

Control judicial de las causas en ERTE-COVID-19 y apuntes sobre el contenido casacional de la pretensión.

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *La decisión de la empresa de suspender 457 contratos de trabajo y reducir la jornada del resto de la plantilla, por causa organizativa por COVID-19, es conforme a la jurisprudencia establecida en materia del control judicial de dichas causas, al constituir una medida proporcional, no abusiva, funcional y respetuosa con la buena fe negocial. El recurso de casación es un recurso extraordinario. Pese a la concurrencia de defectos formales, si en el escrito de recurso se invoca infracción de la jurisprudencia sobre criterios de control judicial de la decisión empresarial, la Sala puede dar respuesta al motivo del recurso. Las cuestiones nuevas no son admisibles en el recurso de casación.*

Palabras clave: *ERTE. Suspensión de contratos de trabajo. COVID-19. Control judicial. Causa organizativa. Recurso de casación. Cuestión nueva.*

Abstract: *La décision de l'entreprise de suspendre 457 contrats de travail et de réduire les heures de travail du reste de les travailleurs, pour des raisons d'organisation dues au COVID-19, est conforme à la jurisprudence établie en matière de contrôle judiciaire de ces causes, en constituant une mesure proportionnelle, non abusif, fonctionnel et respectueux de la bonne foi des affaires. Le pourvoi en cassation est extraordinaire. Malgré l'accord des vices de forme, si le document de l'appel invoque une violation de la jurisprudence sur les critères de contrôle judiciaire de la décision commerciale, la Cour de cassation peut répondre au motif. Les nouvelles questions ne sont pas recevables en cassation.*

Keywords: *ERTE. Suspension de contrat de travail. Cassation. Raisons d'organisation. Nouvelles questions. Contrôle judiciaire.*

I. Introducción

Dos temáticas jurídicas de interés están presentes en la sentencia 330/2021, 17 de marzo 2021 del Pleno de la Sala de lo Social del TS: 1ª) el control judicial de las causas que determinaron a la empresa suspender 457 contratos y reducir la jornada del resto de la plantilla, por causa organizativa por COVID-19; y 2ª) los requisitos del recurso de casación ordinario o directo – la exigencias formales en su planteamiento y la interdicción de cuestiones nuevas- y el contenido casacional de la pretensión.

Ambas cuestiones son tratadas en la sentencia con una metodología muy pedagógica. La consulta de esta sentencia es imprescindible en la práctica judicial y forense. Ordena, clarifica y hace una lectura actual de la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre el control judicial de las causas que son fuente de estas

decisiones empresariales. A este aspecto dedicaremos la parte del comentario. Pero también suscita alguna reflexión el papel del actual recurso de casación ordinario o directo con relación a su objeto, finalidad y a la operatividad efectiva del trámite de inadmisión del artículo 213.4 LRJS. Sobre esta cuestión repararemos en el apunte final de nuestro análisis.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 330/2021, 17 de marzo 2021.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm. 14/2021.

ECLI: ES:TS:2021:1224.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Guiados por la claridad sistemática de la sentencia analizada resulta sencillo delimitar los dos problemas jurídicos que se examinan en el recurso.

El presente litigio surge como consecuencia de la presentación de dos demandas de conflicto colectivo presentadas por UGT-CCOO y Comisión Representativa de la Plantilla (en los sucesivo, CRP)-, impugnando la decisión adoptada por la empresa de suspender temporalmente 457 contratos de trabajo y reducir la jornada de 190 trabajadores ("ERTE") entre el 14 de abril y el 31 de julio de 2020.

