

# LOS DESPIDOS DE LA CRISIS. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS

Lara M. Munín Sánchez

*Juez sustituta*

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho del Trabajo de la E. U. de Relaciones Laborales de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

**RESUMEN:** La reforma laboral operada a través del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y de su ley de convalidación, la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha pretendido atajar la sangría del paro a través de una reforma de la figura de la extinción de los contratos de trabajo, de forma que podríamos hablar de los *despidos de la crisis*. Sin embargo, las medidas adoptadas para atajar la crisis económica han tenido un impacto tan profundo en la regulación de la institución del despido tal y como se veía entendiéndose que bien pudieran denominarse la *crisis de los despidos*. En este artículo se trata de clarificar qué puntos se han visto afectados por ellas y en qué medida la faceta reformada ha supuesto una transformación de las notas tradicionalmente características de cada tipo de despido.

**PALABRAS CLAVE:** Despido objetivo, Despido colectivo, Despido disciplinario, Despido «expres», Salarios de tramitación, Autorización administrativa, Fase de consultas

**ABSTRACT:** The labour reform operated through Royal Decree Law 3/2012, 10<sup>th</sup> February, and its act of recognition, Law 3/2012, of 6<sup>th</sup> July, has tried to tackle unemployment bleeding through a reform of the figure of the termination of employment contracts, so that you could talk about *dismissals of the crisis*. However, measures to tackle the economic crisis have had an impact so deep in the regulation of the institution of the dismissal as it was understood might well call the *crisis of dismissals*. In this article, it is clarified which points have been affected by they and to what extent reformed facet has been a transformation of the notes traditionally features of each type of dismissal.

**KEY WORDS:** Objective dismissal, Collective redundancies, Disciplinary dismissal, "Express" dismissal, Back pay, Administrative authorization, Negotiation period

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA. II. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS DISCIPLINARIOS: 1. La «desaparición» del mal llamado «despido exprés»; 2. El abaratamiento del despido improcedente. III. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS OBJETIVOS: 1. La dulcificación de las causas justificadoras; 2. La coordinada desaparición de los salarios de tramitación. IV. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS: 1. La eliminación de la autorización administrativa y el papel secundario de la Autoridad Laboral; 2. La importancia de la fase de consultas; 3. El empresario tiene la última palabra

## I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y, después, por su ley de convalidación –siquiera fue algo más que una mera convalidación, dado que se introdujeron modificaciones de calado en diversos aspectos–, la conocida Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, determinaron un cambio en tres instituciones con raigambre en nuestro ordenamiento jurídico laboral; a saber: los despidos disciplinarios, los objetivos y los colectivos. El motivo de su modificación ha sido la grave crisis económica que afectaba –y sigue afectando– a España, con unos índices de desempleo tremendos –el 27,16% en mayo de 2013 de la población activa<sup>1</sup>– y que en tiempos de acometer la reforma era insostenible. En otras palabras, la reforma que algunos han denominado «Reforma Laboral Rajoy»<sup>2</sup> ha supuesto la introducción de unos *despidos de la crisis*, la adaptación de una figura, que finiquita la relación laboral, a unas excepcionales circunstancias concurrentes, se busca facilitar los despidos al empresario para lograr la necesaria flexibilidad de las empresas y lograr crear empleo, olvidando que «la legislación laboral no tuvo nunca –ni taumatúrgicamente puede pasar ahora a tener– la finalidad de crear empleos (aunque, visto lo que sucede con esta reforma, a causa de al descompensación existente entre el régimen de la modificación y el régimen de la extinción del contrato de trabajo, sí podría contribuir a que el empresario se viese estimulado a tener que destruir más empleos)»<sup>3</sup>. Partiendo de esos *despidos de la crisis* (en cuanto a ella deben su actual configuración) la reforma ha sido de tan hondo calado que –en realidad– también podría hablarse de una *crisis de los despidos*, dado que se han perdido algunos de los sólidos asideros hasta ahora existentes y que han desvirtuado cada una de las instituciones que hemos conocido, bajo un cambio de perspectiva; y es el siguiente: la finalidad de la legislación laboral ha de ser siempre proteger al trabajador (tuitiva), pero no puede pretenderse crear empleo por su mera existencia. El pretendido cambio operado por el Legislador en la búsqueda de esa finalidad ha determinado esa *crisis del despido*. Aunque algunos<sup>4</sup> ya habían puesto de manifiesto que «sencillamente, el despido supone la fórmula

1 Cfr. [http://www.ine.es/prensa/epa\\_prensa.htm](http://www.ine.es/prensa/epa_prensa.htm).

2 Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Derecho del Trabajo y crisis económica. La "Reforma Laboral Rajoy" del derecho individual del trabajo», en *Anuario de la Facultad de Derecho de de la Universidad de A Coruña* Volumen XVI (2012), págs. 111 y ss.

