

La definición de las causas de empresa ex art. 51 ET tras la reforma de 2010: un conflicto sin resolver

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz.

Doctor en Derecho. Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

Comunicación Presentada a la Ponencia: “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

1.- Introducción

La posibilidad de resolver el contrato por circunstancias no imputables al trabajador basada en una excesiva onerosidad sobrevenida es uno de los supuestos extintivos que más dificultades plantea desde un punto de vista jurídico. Especialmente porque la descripción jurídica del concepto “exceso del *alea* previsto suficiente para justificar la resolución”, no es en absoluto sencilla. La evolución del Derecho del Trabajo al respecto evidencia la existencia de un dilema de compleja solución. Las sucesivas regulaciones, en esencia, han tratado de coartar un supuesto de ineficacia contractual que, si bien, a nivel teórico se erige como imprescindible para salvaguardar la vida de la organización productiva, y con ella, la del empleo a ella vinculado, en la práctica puede convertirse en un instrumento que acabe promoviendo precisamente lo contrario. Encrucijada que se ve alimentada por los problemas para determinar cuándo debe estimarse que se ha producido un desequilibrio contractual suficiente y el temor a la creación de parámetros legales que redunden negativamente en la dinámica del mercado y/o que encorseten excesivamente la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales. El resultado, por todos conocido, es que tradicionalmente el Legislador ha tendido hacia descripciones normativas con contornos excesivamente difusos.

Conviene tener presente que el nudo gordiano de esta discusión radica en la necesidad de deslindar en la práctica (en el caso concreto) el *alea* normal del desequilibrio que supera dicho riesgo, pues, a fin de cuentas, es lo que delimita la frontera entre dos *precios de salida del contrato* diferenciados y, por tanto también, discrimina entre dos mensajes preventivos (o de protección del empleo) distintos. Por consiguiente, desde la perspectiva del *favor negotii*, puede comprenderse el alcance absolutamente esencial de esta diferenciación conceptual. A pesar de ello, la verdad es que, lamentablemente, consideramos que es muy difícil precisar, siquiera de un modo general, una cuantificación de dicho desequilibrio, o describir unos parámetros que objetivamente posibiliten su deducción sin redundar negativamente en los diversos factores implicados. En este sentido, la graduación implícita en la lógica secuencial (o de alineamiento funcional) de las facultades de alteración del empresario no contribuyen excesivamente a esclarecer este aspecto.

La reforma de 2010, entre otros, tiene como objetivo esclarecer este escenario. No obstante, como trataremos de demostrar en las páginas que siguen, no parece que la nueva redacción del art. 51 ET tenga la virtualidad de alcanzarlo satisfactoriamente. De hecho, adelantando en este estadio nuestras conclusiones, podemos aventurar el fracaso de la Ley 35/2010 en este sentido.

2. Los problemas del pasado.

En la configuración normativa anterior a la reforma de 2010, al igual que con la imposibilidad objetiva (la fuerza mayor), el TRET no define el concepto de “excesiva onerosidad por causas de empresa”. La referencia a lo “económico”, “organizativo”, “técnico” o “productivo” no es más que la enunciación de los ámbitos de la empresa que pueden quedar afectados por un hecho sobrevenido imprevisto (disminución de la rentabilidad o de la eficiencia). Lo que la doctrina califica como “medidas” y “fines”¹, pueden entenderse como un intento dirigido a cuantificar la intensidad del desequilibrio exigido para sustraerse de lo pactado. En definitiva, son una parte

¹ DEL REY GUANTER, S. (1994). «Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)». En VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE (Coord.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. La Ley, Madrid, p. 178 y ss.