* En el *plano fáctico*, debemos destacar que se produjo: 1) inicialmente, una *comunicación empresarial expresando ese propósito* de suspender los contratos de trabajo a causa de la excepcional situación producida por la COVID-19; 2) seguidamente se llevó a cabo una *remisión de documentación e intercambios de correos* entre interlocutores; 3) se abrió el *periodo de consultas*, celebrándose hasta tres reuniones, y en la última la empresa manifestó que iba a interesar la suspensión de los contratos por causa de fuerza mayor en el ámbito de los contratos públicos con la Generalitat al estar paralizadas las obras; que estaba dispuesta a extender las condiciones del ERTE por causa organizativa a las personas afectadas por el de fuerza mayor y que resulta imprescindible proseguir con el presente para cuando finalice la suspensión por fuerza mayor. En ese escenario, la empresa reformuló nuevamente su propuesta de condiciones de la medida planteada, lo que fue rechazado por la CRP; 4) Finalmente la empresa presentó *solicitud de ERTE* por fuerza mayor que afectaba a 201 trabajadores de 26 centros de trabajo, para la suspensión de los contratos de trabajo entre los días 3 y 9 de abril. El 10 de abril la empresa comunica a la CRP y al Ministerio de Trabajo su decisión final.

* *Judicialización del conflicto:*

1) Demandas (acumuladas de conflicto colectivo). Los sindicatos UGT y CCOO, por una parte, y la CRP, por su lado, presentaron sendas demandas de conflicto colectivo por impugnación de ERTE de suspensión de empleo y reducción de jornada por causas productivas, que fueron acumuladas.

2) La sentencia de la Sala de lo Social de la AN, de fecha 10 de septiembre, desestimó ambas demandas.

3) Recurso de casación interpuesto por UGT

IV. Posición de las partes

**En la instancia.-* El litigio tuvo su origen en dos demandas de conflicto colectivo, que la Sala de lo Social de la AN procedió a acumular. Los sindicatos CCOO y UGT impugnaron la decisión de suspender contratos y reducir jornada aduciendo la falta de causa, no proporcionalidad, no haber indicado el porcentaje de suspensiones en la decisión final, e infracción de la jurisprudencia en materia de control judicial de las medidas adoptadas. La CRP en su demanda alegaron análogas causas y, en particular, mala fe, fraude de ley y abuso de derecho así como falta de entrega de la documentación e inexistencia de causa. La empresa se opuso a las demandas. La sentencia fue desestimatoria.

**En casación.-*

(1) *La parte recurrente.-* Recurre en casación solo una de las partes demandantes, el sindicato UGT. Con el primer motivo denuncia la infracción de las normas y jurisprudencia referidas al control judicial de la decisión empresarial, en particular a las notas de razonabilidad y proporcionalidad. El segundo motivo apunta la infracción de los deberes empresariales sobre comunicación de lo decidido por la empresa, insistiendo en la desproporción existente entre la disminución de la actividad y la medida propuesta en la memoria; el ERE acaba siendo preventivo, expone, y las personas afectadas quedan en la incertidumbre sobre su situación pues no hay un calendario real.

(2) *La parte recurrida.-* En su escrito de impugnación, la empresa aduce motivos formales (considera contrario el recurso a las exigencias legales y jurisprudenciales de la casación entendiendo que se ha llevado a cabo una apelación; y de fondo, interesando la confirmación de la sentencia invocando las circunstancias excepcionales en que se adoptó la decisión empresarial, el propio tenor de las propuestas de la CRP y las razones acogidas por la SAN recurrida; y hace frente al segundo motivo señalando "que se trata de una cuestión novedosa, además de presuponer un dato erróneo (inexactitud del calendario)".

(3) *La posición del Ministerio Fiscal* es coincidente con la parte empresarial al sostener que no se ha vulnerado la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad; y con relación al segundo motivo, advierte que estamos ante una cuestión nueva, en términos procesales, lo que veda su examen a la Sala de casación.

V. Normativa aplicable al caso

**Exigencias del escrito de casación:*

LRJS: art. 210.2: "En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el art. 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada...".

**En cuanto al fondo:*

-Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

- Estatuto de los Trabajadores: artículo 47.

-Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada: artículos 20.6 (...) En todo caso, la comunicación deberá contemplar el calendario con los días concretos de suspensión de contratos o reducción de jornada

individualizados por cada uno de los trabajadores afectados. En el supuesto de reducción de la jornada, se determinará el porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual, los periodos concretos en los que se va a producir la reducción, así como el horario de trabajo afectado por la misma, durante todo el periodo que se extienda su vigencia; y artículo 23 relativo a la notificación de las medidas de suspensión o reducción de jornada a los trabajadores afectados.