3 Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. «Derecho del Trabajo y crisis económica. La "Reforma Laboral Rajoy" del derecho individual del trabajo», cit., pág. 120 y 121.

4 Véase OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, 1ª edición, La Ley (Madrid, 2010), pág. 634.

más rara y extraña de concluir la relación laboral, la vía atípica de extinción del contrato, que solo afecta al 8,8 por 100 de los mismos, mientras que el 75 por 100 acaba por la llegada del término», mas ello no es óbice para que el Legislador pretenda –que es lo buscado en la reforma– acabar con lo que denomina *dualidad* en la contratación por la vía de flexibilizar los despidos.

De lo que se trata en este artículo es de resaltar en qué facetas o parte de su régimen jurídico se ha producido la modificación, recordando la regulación anterior, y cómo puede afectar a los trabajadores despedidos dichas medidas, porque –al final– los cambios aprobados han supuesto una merma en ciertos derechos si no adquiridos, sí tradicionales en nuestra concepción laboral (podría destacarse, por ejemplo, la eliminación de la necesidad de autorización de la Autoridad Laboral para acordar un despido colectivo, la dulcificación de los requisitos para justificar un despido objetivo o la reducción del número de días con el que indemniza un despido improcedente –esto es, en cuánto se cuantifica la responsabilidad pecuniaria del que resuelve un contrato de trabajo unilateralmente–). En esta línea se expondrán, de manera separada, la valoración de cada una de las clases de despido que se han citado (disciplinario, objetivo y colectivo).

## II. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS DISCIPLINARIOS

### 1) La «desaparición» del mal llamado «despido exprés»

2. Se ha calificado esta modalidad como «mal llamado», porque –en realidad– no era tan exprés como su nombre parecía indicar, sino que eliminaba la discusión sobre la causa (al reconocerse la improcedencia del despido) y se evitaban los salarios en distinta medida para el empresario, siquiera el debate (conflicto trabajador–empresario) se trasladaba –entonces– a la suficiencia de la consignación y al momento en que había tenido lugar, porque la virtualidad otorgada a una consignación rauda (en cuarenta y ocho horas) iba a depender de si se habían consignado efectivamente la indemnización debida, sin errores excusables y el tiempo en el que se había hecho; aunque lo esencial –normalmente– era si la insuficiencia de la cantidad consignada como indemnización por despido improcedente (por haberse hecho de menos) se debía o no a un error excusable<sup>5</sup>, empleándose diversos *indicios* que podía ayudar en la labor de discernir unos casos y otros (entre ellos, la escasa cuantía de la diferencia y la coincidencia en el cálculo por parte de la empresa y el Juzgado en la sentencia de instancia<sup>6</sup>; la dificultad «jurídica» del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una «discrepancia razonable»<sup>7</sup>; la dificultad jurídica de calificar como salarial las opciones de

5 Sobre el particular, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de junio de 2010 –Recurso número 1009/10–.

6 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 308/99–.

7 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2006 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 1107/05–; y 26 de enero de 2006 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 3813/04–.

compra de acciones suscritas por un trabajador<sup>8</sup>; cuando lo que se discute es la antigüedad computable en los supuestos de reconocimiento de la prestada para anteriores empresas, pero sin mediar subrogación y sin que se pactase que aquél lo fuese a todos los efectos<sup>9</sup>; cuando haya que ponderar la incidencia de una nueva tabla retributiva<sup>10</sup>; o, finalmente, en el caso de los denominados «bonus»<sup>11</sup>).

El Legislador parte de una acerva crítica al denominado «despido exprés»<sup>12</sup>, que tanta aplicación práctica y problemas originaba (pleitos constantes ante los tribunales sobre la eficacia de la consignación), en concreto, llega a afirmar que «el denominado "despido exprés" se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos colectivos y objetivos. Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el "despido exprés" se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de "flexiseguridad". El "despido exprés" crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurran conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Asimismo, desde el punto de vista empresarial, el éxito del "despido exprés" también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. *No constituye un comportamiento económicamente racional –el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial– despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción,*

8 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 3813/04–.

