

## ERE: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA REVOCADA Y EFICACIA GENERAL DE LA SENTENCIA. EFECTOS

(Comentario a la STS, Sala de lo Social,  
de 29 de noviembre de 2006, rec. núm. 117/2006) \*

**JESÚS GONZÁLEZ VELASCO**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Magistrado*

**PAZ VIVES USANO**

*Profesora de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social.  
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

### **Extracto:**

**EXPEDIENTE** de regulación de empleo (ERE). Autorización administrativa de extinción de contratos de trabajo. Anulación de la resolución por sentencia firme. Legítima a todos los trabajadores afectados por la autorización anulada a reaccionar judicialmente frente a la negativa a ser readmitidos, aunque no hubieran impugnado la resolución administrativa. Existencia de acción en los trabajadores para reclamar por despido contra la empresa que no les readmitió después de producida la anulación de la resolución administrativa autorizatoria de la extinción de su contrato laboral.

**Palabras clave:** despido, expediente de regulación de empleo, jurisdicción contencioso-administrativa, anulación y efectos *erga omnes*.

---

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 289, abril 2007 y en *Normacef Social*.

# Sumario

1. Un relato fáctico breve.
2. Una concurrencia jurídica, antitética.
3. Un primer proyecto en orden a las consecuencias.
4. Un segundo proyecto de solución.
5. Una posible diferencia, entre los efectos del acto administrativo y los efectos de la sentencia.
6. Pongamos un resumen estético.

## 1. UN RELATO FÁCTICO BREVE

El 17 de septiembre de 1993 la empresa demandada procedió a extinguir la relación laboral del demandante, en virtud de los ERE, aprobados por resolución de la Dirección General de Trabajo de 7 de mayo de 1993. Como consecuencia de la referida extinción, el demandante percibió una indemnización de 9.040,48 euros, correspondiente a 20 días de salario por año de servicio. Por Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de mayo de 2001 y 1 de junio de 2001, declaradas firmes por sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 12 de mayo de 2004 y 20 de octubre de 2004, notificadas a los demandantes el 27 de mayo de 2004 y el 15 de noviembre de 2004, respectivamente, se declaró la nulidad de la resolución aprobatoria del ERE. El demandante no fue parte en ninguno de los dos recursos contencioso-administrativos. Reclama la readmisión y, al no haber sido readmitido, demanda por despido improcedente.

## 2. UNA CONCURRENCIA JURÍDICA, ANTITÉTICA

Cuando el empresario requiere a la Autoridad Laboral para que autorice unos despidos, de forma colectiva, lo hace con base en el artículo 51.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), y cuando la Administración autoriza a ese empresario se funda en el artículo 51.5 ó 6 de la LET. Si, tras las exigencias legales, se autoriza al empresario a extinguir los contratos de que se trate, el empleador que actúe de acuerdo con lo decidido por la Administración, tiene apoyo en el artículo 51.8 de la LET, de manera que si adoptase tal decisión al margen de dicha autorización, los despidos se deberían declarar judicialmente nulos, según el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), incluso de oficio. Aparte del beneficio de la prestación por desempleo [art. 208.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social], cada trabajador debe percibir coetáneamente al despido del empresario la indemnización igual al importe de 20 días de salario por cada año de servicio (art. 51.8 LET y art. 14.1 RD 43/1996, de 19 de enero).

El empresario ha debido esperar, tras los plazos que se señalan en el artículo 51 de la LET, a que la Administración autorizase, antes de decidir las extinciones.

La resolución administrativa es ejecutiva y se presume válida, produciendo efectos desde el día en que se dicte, a menos que en ella se disponga otra cosa, como se dice en el artículo 15 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero. Dicha ejecutividad se adecua a lo dispuesto en el artículo 56, en concordancia con los artículos 57.1 y 94, ambos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) 30/1992, de 26 de noviembre.

**Por ello, el empresario se puede apoyar en la resolución para extinguir<sup>1</sup>, que es para lo que se afirma y concede la autorización.**

<sup>1</sup> Sin que sea aplicable el artículo 53 de la LET, sobre la carta de despido, por entender que dicho precepto no es aplicable a los despidos colectivos, que no exigen la expresión formal de la causa de despido porque las causas y motivos en que el empresario ampara su decisión ya han sido puestos de manifiesto y justificados ante la Autoridad Laboral (SSTS de 20 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2006).