VI. Doctrina básica

1. Sobre el control judicial de las causas. La decisión de la empresa de suspender 457 contratos de trabajo y reducir la jornada del resto de la plantilla, por causa organizativa por COVID-19, es conforme a jurisprudencia en materia del control judicial de dichas causas, una medida proporcional, no abusiva, funcional y respetuosa con la buena fe negocial al concurrir las siguientes circunstancias : (a) se adoptó en un contexto de emergencia de salud pública y pandemia, con amparo normativo en el RD-Ley 8/2020, que contempla la posibilidad de suspensión los contratos celebrados por entidades del sector público; (b) ante una situación sumamente impredecible, la Memoria presentada realizaba previsiones sobre caída del nivel de actividad con los datos coetáneos al contemplarse esta situación de previsible paralización de las obras y proyectos en curso; (c) las Administraciones Públicas (principales clientes de la empresa) comenzaban a suspender formalmente la ejecución de los contratos; (d) la propia comisión de representantes de la plantilla propuso una afectación total para ir modulando posteriormente el alcance del ERTE, e incluso solicitó la aplicación de la medida al 100% de la plantilla y (e) aparecen criterios objetivos de afectación al ERTE. Alegar en fase de recurso que la medida adoptada por la empresa era meramente preventiva, es una cuestión nueva por lo que no puede ser objeto de valoración.

2. Sobre las exigencias legales y jurisprudenciales del recurso de casación. El recurso de casación es un recurso extraordinario. Debe cumplir determinadas exigencias legales: evidenciar la infracción de las normas legales en las que pudiere haber incurrido la sentencia de instancia, así como la jurisprudencia aplicable, identificando individualizadamente cada una de ellas y ofreciendo el adecuado argumentario jurídico del que pudiere desprenderse los motivos de tal vulneración. No se trata de un escrito de alegaciones. Pese a que el recurso adolezca de deficiencias formales, en el presente caso al invocar infracción de jurisprudencia, apurando la tutela judicial, cabe centrar el examen del recurso en la infracción de la jurisprudencia mencionada, sin llegar a construir en momento alguno el recurso, sobre el tipo de control aplicado en la sentencia recurrida a la medida empresarial impugnada. Salvo en temas de orden público, apreciables de oficio, impera como criterio general la inadmisibilidad de "cuestiones nuevas", y lo es alegar en fase de recurso que la medida adoptada por la empresa tenía carácter preventivo.

VII. Parte dispositiva

Pronunciamiento principal: se desestima el recurso de casación interpuesto por la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA) y se confirma la sentencia *dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 21 de septiembre de 2020, en autos nº 125/2020*, sobre conflicto colectivo, por la suspensión temporal colectiva de contratos de trabajo acordada por la empresa.

Pronunciamiento accesorio: no ha lugar a pronunciamiento sobre costas.

VIII. Pasajes decisivos

- Condicionantes y límites del recurso de casación (FJ segundo)

(...) Imposibilidad de introducir cuestiones nuevas.

Interesa asimismo recordar la doctrina de esta Sala sobre las llamadas "cuestiones nuevas" en el ámbito de la casación. La *STS 422/2017 de 12 mayo* (DC *Santa Bárbara*) ha compendiado la doctrina sobre el particular.

Salvo en temas de orden público, apreciables de oficio, impera como criterio general la inadmisibilidad de "cuestiones nuevas" en todo recurso. No pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso.

(...) El recurso examinado no se articula como un verdadero recurso extraordinario de casación con el que evidenciar la infracción de las normas legales en las que pudiese haber incurrido la sentencia de instancia, así como la jurisprudencia aplicable, identificando individualizadamente cada una de ellas y ofreciendo el adecuado argumentario jurídico del que pudiese desprenderse los motivos de tal vulneración.

