecho de que, de acuerdo con la normativa laboral aplicable, la resolución administrativa ha incluido tradicionalmente el listado de los trabajadores afectados por el expediente, razón por la que cualquier pretensión de exclusión o de discusión sobre el alcance de ese listado afectaba a la propia decisión administrativa. Sobre dicha base era lógico que se excluyera del conocimiento de la jurisdicción del orden social toda pretensión que contradijera el contenido de aquella resolución en cuanto que, en todo lo referente a su contenido, estaba acotada a favor del orden contencioso la competencia para conocer de la impugnación de cualquier acto o resolución administrativa, de conformidad con lo que disponía el art. 1 de la entonces vigente LJCA del año 1956, y con lo que en el mismo sentido decía y dice el art. 3 LPL. Pero, como decía el auto de 1991 citado, todos los problemas de ejecución de aquellas decisiones, en cuanto afectaran exclusivamente a los intereses de empresa y trabajadores serían de la competencia del orden social por no suponer ninguna impugnación del ningún acuerdo de la Administración (cuantía de la indemnización, problemas de prejubilación, desempleo, etc.).

4. Si aplicamos la anterior doctrina al supuesto que ahora nos ocupa habremos de mantener, de acuerdo con el recurrente, que en este concreto supuesto la competencia para conocer de la demanda que dio origen a las presentes actuaciones corresponde al orden jurisdiccional social, y ello por las siguientes razones:

a) Hemos de partir de la base ya reiterada y tradicional de que toda la materia relativa a la extinción de los contratos de trabajo cualquiera que sea su causa y finalidad pertenece, por su propia esencia, a la rama social del derecho, cual siempre ha sido reconocido y no podía ser de otra manera pues afecta fundamentalmente a empresarios y trabajadores y se articula sobre acuerdos colectivos y decisiones administrativas reguladas en el ET y normas de desarrollo del mismo: en concreto en el art. 51 de aquél y en el Reglamento de desarrollo del mismo, que en su origen fue el promulgado por el RD 696/1980, de 14 Abr. y en la actualidad, con derogación expresa del anterior, viene constituido por el RD 43/1996, de 19 Ene. Por lo que sobre los problemas que surjan en relación con esta materia la competencia judicial corresponderá, en principio a los juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social, de conformidad con las previsiones generales que en tal sentido se contienen en el art. 9.5 LOPJ y en los arts. 1 y 2 LPL ;

b) Siendo ello así, existen materias de naturaleza laboral sobre las que el legislador ha atribuido competencias decisorias a la autoridad administrativa laboral, de forma que en cuanto ésta autoridad interviene en cumplimiento de aquellas previsiones legales todo cuestionamiento sobre lo que ella decida es de la



competencia del orden contencioso-administrativo de conformidad con lo previsto en el art. 9.4 LOPJ, en el art. 3 LPL y en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa;

y c) Tradicionalmente, y así lo ha reconocido esta Sala como puede apreciarse en las sentencias antes citadas, la competencia para decidir sobre las reclamaciones efectuadas por los trabajadores contra su empresa como consecuencia de la decisión empresarial de prescindir de sus servicios cuando había sido autorizada esa extinción por la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo era de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque en esa decisión se contenía la individualización de los trabajadores afectados como exigía hacer en todo caso el art. 13 RD 696/1980, de 14 Abr. que regulaba el procedimiento a seguir en los expedientes administrativos sobre extinción de las relaciones de trabajo por razones técnicas, organizativas o productivas (lo primero que había de presentar el empleador según dicho precepto era «relación de la totalidad de los trabajadores...con expresión del nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional») y por ello cualquier discrepancia posterior sobre aquella individualización llevaba implícita una impugnación de la decisión administrativa que a su vez determinaba la competencia del orden contencioso-administrativo.