Se expresa en la segunda sentencia que el artículo 53 está pensado única y exclusivamente para el despido objetivo del artículo 52 del ET, como con toda evidencia hace lucir el texto de los mismos, así como la propia naturaleza y caracteres de las instituciones comentadas. Y no es posible aplicarlo ni siquiera por analogía a los despidos colectivos del artículo 51, toda vez que entre estos despidos y los objetivos del artículo 52 no existe, a estos efectos, «la identidad de razón» que exige el artículo 4.º 1 del Código Civil (CC). Es cierto que en ambos se trata de la extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero la regulación que para unos y otros despidos se contiene en el artículo 51, de un lado, y en los artículos 52 y 53, de otro, es totalmente diferente, hasta el punto de que la impugnación de los despidos colectivos, como regla general, se somete a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en cambio las acciones que se ejerciten contra los despidos objetivos son conocidas por la Jurisdicción Social. Es más, la mayor divergencia entre estas dos figuras, en lo que concierne a la imposibilidad de efectuar la comentada aplicación analógica, se centra en la dispar situación que a continuación se explica. El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que este ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo; de ahí que, para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objeto que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas. Pero la situación que se produce en los despidos colectivos es totalmente diferente de la que se acaba de consignar. La decisión del empresario de cesar a cada trabajador a consecuencia de un despido colectivo, no se lleva a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se ha debatido, negociado, o se ha estudiado con el adecuado detenimiento la concurrencia o no de causas que justifiquen la extinción de los contratos; y también después, o bien de haber llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el que se acepta la existencia de esas causas, acuerdo que pone fin al período de consultas y que exige que sea corroborado por la correspondiente resolución de la Autoridad Laboral, o bien, si tal acuerdo no se logra, después de que dicha Autoridad estime que concurren las causas citadas y, en consecuencia, lo declare así en la resolución que ponga fin al ERE y en ella autorice la extinción de los correspondientes contratos de trabajo. Todo esto pone de relieve que las causas generadoras del despido colectivo han tenido que ser objeto de análisis, examen y tratamiento, y han tenido que ser consideradas existentes y recogidas en los acuerdos con los representantes de los trabajadores y/o en las resoluciones de la Autoridad Laboral a que se ha hecho mención, y todo ello antes de que las decisiones extintivas del empresario hayan tenido lugar. Por ello, al tener que estar las causas del despido colectivo expresadas y consignadas en la resolución administrativa que lo autoriza, bastará con que el trabajador afectado conozca esta resolución, para tener noticia de cuáles son las mismas, con lo que no es necesario que la empresa entregue al trabajador un escrito, en el que reproduzca las causas del despido. Y así el artículo 51 del ET que regula con detalle todos los trámites que se han de cumplir en los despidos colectivos, no exige ni establece que el empresario entregue al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido, como en cambio sí exige el artículo 53.1 a) para el despido objetivo. Deduciéndose de todo lo que se deja explicado que no existe, a tal respecto, «identidad de razón» de ningún tipo que justifique la aplicación de este último precepto al despido colectivo. En esta clase de despidos no hay realmente carta de despido, ni tiene que cumplirse lo que dispone el artículo 53 del ET, que nada tiene que ver con ellos.

Pero la referida **resolución es recurrible en vía administrativa y contencioso-administrativa**, hasta concluir, si llega el caso, en STS, como se reconoce en los artículos 102 y siguientes y 107 y siguientes de la Ley 30/1992 y 1.º 2, 8.º 2, 9.º a) y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) 29/1998, de 13 de julio.

Es evidente que si es recurrible la resolución administrativa, **se puede anular o revocar, dejándola sin efecto**.

Una de las preguntas que se puede presentar consiste en si a la sentencia que decida el recurso de un trabajador o de varios, que haya llevado a la declaración de nulidad de la resolución administrativa, con el consiguiente efecto de dejar sin apoyo la decisión extintiva del empresario, **se le va a aplicar solo a él/ellos o si es expandible a todos los afectados por el ERE**.