Es en realidad una especie de escrito de alegaciones en el que se expone un argumento propio, reiterando los razonamientos ofrecidos en la demanda y en el acto de juicio.

(...)

Pese a esas insuficiencias del motivo, puesto que la parte recurrida ha desplegado un extenso argumentario sin queja alguna sobre que se le haya producido indefensión, apurando la tutela judicial, pero sin llegar a construir en momento alguno el recurso, vamos a examinar su protesta de fondo sobre el tipo de control aplicado por la Audiencia Nacional a la medida empresarial de referencia. Eso quiere decir que el examen ha de circunscribirse a la infracción de la jurisprudencia que menciona.

- Control judicial de la medida empresarial (Motivo 1º del recurso) (FJ cuarto)

(...)

Necesidad del control judicial.

A) A la luz de cuanto acabamos de exponer no cabe duda de que el control reclamado por la recurrente debe llevarse a cabo. La *STS 746/2020 de 9 septiembre* (Pleno, *rc. 13/2018, MGO*), precisamente al hilo de una suspensión colectiva de contratos de trabajo, considera aplicable la doctrina sobre despidos colectivos y subraya que el control de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad resulta imprescindible. (...)

Negar este control atribuiría a la empresa una facultad inmune a la revisión jurisdiccional, con grave quebranto de los derechos de la plantilla y difícil encaje con nuestro entramado institucional, comenzando por la propia Ley Fundamental.

B) Lo que está en discusión, por tanto, es si la SAN recurrida ha actuado con arreglo a esas exigencias. (...)

Consideraciones de la Sala.

A) El recurso, en su mayor parte, viene a reiterar los argumentos vertidos en la instancia para cuestionar la decisión empresarial, olvidando que debe dirigirse contra la sentencia que ya la ha enjuiciado.

La SAN recurrida, a su vez, ha dado cumplidas argumentaciones de por qué considera concurrente la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión adoptada por COMSA SAU el 10 de abril de 2020, cumpliendo con las exigencias que la jurisprudencia constitucional y ordinaria vienen estableciendo. Asumimos como propias las fundamentadas y detalladas explicaciones que el Tribunal de instancia ha llevado a cabo, derivadas de la valoración conjunta de las pruebas practicadas.

B) En el apartado 2 del presente Fundamento hemos recordado las exigencias que venimos proyectando acerca del control judicial sobre las decisiones empresariales. Y

en el apartado precedente hemos resumido la argumentación de la SAN recurrida. En modo alguno cabe reprocharle a la misma que no haya llevado a cabo el juicio de ponderación que no es exigible a los órganos judiciales.

La infracción de la jurisprudencia invocada por el recurso es inexistente desde tal perspectiva. Tal conclusión, no se ve enervada por el contenido del Informe de la Inspección de Trabajo al que alude la recurrente, obrante en el descriptor 46. Los informes de la Inspección de Trabajo gozan de presunción de certeza únicamente en cuanto a los hechos en ellos consignados y no respecto de las valoraciones jurídicas que hayan alcanzado quienes los han emitido, según consolidada doctrina que recuerda la *STS de 23 de octubre de 2020 (recurso nº 174/2019)*. No es posible, por tanto, que las conclusiones de dicho Informe, que son valoraciones de la Inspectora actuante, prevalezcan sobre la ponderación conjunta de las pruebas que ha llevado a cabo el Tribunal. A ello hay que añadir que UGT-FICA tampoco justifica en qué medida dicho informe desvirtúa la valoración de la prueba practicada, máxime cuando se aprecia que el Tribunal de Instancia no ha dado valor prevalente a dicho informe respecto del resto de pruebas practicadas, lo que abunda en las razones para desestimar este motivo.

C) Los argumentos del recurso en modo alguno prevalecen sobre las razones de la resolución recurrida: la propia CRP propuso una afectación total para ir modulando posteriormente el alcance del ERTE; la situación era sumamente impredecible; la Memoria efectuaba unas previsiones sobre caída del nivel de actividad con los datos coetáneos; las Administraciones Públicas (principales clientes de la empresa) comenzaban a suspender formalmente la ejecución de los contratos; aparecen criterios objetivos de afectación al ERTE; etc.