consustancial de la definición normativa de la “causa” o “motivo” que justifica la resolución. Además, se exige al empresario que advere la razonabilidad de la medida propuesta. El conjunto, en una valoración global, muestra una configuración jurídica sumamente etérea, especialmente, porque, por un lado, es prácticamente imposible conocer anticipadamente la intensidad del desequilibrio requerida para resolver, y por otro, cuando se pretende argumentar la medida propuesta, se somete al empresario a un juicio prospectivo de difícil (por no decir, imposible) encaje jurídico. Todo ello desemboca en la necesidad de recurrir a otro estadio, el jurisdiccional. Cuestión que, *a priori*, no tiene porqué ser negativa, a no ser – como ha sucedido – que dé pie a soluciones contradictorias. No es infrecuente que simultaneen pronunciamientos anclados en el pasado, que identifican las ‘causas de empresa’ con situaciones críticas o patológicas, con otros que defienden la resolución por una “disminución de beneficios”. Fuera de estos casos “extremos”, los conflictos se centran en la zona gris (vastísima). Si bien es cierto que la labor de los órganos jurisdiccionales contribuye (lentamente) a potenciar la flexibilidad perseguida por el Legislador (por ejemplo, admitiendo la tesis *organicista*²), en términos generales, a nuestro entender, su labor no puede calificarse como positiva. En concreto, porque el TS se ha mostrado especialmente “alérgico” a sentar criterios hermenéuticos que puedan calificarse como generales y la doctrina judicial se ha acostumbrado a reiterar la escasa doctrina jurisprudencial existente a modo de cláusula de estilo, dificultando extraordinariamente la secuencia lógica que justifica el fallo de la sentencia. De tal modo que el resultado de las impugnaciones ante los Tribunales no sólo son costosas en términos de tiempo y prueba sino que, además, son muy inciertas. Lo que, por ejemplo, ha provocado que, pese a que la descentralización productiva no se admita como causa resolutoria, *per se*³, en la práctica, a partir de una “debida interpretación”

² El sentido de la expresión “amortizar un puesto de trabajo” ex art. 52.c TRET (en la redacción anterior a la Ley 10/2010) se refiere a su supresión, sin que ello equivalga a la desaparición de las funciones que en él se hacían. Por consiguiente, cabe la posibilidad (como recoge la STSJ País Vasco 12 de abril 2005, AS 2118) que éstas se sigan realizando en el seno de la empresa, asumiéndolas otros trabajadores (STS 15 de octubre 2003, RJ 2004\4093); directamente el propio empresario (STS 29 de mayo 2001, RJ 5452). O bien, que pasen a efectuarse por un tercero mediante una contrata (SSTS 21 de marzo 1997, RJ 2615; y 3 y 4 de octubre 2000, RJ 8291 y 8660).

³ SSTS 21 de julio 2003 (RJ 7165); y 21 de marzo 1997 (RJ 2615). Por consiguiente, la idoneidad de la resolución contractual en estos supuestos de descentralización productiva está condicionada, primero, a la existencia de un desequilibrio previo y, segundo, a la existencia de una conexión de adecuación o

de las ‘causas de empresa’, no pueda descartarse que se acabe declarando su procedencia⁴. Tampoco parece acertado que se admita el juego de *presunciones*, obviando el juicio de razonabilidad, como ocurre en los supuestos de disminución de la rentabilidad (en concreto, pérdidas continuadas)⁵. La previsión de reglas compensatorias específicas para los Contratos de Fomento de la Contratación Indefinida (CFCI) improcedentes y la reciente ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de esta modalidad contractual, evidencia con toda claridad, entre otras cosas, que la resolución por causas de empresa ha estado impregnada de un nivel de incertidumbre (judicial) e inseguridad jurídica muy elevado.

Tampoco contribuye a dar coherencia al sistema la configuración de un supuesto resolutorio específico para la Administración – art. 52.e TRET⁶. Especialmente, cuando se plantea en términos de flexibilidad (a partir esencialmente

funcionalidad entre la decisión empresarial objeto de controversia y la superación de las dificultades detectadas en el funcionamiento de la actividad empresarial (STS 31 de mayo 2006, RJ 3971). Por tanto, la resolución sólo es admisible “si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad”. Es decir, la descentralización debe constituir una “medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial” (SSTS 21 de marzo 1997, RJ 2615; y 30 de septiembre 1998, RJ 7586). Exigiéndose que tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia sean perceptibles y objetivables, y no meramente hipotéticos (STS 31 de mayo 2006, RJ 3971).