Es un tanto **enigmático el artículo 72.2 de la LJCA**, cuando expresa que la anulación de un acto **producirá efectos para todas las personas «afectadas»**. Y es de contenido y significado dudoso desde la perspectiva del ámbito subjetivo, porque ese «personas afectadas» **puede entenderse que se refiere al recurso, o puede considerarse que se ha de relacionar con el acto administrativo**.

Afectados no es igual a ser «parte», sino que debe estimarse más con el concepto de interesados, o sujetos a los que se dirigió la resolución administrativa inicial. Ello es lo lógico, pues **si se anula una resolución, no es pensable que no valga para alguno/algunos y sí valga para otros**.

### 3. UN PRIMER PROYECTO EN ORDEN A LAS CONSECUENCIAS

Es razonable y lógica la consecuencia, pero no se desprenden las adicionales consecuencias que se van a añadir.

No faltan decisiones en las que se dice que en los supuestos de anulación de la decisión extintiva empresarial, por resolución posterior, se impone la exigencia de reparación de los perjuicios derivados de un despido colectivo cuando este se anula por el orden jurisdiccional competente. Ahora bien, en el caso del reconocimiento del tiempo de extinción provisional como tiempo de servicio, la reparación ha de producirse directamente, considerando ese tiempo de la extinción anulada como tiempo de servicio, y –se dice– **es lógico que el empresario tenga que soportar el coste de esa medida, pues, en definitiva, él fue quien tomó la iniciativa de una extinción que ha sido declarada ilícita por sentencia firme y que no debe gravar la esfera patrimonial del trabajador**<sup>2</sup>.

Pero aquí late un error no de difícil apreciación y es la de **dejar aislado al empresario ante la sentencia firme anulatoria del acto administrativo**, en vez de simbiotizarlo con él. No es el

<sup>2</sup> Así en la STS de 17 de enero de 2002, con cita de las SSTS de 13 de diciembre de 1990, 30 de noviembre de 1998 y 21 de diciembre de 2001.

empresario quien se ha decidido a tomar el acuerdo, sino que, tras pedir la pertinente decisión a la Administración Laboral, se ha apoyado en el acuerdo de autorizarle a extinguir. Es muy diferente de lo que ocurre en el supuesto de los despidos disciplinarios y también en el de los despidos objetivos, aunque -en este último caso- se trate de causas sustancialmente coincidentes, las económicas, técnicas, productivas u organizativas. Y, también, es distinto de lo que ocurre en el Derecho Europeo Comunitario, con base en las Directivas 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975 derogada por la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, que se refieren a los despidos colectivos, pues en su regulación no se prevé ni exige la autorización administrativa previa, de manera que, si el empresario toma una decisión extintiva, él es el único responsable. Pero no ocurre así en el Derecho español.

En otro momento jurisprudencial <sup>3</sup> se afirma que **desde que se ha revocado la resolución administrativa—dictada en ERE— autorizadora de los despidos, procede el abono de los salarios de tramitación cuando el empresario procedió a acordarlas, y se estima que el tiempo correspondiente a la extinción provisional anulada es tiempo de servicio**, de modo que la reparación ha de producirse directamente, por lo que **el empresario tiene que soportar el coste de esa medida, ya que fue él quien adoptó la decisión de la extinción que ha sido declarada ilícita por la sentencia firme**.

Se expresa en la citada STS que **el hecho de que la empresa obtuviera autorización administrativa para proceder al despido no constituye causa exoneradora de su obligación de indemnizar durante el período litigioso, cuando el acto administrativo deviene nulo**, pues ello es lo que procede **para los salarios de tramitación del artículo 56.1 b) de la LET**, que son concedidos por el precepto y por reiterada doctrina jurisprudencial, si bien con el significado de una indemnización.

Ahora bien se ha de tener en cuenta que ese desentendimiento del aparato administrativo preexistente se complementó con la regulación del artículo 19.2 del Real Decreto 696/1980, hoy no vigente, que **en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 2732/1981, excluía los salarios de tramitación para el supuesto de que, autorizadas las extinciones en un ERE, los trabajadores interpusieran contencioso-administrativo, pero se añade que esa regla, fundada en la dificultad de reconstruir plenamente hacia el pasado la situación afectada por medidas suspensivas o extintivas de la relación laboral**, en virtud de la imposibilidad de prestar el trabajo correspondiente al período de cese, **determina que en estos casos la restitución —imposible *in natura* de forma plena y recíproca— haya de instrumentarse, en su caso, a través de la indemnización**.