9 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 3110/05–.

10 Véanse las Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 3673/02–; y 25 de mayo de 2006 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 1107/05–.

11 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 –Recurso de casación para unificación de la doctrina 121/05–.

12 El «despido exprés» es una expresión referida a la limitación del abono de salarios por parte del empresario en caso de reconocimiento de la improcedencia y consignación de la correspondiente indemnización. Antes del 11 de febrero de 2012, el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, al referirse al despido improcedente, contemplaba la posibilidad de que el empresario reconociera la improcedencia del despido y ofreciese la indemnización prevista legalmente, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. De proceder así, la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación quedaba limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social, salvo que dicho depósito se realizase en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengaba cantidad alguna por salarios de trámite. Cfr. DE CASTRO MEJUTO, L. F., «Doctrina general acerca de la consignación suspensiva de los salarios de tramitación», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, Volumen XV (2011) págs. 271 a 282.

*cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica.* La razón de ello se reside en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciando, respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos monetarios y de tiempo, más razonables»<sup>13</sup>.

Como consecuencia de ese rechazo, el «despido exprés» aparentemente desaparece, pero –podría decirse– se generaliza de otra forma indirecta. Esta afirmación tiene su razón de ser en que, tras el Real Decreto-Ley 3/2012 (y su posterior norma de convalidación), los salarios de tramitación han desaparecido, lo que evita el efecto cuantitativo que el «despido exprés» trataba de subvenir, es decir, esa importante carga económica que sufría un empresario que veía como, al final y por sentencia, se declaraba improcedente el despido operado y se le imponían los salarios de tramitación devengados hasta ese momento, con independencia de la opción elegida (readmisión o indemnización). Ahora, la asunción de los salarios de tramitación sólo se produce cuando el empresario opte por la readmisión, pero no en caso contrario, de tal forma que ya no existe la necesidad de declarar la improcedencia desde el primer momento si se va a elegir la extinción de todas formas, sino que se permite que el empresario dilate dicha elección hasta el momento en el que se declare la improcedencia, lo que permite un efecto pernicioso que es generalizar aquello que era loable del «despido exprés», pero en perjuicio de los trabajadores, que verán que hasta el final del periplo judicial no conocerán cuál va a ser la opción ejercida por el empresario para una eventual declaración de improcedencia<sup>14</sup>. Efecto pernicioso que se verá aumentado debido a los retrasos en la tramitación de los procesos laborales ante los tribunales por el colapso existente, lo que supone una espera larga para que se decida sobre la calificación del despido y, aunque se sepa cuál va a ser la resolución (por ejemplo, porque el despido carece de forma o la mención de una causa mendaz totalmente), deberán esperar a que el empleador haga uso de la opción; es más, incluso llegados a este punto y elegida la extinción indemnizada por el empresario, si decide recurrir éste, los trabajadores parece que no podrán pedir la ejecución de la sentencia, salvo que nos situemos en las solicitudes de anticipos reintegrables, con las dificultades teóricas que ello entraña. Y se dice esto, pues del artículo 111.1.b) de Ley de Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) cabe inferirse que no cabe esta ejecución provisional. Sin embargo, el artículo 301 del mismo texto se afirma que «en los casos en que no proceda la aplicación de las normas de ejecución provisional establecidas en este Capítulo, si concurren los presupuestos necesarios, podrán concederse anticipos reintegrables, en los términos establecidos en esta Ley, cuando la sentencia recurrida declare la nulidad o improcedencia del despido o de las decisiones extintivas de las relaciones de trabajo», lo cual no tendría sentido si no se refiere a los supuestos de despidos declarados improcedentes donde el empresario haya optado por la indemnización, habida cuenta que en los demás casos sí se contemplan normas específicas en el capítulo dedicado a la ejecución provisional.