⁴ STS 4 de octubre 2000 (RJ 8660). *Vid.* también, entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana 26 de junio 2004 (AS 979); y 22 de febrero 2001 (AS 3008). Así, la descentralización puede convertirse en un medio idóneo de saneamiento de la empresa con tal de que la “constituya un medio racional en términos de eficiencia de la organización productiva”. STS 21 de marzo 1997 (RJ 2615). Frente a la *relativa* facilidad con la que el art. 44 TRET permite resolver los conflictos de descentralización productiva *impropia* – en la terminología de la doctrina; la descentralización *propia*, esto es, la decisión de simplificar la estructura empresarial a través de la desaparición (y no mero *desgajamiento*) de una fracción o departamento de la empresa, y posterior contratación externa de los servicios o actividades recién desprendidas, está resultando mucho más compleja, dadas las ambigüedades del régimen resolutorio por “causas de empresa”. Hasta el extremo de que, más allá de su naturaleza traumática, se ha erigido en uno de los puntos (si se nos permite, del *frente de batalla*) en los que el conflicto entre los valores de libertad de empresa y estabilidad en el empleo se muestra con más intensidad. Escenario al que ha contribuido activamente la posibilidad (jurisprudencialmente admitida) de que la amortización de un puesto de trabajo no conlleve necesariamente la desaparición de las funciones desarrolladas por los trabajadores afectados (*teoría organicista*). Al amparo de estos vectores se ha puesto de manifiesto la necesidad de precisar los límites de la descentralización productiva a través de contratas como causa resolutoria.

⁵ SSTS 15 de octubre 2003 (RJ 2004\4093); y 11 de junio 2008 (RJ 3468). Recogiendo esta doctrina, SSTSJ País Vasco 15 de febrero 2005 rec. nº 374 (AS 632); Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1347) y 30 de septiembre 2004 (AS 3296); La Rioja 30 de noviembre 2004 (AS 3517); Murcia 20 de julio 1998 (AS 3244); y Madrid\C-A 1 de junio 2005 (RJCA 197); y 27 de diciembre 2002 (AS 2003\1572).

⁶ Ni en la Exposición de Motivos del Decreto-Ley 5/2001 ni de la Ley 12/2001 se justifica porqué se introduce esta nueva modalidad resolutoria.

de presunciones⁷). A nuestro juicio, la creación de un estatuto privilegiado en una cuestión como ésta carece de todo oportunismo político-jurídico.

3. Los problemas del futuro

La reforma de 2010, de un modo indirecto (pues, el objetivo inmediato declarado era el fomento de la contratación indefinida y “acabar” con la dualidad del mercado de trabajo), ha tratado de corregir las “disfuncionalidades” asociadas a la descripción del riesgo que excede del alea previsto en las resoluciones por causa de empresa⁸. Sin embargo, el resultado es decepcionante, pues, no parece que la configuración resultante sea capaz de arrojar luz a la confusión reinante. En la nueva formulación, el concepto de excesiva onerosidad por causas de empresa sigue sin ser un concepto normativo claro, pues, sigue requiriendo complejos razonamientos, y el esfuerzo probatorio sigue siendo elevado. En definitiva, no parece que con los nuevos cambios se consiga disipar la incertidumbre judicial de antaño. Lo que no ha impedido que se aprovechara la oportunidad para “rebajar” la intensidad del desequilibrio exigido, a fin de favorecer una mayor competitividad empresarial y así garantizar su pervivencia y, con ella, la de los contratos a ella vinculados. Repárese que al colocar un concepto económico siempre optimizable en la estructura medular de la estabilidad, cualquier novedad en la configuración normativa está sometida a caducidad.