El mencionado artículo 19.2 del Real Decreto 696/1980 no añadía que no excluía la reparación, lo que en otro caso hubiera supuesto una decisión *ultra vires*, dado el rango de la norma, sino que **se limitaba a aclarar que esta no se realizaba por la vía del artículo 56.1 b)**. La diferencia entre las dos regulaciones consistía, según el TS, en que mientras en el régimen común del despido hay aplicación automática de los salarios de tramitación, salvo prueba por el empresario de la percepción de otro salario equivalente, en los despidos colectivos esa aplicación automá-

<sup>3</sup> STS de 22 de noviembre de 2005.

**tica no se produce, aunque la reparación de los principios pueda producirse por la vía de la indemnización cuando se acredite su existencia, pero en el caso de reconocimiento del tiempo de «extinción provisional» como tiempo de servicio, la reparación ha de producirse directamente, considerando ese tiempo de la extinción anulada como tiempo de servicio.**

**Se añade que la decisión firme no debe gravar la esfera patrimonial del trabajador.**

De nuevo se confunde el **ser con el deber ser**. Y se olvida el sistema español de resarcimiento por los daños producidos en el funcionamiento normal o anormal de la Administración <sup>4</sup>.

La pregunta que tiene que hacerse el intérprete, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, radica en saber si el empresario tiene que esperar a extinguir los contratos de trabajo a que la resolución administrativa sea firme.

#### 4. UN SEGUNDO PROYECTO DE SOLUCIÓN

Cabe otra perspectiva de sentido sustancialmente contrario, como alguna decisión <sup>5</sup> expresa, de modo que se viene a decir que no es posible que el trabajador obtenga una segunda indemnización por el concepto de **daños y perjuicios sufridos en su patrimonio desde el día del despido colectivo hasta el día de su incorporación a la empresa, con abono de salarios de tramitación, pues, se estima, que el artículo 51.8 de la LET es la norma legal directamente aplicable al resarcimiento de los despidos colectivos, y en ella se contempla una única indemnización o compensación tasada en función de los años de servicio para el supuesto de despido autorizado en ERE, previsión que no deja resquicio para una indemnización adicional en caso de revocación de la autorización administrativa a la que se atuvo el despido autorizado**, teniendo en cuenta el modo detallado y minucioso de la regulación de la materia adoptado por el legislador.

<sup>4</sup> Artículo 139.1 y ss. de la LRJAP y PAC.

1. Según la LRJAP y PAC 30/1992 (art. 141.1, modificado por art. 1.º 37 de la Ley 4/1999, de 13 de enero), solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

<sup>5</sup> STS de 31 de mayo de 2006.

Teniendo en cuenta que la compensación que corresponde por despido económico colectivo se encuentra regulada de manera completa en la norma laboral del artículo 51.8 de la LET, que fue abonada en su día por el empresario, se afirma que **no procede la aplicación a la misma de la norma común supletoria del artículo 1.101 del CC, porque no existe laguna legal al respecto.**

**El artículo 1.101 del CC exige como requisito para la indemnización del incumplimiento de las obligaciones contractuales dolo, negligencia o morosidad en la conducta del contratante, o que se contraviniera el tenor de aquellas obligaciones. Nada de esto sucede, estima el TS, en el comportamiento del empresario que, en ejercicio del derecho que la ley le reconoce, inicia ERE para poner remedio a una situación de grave déficit financiero continuado, haciendo uso luego de la autorización administrativa concedida para proceder al cese en el empleo de un número determinado de trabajadores.**

La lista de las obligaciones contractuales del empresario se corresponde, en grandes rasgos, con los derechos del trabajador enunciados en el artículo 4.º 2 de la LET. Dentro de ella, el artículo 4.º 2 h) de la LET incluye una cláusula general abierta que integra cuantos otros derechos se deriven específicamente del contrato de trabajo. Y no es menos cierto que del contrato de trabajo se deriva el derecho del trabajador a que el empresario no proceda a dar por extinguido el contrato de trabajo más que por las causas y en las condiciones previstas en la ley.