13 Párrafos tercero y cuarto del Apartado V del Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

14 O sí, para el caso de trabajadores con muy poca antigüedad y cuya indemnización va a ser muy escasa.

## 2) El abaratamiento del despido improcedente

3. La otra medida adoptada ha sido la reducción de la indemnización que tendrá que abonar el empresario para el caso de querer rescindir el contrato laboral sin causa justificada, esto es, en los casos de despido improcedente; a saber: cuando no quede acreditada la causa alegada como razón del despido o cuando se incumpliesen requisitos de forma (artículos 55.4 del Estatuto de los Trabajadores<sup>15</sup> y 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>16</sup>). En todo caso, no se piense que esta decisión afecta exclusivamente a los despidos disciplinarios –los citados–, a pesar de tratarse esta circunstancia en un apartado dedicado a éste, sino que es común a las otras dos instituciones o clases de despido, dado que la declaración de improcedencia también se adoptará en los casos de falta de concurrencia de la causa (motivo) o incumplimiento de la forma de los despidos objetivos (artículos 53.4, párrafo séptimo, del Estatuto de los Trabajadores<sup>17</sup> y 122.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>18</sup>) y en los despidos colectivos cuando se hubiese impugnado individualmente (artículo 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>19</sup>) o –*mutatis mutandis*– cuando la impugnación haya sido planteada por los representantes legales de los trabajadores y no se pruebe la causa del despido colectivo (artículo 124.11, párrafo tercero, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>20</sup>) –en realidad la calificación sería la de «no ajustada a derecho», que no es exactamente igual que hacerlo como improcedente, dado que la sentencia sería mero declarativa y habría que acudir a los procedimientos individuales correspondientes para que se imputasen los mismos efectos que la improcedencia–.

Ahora la indemnización correspondiente es de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>21</sup>), esto

15 «El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustará a lo establecido en el apartado 1 de este artículo» (art. 54.4 ET).

16 «Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente» (art. 108.1 LJS).

17 «La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente» (art. 53.2, párr. 7º, ET).

18 «Se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Si no la acreditase, se calificará de improcedente» (art. 122.1 LJS).

19 «Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades...» (art. 124.13 LJS).

20 «La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva» (art. 124.11, párr. 3º, LJS).

21 «Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta

es, se ha reducido el módulo salarial que ha pasado de cuarenta y cinco a treinta y tres días (lo que ha supuesto una reducción del 26,66% en el multiplicador) y el límite cuantitativo de cuarenta y dos a veinticuatro meses (lo que equivale a una reducción del 42,85% en el máximo a recibir). Como se puede observar, la reducción ha sido muy sustancial en relación a las condiciones existentes hasta este momento, lo que sumado a la eliminación de los salarios de tramitación, representa un deterioro significativo en relación a unos hipotéticos derechos adquiridos<sup>22</sup>, que generó una ola de protestas y la introducción de una cláusula transitoria para subvenir la situación de aquellas relaciones laborales existentes con anterioridad al 12 de febrero de 2012 –que es la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, que modifica la indemnización– percibirán la misma indemnización que con la legislación anterior (cuarenta y cinco días) hasta dicha fecha y treinta y tres a partir de ese momento, con un límite de dos años, salvo que la antigüedad anterior le suponga más que dicho límite, en cuyo caso éste se elevará hasta el anteriormente vigente (cuarenta y dos mensualidades)<sup>23</sup>.

### III. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS OBJETIVOS

#### 1) La dulcificación de las causas justificadoras

4. En este apartado se pretende aclarar –dentro de lo posible– qué significado y cuál puede ser el contenido palabras del artículo 49.1.l) del Estatuto de los Trabajadores, al normar que «el contrato de trabajo se extinguirá: [...] Por causas objetivas legalmente procedentes», causas que se contienen en el citado artículo 52.c), que –a su vez– remite al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, donde se afirma ya que «se entiende que concurren *causas económicas* cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entiende que concurren *causas técnicas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o

---

un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo» (art. 56.1 ET).

- 22 La eventual indemnización no se puede considerar incluida en el acervo contractual laboral, pues no es un derecho adquirido, circunstancia que no concurrirá hasta la producción del hecho que determina su generación: el despido. Hasta ese momento, se podría hablar de una expectativa, pero no de un derecho adquirido.
- 23 «1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. 2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso. 3. En el caso de los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida, se estará a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de esta Ley» (Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012).

instrumentos de producción; *causas organizativas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y *causas productivas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