La reforma se ha centrado en los dos pilares sobre los que se asienta el estatuto protector del empleo en la resolución por causa de empresa: la descripción del riesgo y el cauce procedimental. En lo que al riesgo se refiere, como novedad, destaca la unificación en la descripción del desequilibrio contractual exigido entre los arts. 51 y 52.c TRET. Lo que, en paralelo, ha supuesto la desaparición de la referencia a la “amortización de puestos de trabajo”, prevista en el art. 52.c) TRET. De todos modos,

⁷ Como se sabe, se presume *iuris et de iure* que la falta de consignación presupuestaria es suficiente para justificar la resolución contractual.

⁸ De hecho, en 1994, la doctrina ya apuntaba que uno de los objetivos de la reforma era reconducir la práctica empresarial proclive canalizar la resolución del contrato por motivos de empresa a través del despido improcedente. CRUZ VILLALÓN, J. (1996). «Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos». En CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales*. Tecnos, Madrid, p. 16 y ss.; y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2005, 1). «El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación». *RMTAS* nº 58, p. 121.

atendiendo a la definición mantenida por la jurisprudencia al respecto⁹ y, particularmente, su conceptualización orgánica, no parece que este hecho vaya a tener una trascendencia excesiva.

En lo que respecta a la descripción de los supuestos de *disminución de la rentabilidad* (causas económicas), la reforma no ha significado una mejora del régimen vigente relevante. Según el art. 51.1 TRET, la resolución será procedente siempre que se dé una “situación económica negativa” apreciable si, a título ejemplificativo – “en casos tales” -, se dan “pérdidas actuales o previstas”, o bien, una “disminución persistente del nivel de ingresos”; y que estas circunstancias negativas inciden en la viabilidad o capacidad de la empresa de mantener el volumen de empleo¹⁰. Por consiguiente, si éstas no se ven “afectadas”, el desequilibrio que eventualmente pueda alegar la empresa (pérdidas actuales, futuras o disminución de ingresos) no podrá justificar la resolución contractual. Llegados a este punto, los Tribunales deberán especificar la intensidad de la “afectación” necesaria a la que se refiere el art. 51.1 TRET¹¹. Sin olvidar que, en todo caso, el empresario debe probar (a través de la prueba pericial económica y de la documental) los datos alegados (lo que, *a priori*, no será sencillo cuando se quiera demostrar una situación de “pérdidas previstas”) y que la medida es razonable para preservar o favorecer la posición de la empresa en el mercado¹². Aunque las expresiones “necesidad objetivamente acreditada de amortizar” (art. 52.c TRET) y “la autorización procederá cuando se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son *necesarias* a los fines

⁹ STS 29 de mayo 2001 (RJ 5452).

¹⁰ Debiéndose entender, aunque la norma no lo especifique, que dicha situación sigue refiriéndose a la empresa y no al centro de trabajo (STS 14 de mayo 1998, RJ 4650); y que en los grupos de empresa hay que tener en cuenta la evolución económica de las empresas del grupo (STS 23 de enero 2007, RJ 1910).

¹¹ Lo que dicho sea de paso, puede plantear algunos desajustes desde un punto de vista conceptual, pues, probablemente será difícil identificar una situación de disminución de beneficios en la que la viabilidad o la capacidad de la empresa de mantener el volumen de empleo se vea “afectada”.

¹² De todos modos, aunque el art. 51.1 TRET reitera la necesidad de someter la decisión empresarial a un juicio de razonabilidad, no parece que el juego de presunciones amparado por la STS 15 de octubre 2003 (RJ 2004\4093) haya quedado descartado por completo, pues, ya se exigía en la redacción anterior a la reforma de 2010 y eso no fue un obstáculo para que (discutiblemente) el Alto Tribunal lo admitiera. En cualquier caso, la exigencia de la razonabilidad no habilita al Tribunal para decidir si existe una medida empresarial más adecuada o eficaz, pero sí le faculta para apreciar si la argumentación esgrimida para justificar la extinción es la adecuada. Al mismo tiempo, siguiendo una doctrina consolidada (STS 11 de junio 2008, RJ 3468) parece lógico que siga sin ser necesario que se demuestre que las extinciones, por sí mismas, son suficientes para superar el desequilibrio contractual padecido por el empresario.