Pero el referido derecho del trabajador, que es una de las manifestaciones del derecho constitucional al trabajo reconocido en la Constitución (art. 35.1) no puede suponer un impedimento a la **iniciativa del empresario de proponer a la autoridad laboral el ajuste de la plantilla** cuando considere que concurren causas justificativas de un despido colectivo. **Tal iniciativa y en su caso el uso posterior de la autorización de despido acordada por la Administración forman parte de las facultades legales que integran la libertad de empresa, derecho también reconocido en la Constitución (art. 38), que debe cohonestarse o conciliarse con el anterior, y cuyo ejercicio no puede considerarse por tanto una contravención del tenor del contrato de trabajo.** La obligación del empleador o empresario que pone en marcha un ERE se limita por tanto al atenuamiento en el inicio y en el curso del mismo a la exigencia general de buena fe que, de acuerdo con el artículo 1.258 del CC, vincula a todos los contratantes en cualesquiera relaciones contractuales.

Pero, aunque hubiera existido un incumplimiento contractual, **no habría tampoco términos hábiles para establecer un nexo causal de «consecuencia necesaria» (art. 1.107 CC) entre la conducta del empresario de solicitar una autorización prevista en la ley y el perjuicio por pérdida de empleo producido en el período intermedio entre el cese autorizado y el restablecimiento de la relación de trabajo tras la revocación de la autorización. Tal perjuicio en la esfera de intereses del trabajador no depende sola o principalmente de la conducta empresarial de despido autorizado, sino que se deriva, también en parte, del acto administrativo de autorización, y en decisiva medida de la situación del mercado de trabajo e incluso de la propia conducta del trabajador en la búsqueda activa de nueva ocupación.**

La resolución jurisdiccional que revoca una autorización administrativa se refiere a esta y no a la solicitud empresarial autorizada, la cual se encuentra respaldada por una presunción de validez. Máxime cuando, como está previsto en el ERE y como ha ocurrido en concreto en el expediente que



ha dado origen a esta controversia, la información suministrada a la Administración laboral autorizante no consta que haya sido ni engañosa ni deficiente, procediendo no solo de la empresa que solicita la autorización, sino también de otras instancias y organismos públicos.

Pero se añade un segundo problema que consiste en saber si, una vez que la trabajadora ha sido readmitida por el empresario, tras la anulación de la autorización administrativa, y ha obtenido unos salarios de tramitación, **procede o no que el empresario reclame la devolución de la indemnización que en su día abonó a la trabajadora, con base en el artículo 51.8 de la LET.**

Se estima que **no procede tal devolución**, dado que **la finalidad de las distintas indemnizaciones de despido calculadas en función del tiempo de servicio, entre ellas la prevista en el artículo 51.8 de la LET es, además de resarcir en su caso el daño injusto, compensar el coste de readaptación profesional o reinserción en el mercado de trabajo que hace recaer sobre el trabajador la decisión extintiva del empresario.** La pretensión de tal devolución puede responder a una aplicación analógica a la readmisión de un trabajador despedido mediante autorización de despido posteriormente revocada de lo dispuesto en el artículo 123.3 de la LPL, que obliga a tal devolución en la extinción o despido por causas objetivas donde se haya acordado la readmisión del trabajador. **Pero esta aplicación analógica no resulta posible al no existir identidad de razón entre uno y otro supuesto.** Mientras en el despido objetivo, tal como está regulada la reclamación jurisdiccional, el tiempo transcurrido entre el acto de despido indemnizado y la eventual readmisión del trabajador despedido es un tiempo breve, en el despido colectivo autorizado en ERE el régimen de las reclamaciones frente a la autorización de despido ha de ser inevitablemente dilatado, cuando a la reclamación en vía administrativa siguen luego reclamaciones en vía contencioso-administrativa en dos grados sucesivos; lo que puede consumir un tiempo superior a seis años. En estas condiciones el coste para el trabajador de readaptación profesional o reinserción en el mercado de trabajo se ha producido necesariamente, aunque recupere el puesto de trabajo perdido mediante el restablecimiento de la relación de trabajo en que consiste la readmisión.