La lectura de esta dicción sorprende –y sobre este punto se volverá en el apartado siguiente de este artículo, al tratar los despidos colectivos– por la sencillez y la facilidad atribuida a las extinciones objetivas/colectivas; siquiera esta equivalencia ha de entenderse con las debidas salvedades entre ambos, tanto por el control realizado por los representantes de los trabajadores y la Autoridad Laboral, como por el nuevo contenido que ha otorgado al artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –precisamente– el Real Decreto-Ley 3/2012 (y la Ley 3/2012, que introduce la legitimación empresarial en su planteamiento<sup>24</sup>). Sin ahondar en la evolución de estas definiciones, que progresivamente se han ido flexibilizando y proveyendo su empleo<sup>25</sup>, su razón de ser se expresa en la propia Exposición de Motivos de dicho Real Decreto-Ley<sup>26</sup> [la cursiva es de esta autora]: «La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc. El objetivo es la flexiseguridad. Con esta finalidad, el presente real decreto-ley recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden [...] *favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo*». Todo lo cual se ha concretado en una reforma que, pese a que parece poco significativa en este ámbito, viene a incidir de manera decisiva sobre la prueba (y control judicial) de las causas que justifican el despido objetivo, de una manera muy gráfica se afirma en la Exposición de Motivos<sup>27</sup>, que [la cursiva es nuevamente de esta autora] «la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, *suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre*. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, *tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la*

24 Es curioso, porque ahora se permite al empresario solicitar un «dictamen» a los órganos judiciales sobre validez del despido colectivo operado (pretendiendo que se declare ajustado a derecho). Cfr. art. 124.3 LJS.

25 Pues excede de los términos de un escrito de estas características; pero, sobre el particular, podría consultarse FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La reforma del régimen del despido por la vía de reducción de sus costes», en *Revista de Derecho Social*, número 57 (2012), págs. 199 a 208.

26 Apartado II, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos

27 Apartado V, párrafo octavo, de la Exposición de Motivos.

*gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas*». Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva y como se ha puesto de relieve en alguna ocasión<sup>28</sup>, lo más destacado de la regulación actual –tras las dos últimas reformas– en el ámbito de los despidos objetivos es *la laxitud con la que se contemplan ahora las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, que pueden dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo. Frente a la regulación anterior que se centraba en la razonabilidad o instrumentalidad de la medida, en los que había que probar que la extinción del contrato de trabajo contribuía a la superación de la situación económica negativa, ahora «salvo supuestos especiales y de características peculiares, basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para estimar que la amortización de puestos de trabajo contribuye a superar la situación de crisis económica. Y no corresponde a la empresa la carga de probar que la medida adoptada era suficiente para superar la crisis, ni que se adoptaban otras medidas que garantizaban la superación de la crisis»<sup>29</sup>; en otras palabras, que –en la regulación anterior y pese a su redacción– si el empresario lograba probar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas, ya no era preciso acreditar que servía para superar la crisis, pues era un elemento que se presumía. Sin embargo, ahora es mucho más sencillo para el empresario, dado que bastará con probar una situación económica negativa, aun sin pérdidas, porque la mera disminución de ingresos o de ventas en tres trimestres consecutivos; o que se han adoptado cambios tecnológicos, de producción o en la organización de los recursos –y sólo «cambios exige la Ley– para que pueda recurrirse al despido objetivo.

5. Pero es que la reforma no se quedado en alterar las causas de la letra «c», esto es, las económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que también ha dulcificado las expresadas en la letra «a», pues ahora el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de despedir a un trabajador «por faltas de asistencia al trabajo, *aun justificadas pero intermitentes*, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses»; en otras palabras, a un trabajador que inasista durante 8 días al trabajo podría despedírsele, aunque su inasistencia estuviese justificada en una causa legal (por ejemplo, una baja médica). Es cierto que, por una parte, se exige que en el último año su absentismo alcance el 5% y, por otra parte, se excluyen las ausencias debidas al ejercicio de derechos constitucionales o maternidad/paternidad, vacaciones, accidente de trabajo o, en caso de bajas por contingencias comunes, que duren más de veinte días o deriven de

28 Véase, *in extenso*, MUNÍN SÁNCHEZ, L. M. «Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en los despidos objetivos y colectivos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, Volumen XVI (2012) pág. 148.