previstos” (art. 51.6 TRET) han desaparecido del articulado, no debería colegirse que la legislación admite que la “mera conveniencia” o “utilidad” para la empresa es suficiente para justificar la resolución. Ahora bien, asumiendo que este límite, por definición, es infranqueable, pero también que ha desaparecido el parámetro que se le contraponen, la conclusión, más allá de que el Legislador está enviando un nuevo mensaje a los Tribunales de cómo deben interpretar las causas de empresa, es que la identificación de lo legalmente permitido se ha complicado mucho más. Si, como afirmaba la STSJ Canarias\Tenerife 14 de abril 2005¹³, “distinguir entre ‘necesidad’ - acreditada o justificada - y ‘conveniencia o utilidad’ - igualmente acreditada o justificada - ni es en la práctica, ni conceptualmente tan sencillo”, con la normativa vigente lo será mucho menos. La desaparición del concepto de “mínima razonabilidad” (previsto en el Decreto-Ley 10/2010), aunque no estaba exento de problemas interpretativos, por lo menos, evidenciaba la voluntad de reducir el papel del Juez a la hora de valorar la idoneidad de la medida empresarial. Ahora, salvo el mensaje de que el desequilibrio contractual exigido es menor (pues, la situación de “pérdidas previstas” o una “disminución de beneficios” en la actualidad sí describen normativamente una situación económica negativa¹⁴), lo cierto es que no se aprecian elementos que clarifiquen la redacción precedente. Por consiguiente, el control judicial no puede pretenderse que sea “periférico”¹⁵ o poco “intrusivo”. Especialmente porque siguen empleándose valoraciones prospectivas de muy difícil prueba en el debate judicial.

¹³ AS 1155.

¹⁴ Recuérdese que con anterioridad a la reforma el TS había adoptado un canon interpretativo no acotado o, si se prefiere, flexible (SSTS\C-A 24 de septiembre 2001, RJ 9334; y 14 de julio 2003, RJ 6260). En algunos casos se había considerado que se daba una situación económica negativa si se generaban pérdidas (STS 24 de abril 1996, RJ 5297) de entidad “suficiente” (SSTS 14 de mayo 1998, RJ 4650; y 6 de abril 2000, RJ 3285). Aunque no debía vincularse estrictamente a situaciones definitivas o “irreversibles” (STS 24 de abril 1996, RJ 5297), sino que bastaba que fueran recuperables (SSTS 24 de abril 1996, RJ 5297; y 24 de noviembre 2004, RJ 8059). Sin embargo, el TS también había admitido que la situación económica negativa estuviera referida a una incidencia desfavorable en la rentabilidad (STS 14 de junio 1996, RJ 5162); y, en esta línea, se defendía la posibilidad de resolver el contrato en situaciones de beneficios decrecientes (STS\C-A 14 de julio 2003, RJ 6260). En contra, SSTSJ Cantabria 5 de diciembre 1994 (AS 4881); Andalucía\Málaga 4 de octubre 1994 (AS 3661); Galicia 8 de febrero 1995 (AS 584); Cataluña 19 de octubre 2000 (AS 3393); Canarias\Las Palmas 23 de mayo 2003 (AS 2004\334).

¹⁵ En la terminología propuesta por DEL REY GUANTER, S. (2010). «El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET». *RL* nº 21, versión digital.