En la actualidad, sin embargo, el vigente RD 43/1996, de 19 Ene., regulador de esta materia, en su art. 5. b) sólo exige al empresario que en la solicitud se indique el «número y categorías...de los trabajadores que vayan a ser afectados por el expediente, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores afectados y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo», de forma que de conformidad con la indicada previsión reglamentaria puede ocurrir, como en el supuesto enjuiciado ocurrió, que se autorice la extinción de un cierto número de trabajadores, en un determinado período de tiempo y en unas determinadas condiciones, sin especificación de personas.

En tales supuestos, dado que si la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo solo llega, como tradicionalmente se dijo, a los aspectos a los que llegó la resolución administrativa, cuando ésta no contiene el listado de los afectados por la misma, toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores quedara fuera del ámbito competencial contencioso-administrativo y pasará a ser competencia del orden social puesto que no se halla incluida dentro de la parcela reservada a la administración; de la misma manera que seguirá siendo competencia de aquel orden judicial propio de la administración la discusión que afecte a todas las materias incluidas en su decisión.

5. A tales razones de ley ordinaria habría que añadir razones de alcance constitucional, pues en cuanto que los trabajadores solo tienen noticia fehaciente de que el expediente administrativo les afecta cuando reciben la comunicación de la empresa, sólo pueden instar la tutela judicial que les garantiza el art. 24 CE, impugnando esa decisión empresarial, dado que carecerían de legitimación para impugnar la resolución administrativa que desconocen hasta ese momento si les puede afectar o no.

TERCERO: La Sala considera, en definitiva, que siguiendo el criterio tradicional en esta misma materia, pero aplicándola a las peculiares circunstancias aquí concurrentes, la competencia para conocer de la pretensión original formulada por la demandante en las presentes actuaciones corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden social. Procediendo en su consecuencia, dar lugar al presente recurso, con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida y devolución de lo actuado al TSJ Cataluña para que proceda con libertad de criterio a resolver el recurso de suplicación en cuanto a los motivos de fondo que le fueron planteados, con plena competencia. Sin que proceda la imposición de las costas al recurrente".

SEXTO.- El tercer motivo de casación tampoco puede alcanzar éxito, porque la sentencia recurrida, en orden a la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical que apreció como razón principal de su fallo, no aplicó indebidamente esa doctrina contenida en la sentencia de 6 de mayo de 2003 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (casación 7034/1998) que expresamente invocó.

Aplicó acertadamente lo que en ella se declara sobre la necesidad de precisar y demostrar las concretas razones organizativas y empresariales que podrían justificar la exclusión del derecho del demandante a la prioridad de su permanencia en la empresa y sobre que la carga de tal prueba recae sobre la empresa.

Pero no sólo eso, advirtió datos de hechos que indiciariamente podrían exteriorizar el propósito de impedirle el ejercicio de su libertad sindical; datos y hechos que en la actual casación, debido a los términos de su planteamiento, deben ser respetados por este Tribunal Supremo.

Y debe insistirse, en contra de lo que sugiere el recurso de casación, que, existiendo esos indicios, es a la empresa a la que incumbe demostrar que la extinción laboral obedece a concretas razones organizativas o productivas y no es resultado de un trato discriminatorio u obstaculizador del derecho fundamental de libertad sindical.



SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación y, en cuanto a las costas, imponerlas a la parte recurrente por no ser de apreciar circunstancias que justifiquen otro pronunciamiento (artículo 139.2 LJCA de 1998).

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios correspondientes al abogado interviniente la de 1.100 euros, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes.

Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y que se trata de un recurso de no excesiva complejidad por versar sobre cuestiones en las que ya existe una abundante jurisprudencia.

FALLAMOS

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por NAVAL GIJÓN, S.A.U., representada por el Procurador don Francisco Javier Abajo Abril, contra la sentencia de 7 de diciembre de 2006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (en el recurso contencioso-administrativo número 93/2006).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a esta fase de casación con el alcance y límite que se establece en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.