29 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008 –Recurso de casación para la unificación de doctrina 730/07–.

tratamiento de enfermedades graves<sup>30</sup>. Sin embargo, se puede censurar la regulación por la dureza que impone a los empleados (y facilidad para el empleador en su uso) y la falacia que suponen los límites, pues el primero sólo resultaría un impedimento si no faltado al trabajo más de cuatro días más que los que ya han sido empleados para calcular el 20%, dado que el 5% de las jornadas del último año (excluidas las cuatro por vacaciones) nos ofrecen –aproximadamente– 12 días, por lo que para entrar en funcionamiento la causa sólo se necesitan esos cuatro días más de inasistencia; el segundo, dado que o bien los trabajadores comenzarán a alargar sus bajas más de veinte días para que no entre en el cómputo su inasistencia mientras estén enfermos, o bien cualquiera podría incurrir en justa causa de despido objetivo, al menos, mientras no se defina qué es una enfermedad grave, habida cuenta que el «cáncer» aparece especificada, mas no el resto de la frase utilizada por el Legislador. Además, se quiere resaltar la desvinculación, que se ha operado en relación con la legislación preexistente, con respecto al nivel de absentismo de la empresa: antes la causa era realmente objetiva, en cuanto tenía una vinculación con el funcionamiento normal de la empresa, pero ahora resulta que la objetividad reside en que el elemento justificador de la falta de asistencia es extraño (o ajeno) al trabajador.

## 2. La coordinada desaparición de los salarios de tramitación

6. Tal y como se mencionaba en el anterior apartado, referido a la crisis del despido disciplinario, en el caso de que el objetivo, sea cual sea su concreta causa, se termine declarando improcedente, el empresario elegirá entre abonarle una indemnización, sin salarios de tramitación, o readmitirlo con su abono, con unas lógicas especialidades referidas a la cantidad que ya hubiese percibido –ya su deducción, ya su devolución, en cada caso– (artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores)<sup>31</sup>. Esto no es más que la coordinada desaparición de los salarios de tramitación con carácter general que se ha impuesto, al considerar el Legislador que esa era una de las causas del reconocimiento inicial de la improcedencia del despido –incluso– en clara concurrencia de causas económicas, de tal forma que los costes del despido se incrementaban y hacían inviable acudir al recurso ordinario ofrecido (despido objetivo). En sus propias palabras, «[...] los despidos objetivos por las mismas causas han venido caracterizándose

30 «No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» [art. 52.d), párr. segundo, ET].

31 «La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva *producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario*, con las siguientes modificaciones: a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable. b) Si la extinción se declara improcedente, y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización» (art. 53.5 ET).

por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. *Ello explica que las empresas se decantaran, a menudo, por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación*<sup>32</sup>. En todo caso, en la base de la justificación de la eliminación de estos salarios de tramitación se encuentra, empero, la asunción por parte del Fondo de Garantía Salarial de los impagos de los empresarios, de ahí que se hable de socialización del coste que supone y que se incremente el plazo para que el Estado asuma su abono (de sesenta a noventa días, artículo 57.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>33</sup>; y la propia duración de los procesos judiciales en una jurisdicción colapsada<sup>34</sup>.

#### IV. LA CRISIS DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

##### 1. La eliminación de la autorización administrativa y el papel secundario de la Autoridad Laboral

7. Lo más destacado en este ámbito –y, también, lo más comentado– ha sido la eliminación de uno de los rasgos definitorios de esta institución<sup>35</sup>: la autorización de la Autoridad Laboral para su recurso, bastando la simple notificación y un informe elaborado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las circunstancias en las que se fundamenta aquel despido colectivo<sup>36</sup>. Es cierto que se ha mantenido que esa autorización no ha supuesto

32 Véase el Apartado V, párr. sexto, del Preámbulo de la Ley 3/2012.

33 «Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2 del artículo 56 de esta Ley, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles» (art. 57.1 ET).

34 «En el caso de aquellos despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, no es necesario el abono de los salarios de tramitación, lo cual se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por otra parte, los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días» (Apartado V, párr. décimo cuarto, del Preámbulo de la Ley 3/2012).

35 Sobre este cambio, puede consultarse CABEZA PEREIRO, J., «La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos», en *Revista de Derecho Social*, número 57 (2012), págs. 183 a 198.