La indefinición de la decisión empresarial ha sido detalladamente analizada por la SAN recurrida y descartado que se dirigiese a obtener la posición de fuerza en que el recurso insiste. Además, "en cuanto fue posible, la empresa el día 2 de abril, amplió el informe técnico, aportando las previsiones de producción existentes para el mes de julio, no constando debate en el periodo de consultas acerca de la extensión temporal del ERTE" (Fundamento Quinto, in fine, de la SAN recurrida).

También ha quedado despejado el engarce entre la suspensión por fuerza mayor (como recuerda la *STS 83/2021 de 25 enero, rc. 125/2020*, Pleno, surte efectos a partir del momento en que se haya producido el hecho causante) y esta otra por causa productiva, desvaneciéndose las dudas sobre un abuso de derecho al activar ambos resortes.

D) No podemos pasar por alto que, conforme queda expuesto (HP Sexto), la propia CRP remitió a la empresa una contrapropuesta en la que se lee lo siguiente: " *La afectación será del 100% de la plantilla que se irá desafectando por criterios objetivos, como son la reapertura de la obra asignada antes de la medida, incremento de la actividad, ingresos o contratación*".

La buena fe en la negociación, en cuanto deber de carácter bilateral, difícilmente puede concordar con que ahora se considere que la decisión empresarial sea cuestionada en un aspecto que coincide con lo propugnado previamente. Lo que se cuestiona es, precisamente, lo propuesto.

Huelga advertir que ahora no estamos enjuiciando posibles abusos o arbitrariedades en el modo de llevar a cabo las afectaciones, sino tan solo la razonable y adecuada proporción entre la índole de los problemas invocados y el tenor de la decisión adoptada. Tanto las demandas cuanto el recurso contemplan de modo conjunto y unitario la propia decisión empresarial y que, desde luego, no excluyen que si ha habido posteriores incumplimientos o anomalías sean objeto de protesta y, en su caso, revisión judicial. (...)

E) El recurso no ha combatido ni los hechos probados ni la evidencia que de ellos se extrae. Y es que el Fundamento de Derecho Noveno, apartado 5, de la SAN recurrida concluye que "La empresa a través del informe pericial aportado y de la

documental que lo adjunta ha acreditado como durante los meses de abril y mayo, la medida ha servido para adecuar la mano de obra a las concretas necesidades productivas de la empresa.

Por otro lado, y contrariamente a lo alegado por CCOO y UGT, el número de contratos afectados por la decisión final es inferior al previsto en la memoria".

De este modo, resulta que ni ha habido desproporción originaria, ni ha habido desproporción aplicativa sino ajuste entre demanda productiva y personal en activo, tal y como durante las deliberaciones había pedido la propia representación de la plantilla. (...)

Carácter preventivo de la medida impugnada (Motivo 2º del recurso) (FJ quinto). (...). El segundo motivo denuncia la infracción del *artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 23 del RDL 8/2020*, en relación con lo dispuesto en el *artículo 20. 6 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre*, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. (...)

Considera la sindical recurrente que "los afectados desconocen en qué momento se producirá la afectación y seguirán en esa incertidumbre hasta el día anterior, en que son llamados por la empresa para prestar los servicios (...)"

2. Planteamiento de una "cuestión nueva".

Tanto la impugnación del recurso cuanto el Informe de Fiscalía consideran que el segundo de los motivos del recurso suscita una cuestión inédita en la instancia.

Esta alegación se plantea por primera vez en sede casacional, pues no fue expuesta ni en las demandas, ni en el acto del juicio. Se trata, por consiguiente, de una cuestión nueva que no tiene cabida en casación (...)

IX. Comentario

1. Cuestiones examinadas

Dos temáticas, procesal y sustantiva, están presentes en la sentencia comentada. Por una parte, las pautas a seguir en la formalización de un recurso de casación ordinario o directo. De otro lado, el control judicial sobre la proporcionalidad de las medidas de suspensión y reducciones de jornada en los contratos de trabajo acordadas en un ERTE por COVID-19 y el respeto del principio de buena fe en el procedimiento seguido para ello.