En relación a la descripción de los supuestos de *disminución de la eficiencia* (causas técnicas, organizativas o de la producción), la valoración debe ser similar. Es cierto que la nueva regulación ha hecho un esfuerzo de concreción conceptual, enumerando, a título ejemplificativo – “entre otros” - circunstancias que pueden describir un exceso del *alea* previsto/desequilibrio contractual. De todos modos, se trata de una novedad más aparente que real, pues, el Legislador se ha limitado a recoger un criterio jurisprudencial consolidado¹⁶. En su conjunto, se detectan las mismas deficiencias que las presentes en la descripción de los desequilibrios económicos, pues, debe “justificarse” la razonabilidad de la medida extintiva “para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”¹⁷. Redacción que, sin duda, pretende facilitar el ajuste de plantilla por este medio, pues, en un claro mensaje para los Tribunales, es evidente que los términos “prevenir” y “mejorar” son menos exigentes que los anteriores “contribuir a superar” (art. 52.c TRET) y “garantizar” (art. 51 TRET).

En consonancia con estos planteamientos, repárese que en los ERE, la expresión del art. 51.6 TRET “la autorización procederá cuando se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son *necesarias* a los fines previstos”, ha sido sustituida por “la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida”.

En definitiva, al igual que en 1994, la reforma de 2010 sigue intentando alterar el curso interpretativo de los Tribunales y órganos administrativos. Desde una perspectiva de estrategia legislativa, sigue apostándose por un modelo normativo de

¹⁶ Recuérdese que, según la STS 6 de abril 2000 (RJ 3285) – que recoge el criterio de la STS 14 de junio 1996 (RJ 5162) -, las “causas técnicas son las que están referidas a los medios de producción con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos; las causas organizativas, se encuadran en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas; y las causas productivas son las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarlas a los eventos del mercado, y corresponden a ésta la esfera de los servicios o productos de la empresa”.

¹⁷ Además, no se especifica si las citadas situaciones deben estar referidas a la “empresa” entendida en su globalidad, o bien, pueden identificarse en sectores o aspectos limitados de la vida de la organización productiva (como habían reconocido las SSTs 14 de junio 1996, RJ 5162; 13 de febrero y 19 de marzo 2002, RJ 3787 y 5212; y 21 de julio 2003, RJ 7165).

textura abierta. Sin romper con el principio de causalidad ni alterar el contenido de las causas, se aspira a posibilitar la *reorganización empresarial permanente* flexibilizando su *comprensión*; desvinculándolas, en definitiva, de la normación de situaciones exclusivamente patológicas. El Legislador, en aras a la estabilidad en el empleo, sigue insistiendo que el eje vertebrador de la causalidad ya no gira exclusivamente en torno a situaciones críticas, sino sobre la *razonabilidad* según los términos de la productividad, viabilidad y la competitividad empresarial. De todos modos, el problema es que las guías hermenéuticas que facilita siguen siendo excesivamente vaporosas.

4. Reformulación integral del sistema de extinción por causas de empresa: una necesidad ineludible (y valoración final).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto puede deducirse que el Legislador no confía en exceso en la consecución de los objetivos que se ha propuesto con la nueva redacción del art. 51.1 TRET, pues, la ampliación del ámbito subjetivo del CFCI, la posibilidad empresarial de reconocer desde un inicio la improcedencia en la resolución por causas de empresa y la reducción de la carga indemnizatoria (asumida, por el momento, por el FOGASA) son factores claramente sintomáticos de la más que probable ineficiencia de la Ley 35/2010 en este sentido. Atendiendo al carácter inimputable de este incumplimiento empresarial, quizás, hubiera sido más acertado que el Legislador, manteniendo en cualquier caso el estatuto protector que el sistema vigente ofrece al trabajador, hubiera tratado de incentivar el recurso a la resolución procedente por causas de empresa reduciendo sustancialmente las cargas que debe asumir el empresario, bien, reduciendo el importe de la indemnización legal tasada (y, en paralelo, por ejemplo, mejorar la prestación por desempleo, incrementando su período de disfrute y/o su cuantía), o bien, a través de fórmulas de socialización en la financiación de estos costes o una combinación de ambas. Sin olvidar que los sistemas de responsabilidad e imputación de costes tienen un impacto directo en la conducta de los potenciales causantes de los mismos, debe tenerse en cuenta que no existe un vínculo patrimonial inexorable entre el “agresor” (empresario) y la “víctima” (trabajador). Nada obliga a escoger entre las dos categorías de sujetos que forman

parte de la relación contractual. Se trata de una construcción jurídica perfectamente refutable y sustituible¹⁸; y, en consecuencia, el margen de maniobra es ciertamente amplio.