36 «Recibida la comunicación, la autoridad laboral lo comunicará a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento» (art. 51.2, párrafo noveno, ET).

más que una exigida adaptación a lo que es habitual en nuestro entorno jurídico, dado que en el derecho comparado más próximo es una exigencia inexistente, pero ha roto una tradición muy arraigada. La justificación la ofrece el Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, al indicar que «*La caracterización del despido colectivo, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales.* De ahí, seguramente, la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido. Se desnaturaliza así, en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos [...] Sobre la base del anterior diagnóstico, el conjunto de medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo recogidas en el capítulo IV, se inicia con una reforma del régimen jurídico del despido colectivo. *Una de las principales novedades reside en la supresión de la necesidad de autorización administrativa, manteniendo la exigencia comunitaria de un período de consultas, pero sin exigirse un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos.* Ello se acompaña de una asimilación de estos despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido»<sup>37</sup>. En otras palabras, la dinamización del proceso (celeridad) exigen en una situación de crisis, al decir del Legislador, la eliminación de uno de sus obstáculos (la autorización), que tantas veces se había revelado como un contrapeso a algunos desmanes empresariales, residenciando ahora la clave del procedimiento seguido en el despido colectivo en la fase de consultas o, en palabras de algún órgano judicial<sup>38</sup>, «el período de consultas, regulado en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, constituye el centro de gravedad del despido colectivo».

En todo caso, podría opinarse que ello no es más que la culminación de un proceso en el que las causas [las de la letra c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores<sup>39</sup>], se sustrajeron –al menos, su definición– de ese precepto y se residenciaron en el artículo 51 del Estatuto, que contiene el régimen jurídico del despido colectivo, revertiendo lo hasta ese momento existente y convirtiendo el colectivo en la referencia del objetivo. La norma que comenzó ese cambio fue la conocida Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; esta Ley continuó la línea impuesta

37 Párrafos quinto y séptimo del Apartado V del Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

38 Son palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012 –Asunto núm. 109/12–.

39 «El contrato podrá extinguirse: [...] c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo» [art. 52.c) ET].

por la «prerreforma» del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y la escalada de las adoptadas sobre el mercado laboral que se ha apoderado de nuestro país, lo que, desde entonces, ha conducido a la desvirtuación de los dos despidos (el colectivo y el objetivo<sup>40</sup>), entremezclándolos y eliminando varios de sus rasgos definitorios.

8. El primero de los cuales ha sido la desaparición del papel estelar de la Autoridad Laboral a través de su autorización; este organismo ha pasado ahora a ser un actor secundario en relación a los protagonistas principales, puesto que la clave del despido objetivo se encuentra en la negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores, mientras que su intervención queda constreñida a un mero comunicador (comunica a la Entidad Gestora la solicitud y solicita un informe de la Inspección de Trabajo)<sup>41</sup>; aunque –en compensación por la pérdida de importancia– se le atribuye unos roles de policía (en el sentido de controlar la efectividad de la fase de consultas), mediadora y asesora<sup>42</sup>, que son más aparentes que reales –con la excepción que se dirá–, habida cuenta que sus recomendaciones y advertencias no son obligatorias, la función de mediación dependerá de que sea requerida, no de su sola voluntad, y el rol de asistencia parece una manifestación de las atribuciones generales que pueda tener en el campo social. No obstante, sí existe un aspecto en el que puede desempeñar una gran importancia en su ejercicio de control (policía) y es la impugnación de los acuerdos alcanzados<sup>43</sup>, porque se pueden encontrar ejemplos de supervisión y correspondiente demanda por despido colectivo por parte de la Autoridad Laboral; entre ellos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 diciembre de 2012 –Asunto número 35/12–, en el que se analizó una demanda por fraude presentada por aquélla contra un acuerdo adoptado por la empresa (que era auxiliar de otra naval) y la representación de los trabajadores, al considerar que lo que trataban ambas partes era de conseguir para los empleados prestaciones de desempleo, a las que no tenían derecho, pues –en realidad– lo que debería haberse tramitado era un Expediente de Regulación de Empleo suspensivo y no extintivo (la decisión del Tribunal fue declarar ajustado a derecho el despido colectivo y rechazar los argumentos de la actora).

40 Al que ya me he referido en el apartado anterior.

41 «Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consultas...» (art. 51.2, párr. décimo, ET).

42 «La autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa» (art. 51.2, párr. décimo quinto, ET).

43 «La autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo» (art. 51.6, párr. segundo, ET).