El abordaje de la cuestión sustantiva o de fondo viene lastrada por el déficit en la construcción del escrito formalizador del recurso de casación. Pese a ello, la Sala suaviza al máximo el rigor formal de la naturaleza del mismo recurso y da respuesta al fondo de la cuestión. Ahora bien, lo hace sin perder de vista que no puede construir en momento alguno el recurso.

2. La cuestión procesal

Se advierten dos defectos en el escrito formalizador del recurso, cuyo examen tienen diferente alcance.

El primero desvela que el recurso de casación se construye al margen del fallo de la sentencia y de las argumentaciones que fundamentan la decisión de considerar proporcionada las medidas de suspensión de los contratos de trabajo y de reducciones de jornada. El escrito de recurso se concibe a modo de recurso de apelación, reiterando alegaciones que exponen una visión de parte reiterando los razonamientos ofrecidos en la demanda y en el acto de juicio. Sin embargo, no identifica las concretas infracciones cometidas por la sentencia frente a la que se interpone la casación. Pues bien, pese a ello, el Alto Tribunal se encuentra en condiciones para decidir al menos sobre "la protesta de fondo sobre el tipo de control aplicado por la Audiencia Nacional

a la medida empresarial de referencia". Y consciente y expresamente limita su decisión del examen del recurso "a la infracción de la jurisprudencia que menciona". El segundo hace referencia al planteamiento de una cuestión nueva, lo que no tiene cabida en la casación, salvo cuestiones de orden público.

3. El control judicial de las causas de la decisión empresarial

(A) *La doctrina jurisprudencial y constitucional.* A partir de aquí la sentencia nos pone al día sobre su propia doctrina – en su consideración y aplicación práctica- acerca del "control judicial de la decisión empresarial", haciéndose eco del carácter vinculante de la doctrina constitucional sobre la materia, para después afrontar en el caso "la necesidad del control judicial".

Como se puede comprobar, la sentencia comentada tiene el enorme valor de recopilar todos los componentes del enjuiciamiento de control. Ahora bien –seguro porque para resolver la cuestión no era necesario- ni jerarquiza estos conceptos ni lleva a confrontarlos entre sí, pues tienen zonas de significación equívoca. Muy resumidamente – con mayor detalle se puede consultar la fundamentación de la sentencia- destilamos las pautas y metodología sobre el que se cimenta el control judicial en el examen de esas medidas.

- Los juicios de "oportunidad" corresponden a la gestión empresarial; el *empresario* tiene normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis, pero su poder no es absoluto e ilimitado.

- Sin embargo, la tutela judicial admite que los tribunales emitan un juicio:

(a) *de legalidad* en torno a la existencia de la causa alegada;

(b) *de razonabilidad* (adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales) y si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012^[1];

(c) *de idoneidad*, excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado "dumping" social (...)^[2];

(d) *de proporcionalidad*, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo. El ulterior control judicial se limita a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo.^[3]

En definitiva, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de *reales, actuales y verosímiles* tienen *entidad suficiente* como para justificar la decisión extintiva o modificativa. La empresa no tiene un poder absoluto en orden a configurar el tamaño de su plantilla, sino que ha de actuar con respeto a todos los derechos e intereses en presencia^[4].

- Este control judicial halla también fundamento en principios del Derecho de la Unión Europea, cuando "el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros "la mejora de las condiciones de ... trabajo", a la que incluso se subordina "la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión"; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del *art. 10.2 CE*".^[5]

- La doctrina constitucional ha puesto de manifiesto que las MSCT no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino que constituyen una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos - económico, productivo, técnico u organizativo- que el art. 41.1 ET contempla. Y también aprecia que existen razones para el tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo ["flexibilidad externa" o "adaptación de la plantilla"]^[6].