Valgan dos conclusiones: una es que se ha captado adecuadamente que **la decisión del empresario no lo es a su leal saber y entender y a su único riesgo. Que se apoya en una apariencia de validez y en la decisión legalmente necesaria para tomar la suya propia.**

Otra es que **no es posible que el empresario asigne dos indemnizaciones por una única extinción**, luego dejada sin efecto, al menos en parte, sin que exista culpa o negligencia en el actuar empresarial que justifique el abono de una segunda indemnización. Pero **un daño se ha causado a la trabajadora y ese daño se imputó en su día, ex artículo 51.8 de la LET, al empresario, y se mantiene, aunque no se haya resarcido por la Administración que autorizó ese daño.**

## **5. UNA POSIBLE DIFERENCIA, ENTRE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA**

**No es imprescindible solapar toda sentencia revocando o anulando el acto administrativo de autorización del despido colectivo, con el mismo acto de la Administración.** Es cierto que

aquella se refiere a este, pero son expresiones de voluntad distintas, son decisiones que tienen fundamentos y funciones diferentes, y sobre todo, significados y naturalezas no transpolables, de manera que no siempre se puede decir que se trate de decisiones sustitutorias, o alternativas, una de la otra.

Primero porque la facultad de autorización que asigna la LET a la Administración laboral no es subsidiaria de la decisión judicial, de manera que esta no tiene la función de sustituir, u ofrecer, o negar una nueva autorización de la Administración laboral. En segundo lugar porque **una cosa es la autorización necesaria al empresario y otra la revisión de esa decisión autorizante.**

Pero seguramente la mayor diferencia que se encuentra es que el empresario antes de recibir la autorización para cesar a los trabajadores no tiene apoyo ni argumento legal útil al respecto, es decir, no tiene fundamento alguno, mientras que cuando cuenta con esta **autorización**, que –según la LRJAP y PAC (arts. 56, 57.1 y 94) y la LET (art. 51.8)– es ejecutiva y que tiene presunción de validez, según artículo 15.1 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, tiene un *fumus boni iuris*, que no es otra cosa sino que, **por disposición legal, «producirá efectos desde la fecha en que se dicte»** (art. 15.1 RD 43/1996) y asigna el recurso que le faltaba al empresario, de manera que ya sabe el empleador que, si se apoya en ella, su despido no va a ser nulo, como lo sería en caso de actuar sin dicha autorización (art. 124 LPL).

Quiere decirse que, si la autorización revocada o anulada fuera igual a nada, debería retrotraerse la calificación del efecto de la decisión empresarial y afirmar su nulidad. Pero no hay tal. Lo contrario sería la existencia de una autorización ejecutiva, presuntamente válida pero absolutamente ineficaz, esto es, una auténtica trampa. Trampa para el empresario y para todos los trabajadores cuyos contratos se han extinguido, que han recibido indemnizaciones, y prestaciones de la Seguridad Social, porque, si se tratase de una nulidad de pleno derecho, esa sería la consecuencia.

Ahí está la base de la **necesidad de separar y diferenciar los casos de nulidad de pleno derecho, de los que no son tales.** En efecto, **no toda infracción en la tramitación o en la decisión administrativa es una gravísima lesión del Ordenamiento Jurídico, que haga desaparecer todo aspecto y toda la historia del acto administrativo previo y algunas de sus consecuencias.**

Conviene recordar que solo son **nulos de pleno derecho** los actos de las Administraciones públicas que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los que se dicten por órgano manifiestamente incompetente, los que tengan un contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta, los que prescindan total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y los que sean contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieran facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1 LRJAP y PAC).

De la relación que se acaba de exponer, tan solo puede tener alguna operatividad, fuera de casos extremos, el supuesto de las autorizaciones que se conceda a empresarios que carezcan de los requisitos esenciales para la adquisición del derecho a las extinciones. Si ello fuere así, puede hablar-

se de nulidad de pleno derecho. Ello **no es igual a carecer de ciertos elementos circunstanciales necesarios o, especialmente, cuando se interpreta de modo distinto una disposición o una exigencia legal**, de como lo viene a hacer luego el superior o el TS.