Además, la actuación de la Inspección de Trabajo de Trabajo y de la Seguridad Social, que tan decisiva era durante la vigencia de la legislación precedente, ha perdido pulso, porque su informe no es más que un elemento de prueba que se adicionará al expediente, pero no condiciona la decisión (ya que al final decide el empresario) ni tampoco al Tribunal a la hora de decidir, siquiera pueda considerarse que la objetividad y profesionalidad de la informante tendrá un peso considerable en la resolución, pero ello no es una regla estricta y revela que, frente a la situación anterior, en la que –evidentemente– el informe de la Inspección de Trabajo habría conformado la decisión de la Autoridad Laboral (en cuanto a autorizar o no el Expediente de Regulación de Empleo), eso no funciona automáticamente; primero, porque el peso de la decisión recaerá en los actores sociales (empresario y representantes de los trabajadores) y, en caso de fracasar la decisión, en el empleador; y, segundo, porque el valor otorgado al propio informe (y sus conclusiones) es una decisión judicial.

## 2. La importancia de fase de consultas

9. La fase de consultas es el núcleo del procedimiento del despido colectivo y así lo recuerda la primera Sentencia del Tribunal Supremo, dictada tras la entrada en vigor de la reforma acordada por Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y que lleva por fecha el 20 de marzo de 2013 –Recurso de casación ordinaria 81/12–, donde se analiza la validez de un despido colectivo resuelto en primera instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Es esta fase, que debe conducirse bajo los parámetros de la buena fe, la esencial, pues lo que se quiere es que ambas partes sociales alcancen un acuerdo (sea o no satisfactorio), que se presumirá válido. En todo caso, para que esta negociación lo sea, es preciso que se haya entregado a los representantes de los trabajadores la memoria explicativa completa, habida cuenta que su «principal finalidad [...] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente [...] esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos» –son palabras de la citada Sentencia del Tribunal Supremo–; como también lo es que haya habido una verdadera negociación, campo éste en el que se admite una casuística considerable, dado que se ha llegado a discutir en qué consiste ésta<sup>44</sup>, cuántas reuniones son precisas para entender que se ha producido<sup>45</sup>, y, en fin, si la ausencia de elementos accesorios podrían afectar a su licitud<sup>46</sup>.

## 3. El empresario tiene la última palabra

10. Se advertía anteriormente, la eliminación de la autorización judicial y la falta de

44 Son palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 octubre de 2012 –Asunto núm. 14/12–.

45 Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012 –Asunto núm. 17/12–.

46 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2012 –Asunto núm. 08/12–; y de 13 de junio de 2012 –Asunto núm. 11/12–.

necesidad de un acuerdo abren la puerta a que decisión final sobre el despido corresponda al empresario<sup>47</sup>. Será sólo él quien tenga la última palabra sobre el expediente tramitado, pues zanjará la cuestión y las condiciones en las que se lleva a cabo (artículo 51.2, párrafo décimo sexto, del Estatuto de los Trabajadores<sup>48</sup>). Esta situación se ve fortalecida por la atribución de la iniciativa del despido al empresario y, ahora, por la curiosa posibilidad –a la que ya se ha hecho alusión– de que pueda solicitarse por parte del mismo un pronunciamiento judicial acerca de la naturaleza ajustada a derecho de los despidos (artículo 124.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), para así evitar discutir en todos y cada uno de los eventuales pleitos individuales, que se puedan plantear por los trabajadores despedidos, la condición ajustada a derecho del despido colectivo; el motivo es que esta sentencia será declarativa y tendrá efectos de cosa juzgada sobre el resto de pronunciamientos<sup>49</sup>. En definitiva, tanto la decisión generadora del expediente de regulación de empleo extintivo, como la que lo finaliza, en último extremo, pasando por la solicitud de validación judicial, está en manos del empresario, que se convierte en el omnipotente árbitro en este campo. Lo cual podría no sorprender, pues es el titular de los medios de producción, quien se arriesga con su capital y esfuerzo y a quien corresponde la libertad de empresa<sup>50</sup> (artículo 38 de la Constitución Española<sup>51</sup>), pero se le han atribuido unas posibilidades que, combinadas con lo que se ha venido indicando (eliminación de los salarios de tramitación y reducción de la indemnización), colocan al empresario en una posición de poder que viene a alterar el precario desequilibrio ya existente entre él y los trabajadores.

47 Sin perjuicio de su posterior control judicial, obviamente.

48 «Transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo» (art. 51.2, párr. décimo sexto, ET).

49 «Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, *el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva*. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley» (art. 124.3 LJS).

50 La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, señala que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos. La libertad de empresa deber ejercerse, como ha quedado reseñado, en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, como «la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica».

51 «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» (art. 38 CE).