El modelo actual sigue sin aportar seguridad jurídica y certeza, y por ello, aunque en apariencia más barato, sigue siendo un poderoso incentivo para la búsqueda de otros mecanismos resolutorios que, aunque tienen asignadas cargas indemnizatorias más elevadas, presentan un nivel de incertidumbre sustancialmente menor (y, en cómputo global, comportan un coste económico claramente inferior). Lo que desvela una realidad inapelable, pues, ante la posibilidad de reconocer la ilicitud de la extinción (coste cierto), por un lado, y la intervención administrativa y la posible impugnación judicial de las resoluciones por causa de empresa (coste incierto)¹⁹, por otro, parece claro que hasta que no se incremente sustancialmente el importe de la carga económica (real o potencial) que el empresario debe asumir con la extinción injustificada (por ejemplo, con la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios²⁰), el reconocimiento de la improcedencia seguirá siendo la opción preferida por los empresarios; y cualquier intento por clarificar la definición de las causas de empresa será en vano.

A nuestro modo de ver, más allá de las dificultades jurídico-positivas para describir el exceso del alea previsto, el desajuste del modelo actual puede ser causa de la intervención de los órganos jurisdiccionales. En efecto, es discutible que, ante un conflicto que difícilmente puede reconducirse a lo estrictamente jurídico, los Tribunales sean las instancias más apropiadas para hallar la solución más idónea. Especialmente, cuando, hasta la fecha, no ha sido posible delimitar los contornos de la norma ni tampoco configurar unos parámetros hermenéuticos claros que efectivamente faciliten la subsunción de los hechos al supuesto de hecho. A fin de cuentas, todo ello les convierte en *árbitros* de un conflicto que claramente excede de su función jurisdiccional. Extremo que se evidencia con una claridad inapelable cuando

¹⁸ CALABRESI, G. (1984). *El coste de los accidentes*. Ariel, Madrid, p. 39 y ss.

¹⁹ Ineludible como se desprende del art. 35.1 CE (STC 22/1981) y de los tratados internacionales (Convenio 158 OIT).

²⁰ *Vid.* al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2006). «Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente y la indemnización de daños y perjuicios». En PÉREZ AMORÓS (Dir.) *La extinción del contrato de trabajo*. Bomarzo. Albacete, p. 273 – 294.

se trata de las crisis concursales. A nuestro entender, desde un punto de vista de política legislativa, el régimen jurídico de la resolución por 'causas de empresa' presenta un cuadro preocupante que exige una reformulación normativa en profundidad. La gran disparidad interpretativa de los Tribunales que propiciaba el modelo derogado y las (más que probables) dificultades del vigente para eliminarla en el futuro evidencia el gran alejamiento de la norma de la realidad que pretende regular (o su escasa eficiencia). En este sentido, asumiendo la imposibilidad de precisar el supuesto de hecho (motivada, en gran parte, por la propia conceptualización de la excesiva onerosidad), quizás, sería deseable una reformulación legal del sistema de solución de estos conflictos que *fuera más sensible a esta naturaleza arbitral*. Por ejemplo, podría plantearse un modelo inspirado en un planteamiento o lógica de funcionamiento paritario (como en la II República); o bien, atribuyendo una mayor participación a la Administración (pues, en principio, ostenta unos medios de análisis técnico más completos – aunque probablemente sería preciso que se destinaran muchos más recursos). De hecho, esta opción no sería contraria al art. 35 CE, en la interpretación dada por el TC, ni tampoco al art. 8.1 del Convenio nº 158 OIT, pues, se mantendría el sistema de causalidad y su posterior control.