En fin, se quiere decir que, si bien habrá algunos supuestos de nulidad de pleno derecho, **los demás, los seguramente más frecuentes, son casos de anulabilidad**, o sea, de infracciones ordinarias del Ordenamiento Jurídico (art. 63 LRJAP y PAC).

En el primer caso la sentencia deberá dotar de eficacia *ex tunc* a su decisión y, en el segundo, efectos *ex nunc*<sup>6</sup>. Ello porque la eficacia retroactiva es excepcional (art. 57.3 LRJAP y PAC) y porque **no se puede dejar de distinguir entre los efectos propios del acto administrativo y los de la sentencia**. El primero se está **ejecutando provisionalmente** mientras se tramita el procedimiento administrativo, y hasta que se dicta la sentencia, pero esta no borra del mundo el acto administrativo irregular, hasta que la sentencia se ha dictado, y desde que se ha dictado, porque la sentencia constitutiva es excepcional y porque la ejecutividad de la sentencia impide que se quede sin efecto lo que se hizo en dicha perspectiva y ante la presencia de un título que, según se dice en el Real Decreto 43/1996, tiene presunción de validez y produce plenos efectos desde que se dicta.

Es cierto que el empresario que se apoya en un título meramente ejecutivo, pero no firme, **se la juega**, corre un riesgo de desestabilización del apoyo, pero no lo es menos que el apoyo de su decisión extintiva, tiene **un antes y un luego**. Solo **para el «luego» ha desaparecido el apoyo, pero no para el «antes» de la sentencia anulatoria**.

Para ambos tramos temporales quiere el empresario la autorización, pero, inexorablemente, le faculta para las extinciones respecto del tiempo anterior a la declaración de firmeza de la resolución que se dicte, como se desprende también del artículo 14.1 del Real Decreto 43/1996. El tiempo posterior se decidirá en la sentencia firme, si es que se recurre.

Esta perspectiva es **concorde con el derecho reconocido a los trabajadores que discrepen de la indemnización abonada por el empresario, tras el despido colectivo inmediato, o cuando no la reciban, ya que es innegable su derecho a acudir al orden social de la jurisdicción en reclamación de la indemnización procedente [art. 14.2 RD 43/1996, en relación con el art. 4.º 2 g) LET], que puede llevar a una sentencia firme**, basada en la prejudicialidad de la autorización administrativa ejecutiva, reconocedora de esa indemnización o de su mejor importe, aunque luego la sentencia del orden contencioso-administrativo deje sin efecto el acto administrativo de apoyo.

Entre las causas de **suspensión del proceso laboral**, no se encuentra la sujeción a recurso administrativo, o contencioso-administrativo, del acto que atribuye la autorización administrativa (art. 86 LPL).

<sup>6</sup> Dice la STS de 13 de diciembre de 1990 que los efectos *ex nunc* de la nulidad suelen ser funcionalmente los adecuados en el marco de un contrato de tracto sucesivo como el de trabajo.

Si se acoge una cierta terminología, se podría decir que la **ejecutividad del acto administrativo autorizante es, desde que se dicta, provisional o limitada, a diferencia de la «ejecutividad plena»** de que se habla en la STS de 13 de diciembre de 1990.

## 6. PONGAMOS UN RESUMEN ESTÉTICO

Si el contrato se ha extinguido aparentemente de modo justificado, según decisión ejecutiva de la Administración, y dotada de presunción de validez, **no cabe que el trabajador, tras la sentencia firme revocatoria, pretenda salarios por el tiempo intermedio.**

**No cabe tampoco otra segunda indemnización** por presuntos daños causados por el empresario.

El **empresario tiene que readmitir al trabajador**, una vez que se ha acreditado que no existe causa legal de extinción.

La **Administración, que ha actuado anormalmente en la decisión de su autorización, debe responder de los daños causados al trabajador, por el tiempo intermedio entre la autorización extintiva y la sentencia firme.**

La **Administración debe responder también al empresario por la fracción de indemnización en su día abonada al trabajador, conforme al artículo 51.8 de la LET, por su significado y entidad futura legales, en su previsión de daños más allá de la fecha de la sentencia firme.** Sin embargo, este extremo será de extraordinaria dificultad probatoria.