(B) *La reformulación de la doctrina de los tres pasos y sus complementos.* La descripción del control de judicial continúa siendo complejo y se presta a la confusión. El "criterio o doctrina de los tres pasos"^[7], surgida en algunas decisiones de la AN, construida a propósito de los despidos económicos ha pasado por una versión originaria y otra corregida. En la versión originaria, la doctrina judicial insistía en la necesidad de acreditar no solo la causa como hecho aislado, sino también en la suficiencia para actuar como tal en orden a calificar los despidos como medidas de reacción adecuada (proporcionalidad)^[8]. Este criterio de los tres pasos se vuelve a reformular^[9] indicando: 1º "existencia" de una causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial; 2º la "adecuación" de la medida adoptada a los fines legales que se pretenden conseguir, para corregir o hacer frente –en mayor o menor grado- a la referida causa, y 3º la "racionalidad" propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contraria a Derecho las medidas empresariales carentes de una elemental proporcionalidad. Sin embargo, como con rigor conceptual se ha concluido^[10], la jurisprudencia cuando examina el control judicial de las causas, en muchas ocasiones mezcla al identificar algunos conceptos (sobre todo el de proporcionalidad, también el de adecuación, idoneidad y razonabilidad) y, a veces, acude al test de proporcionalidad y a la técnica de ponderación tal y como la aplica el TC para resolver los conflictos entre derechos constitucionales, un tipo de control que debe excluirse para evitar equívocos con el criterio de la proporcionalidad. A todo ello se agregan lo que son los propios límites de los controles a través del fraude de ley, el abuso de derecho y la buena fe, que actúan en otro plano de causalidad^[11].

X. Apunte final

Dice la sentencia en unos de sus pasajes: "*Sin perjuicio de que el recurso haya sido admitido a trámite, en esta fase procesal no solo nos corresponde comprobar el acierto de esa decisión interina sino también el de resolverlo con arreglo a los términos en que se ha formalizado, dada su naturaleza extraordinaria*". La Sala es plenamente consciente de que el recurso interpuesto podía no haber pasado el filtro de la admisión. Con su decisión se posiciona en una tendencia flexibilizadora "*apurando*" la compatibilidad de las exigencias de legalidad ordinaria del sistema de recursos con la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, qué papel debe cumplir el trámite de admisión. Los tres recursos extraordinarios: suplicación (art. 200 LRJS), casación ordinaria (213 LRJS) y casación para la unificación de doctrina (art. 225 LRJS) contemplan sendos trámite de inadmisión del recurso. De ellos, el único trámite de inadmisión que ha tenido operatividad práctica ha sido el del recurso de casación para unificación de doctrina. La ordenación legal de los trámites explica esta situación. En los recursos de casación ordinaria y en el de suplicación, el escrito de impugnación del recurso se presenta ante el Tribunal de instancia, por lo que el trámite de inadmisión del recurso por estos motivos lo realiza el TS cuando ya se ha impugnado. En cambio, en el recurso de casación para unificación de doctrina, el trámite de inadmisión es previo a la impugnación del recurso^[12]. El resultado es evidente: el escaso sentido – salvo situaciones muy puntuales de gravedad de defectos formales- de este trámite. Otra diferencia estriba en la posibilidad -cierto que de manera tasada- de proponer la revisión hechos probados, lo que no es posible en el rcud, donde el análisis de lo fáctico está inmerso en el juicio de contradicción. Por otra parte, no se ha producido un desarrollo jurisprudencial sobre la falta de contenido casacional de la pretensión - lo

que sí ha ocurrido en cambio con el rcud-, causa que se confunde –por lo que es reiterativa- también la de haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales^[13].

Cuando se habla del recurso de casación [ordinario, como contraposición al recurso de casación al de unificación de doctrina, por lo que se ha propuesto hablar de recurso de casación *general, directa*^[14], *genérica, común* o “casación” a secas^[15]]; es inevitable realizar algunas consideraciones extrajurídicas a la vista del sistema de organización de los tribunales laborales, distribución de las competencias y el número de recursos. Aunque la mayoría de litigios susceptibles de casación son de naturaleza colectiva, lo que como advirtió la doctrina no es casual o impredicado^[16], hay que tener presente que la LRJS amplió el ámbito del recurso dando entrada a los recursos frente a decisiones dictadas por la AN o los TSJ en materia de despidos colectivos, lo que ha proseguido con las reformas legales de mecanismos de suspensión colectiva de contratos de trabajo con ocasión de la pandemia.

En fin, la tutela judicial resulta plenamente compatible – la sentencia es ejemplo de ello- con la tarea de optimizar recursos y racionalizar la carga de trabajo que recae en la Sala Social del TS (la entrada de recursos de casación ordinaria en el año 2020 fue de 172, con un índice de resolución de 202 recursos, quedando a final de año pendientes 337 recursos; en el primer trimestre de 2021 ingresaron 67 recursos, se resolvieron 63, quedando pendientes 341 al término de ese primer trimestre^[17]) aplicando de manera efectiva recursos legales a tal fin, como podría ser dar efectivo cumplimiento al trámite de admisión del recurso ex artículo 213.4 LRJS, que contempla la falta de contenido casacional de la pretensión como causa de inadmisión del recurso. Para lograrlo, al margen de retocar legislativamente este trámite de inadmisión, mientras tanto resulta imprescindible potenciar los gabinetes técnicos del Tribunal, siempre bajo supervisión y control de la Sala.

Referencias:

1. ^ STS 26 enero 2016 (rc. 144/2015).
2. ^ STS de 27 enero 2014 (Pleno, rc. 100/2013, Cortefiel).
3. ^ STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014, Pleno; King Regal, SA) o 422/2016 de 12 mayo (rc. 3222/2014; Eurest Colectividades, S.L .) y 1016/2016 de 30 noviembre (rc. 868/2015 ; Hearst Magazines, SL).
4. ^ STS 841/2018 de 18 septiembre (rcud. 3451/2016).
5. ^ STS de 27 enero 2014 (Pleno, rc. 100/2013, Cortefiel).
6. ^ La STC 8/2015 de 22 enero.
7. ^ Desdentado Bonete, Aurelio, *Dos problemas de enjuiciamiento en los despidos colectivos: el control judicial de las causas y el alcance de las nulidades. Cuadernos Digitales de Formación, núm, 12, 2017, Consejo General del Poder Judicial, Cendoj.*
8. ^ STS 26 de marzo 2014 rec 156/13.
9. ^ STS 26 de enero, rec 144/15 caso UNITONO.
10. ^ Desdentado Bonete, Aurelio, *Dos problemas de enjuiciamiento en los despidos colectivos: el control judicial de las causas y el alcance de las nulidades, op. cit.*
11. ^ *Ibidem.*
12. ^ Molins García-Atance, Juan. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. VV.AA Laborum, 2020, pág. 214.*
13. ^ STS (Social) 28 de mayo de 2018 rec 125/2017.

14. ^ *Marín Correa, José María. Medios de impugnación en el procedimiento laboral (excepto el Recurso de casación para unificación de doctrina), en Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia procesal y laboral. Estudios homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz. Coord. Tomás Sala Franco y Juan M. Ramírez Martínez. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág. 539.*
15. ^ *Sempere Navarro, Antonio V. Capítulo XXVIII. Recurso de casación: delimitación y motivos. Curso de Procedimiento Laboral. Montoya Melgar, A; Galiana Moreno, J.M, Sempere Navarro, A,V., Ríos Salmerón, B, Cavas Martínez, F., Luján Alcaraz, J. Duodécima edición, Tecnos, 2019, pág. 415.*
16. ^ *Ibídem. La EM de la LBPL, VI puntualizaba que “una sobrecarga de asuntos en el Tribunal Supremo puede hacer peligrar la reforma judicial, organizativa y procesal, emprendida lo que, en definitiva, redundaría en el derecho de los justiciables a obtener una tutela rápida y sin dilaciones”.*
17. ^ *Fuente: Estadísticas Judiciales, CGPJ, boletines estadísticos, primer trimestre 2021.*