

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA / ABOKATUTZARAKO
SARBIDERAKO MASTERRA**

.....

**LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS,
ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN EN UN CONTEXTO DE CRISIS
SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSERVACIÓN DEL
EMPLEO**

Uxue del Río Ilincheta

DIRECTORA / ZUZENDARIA

Elisa Sierra Hernáiz

Pamplona / Iruñea

19 de enero de 2023/ 2023ko urtarrilaren 19an

RESUMEN:

El objeto del presente trabajo consiste en el análisis de las medidas suspensivas y extintivas de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que el empresario puede aplicar cuando se da un desajuste entre la producción y la plantilla de la empresa, en relación con la incidencia de la crisis sanitaria y la consiguiente normativa extraordinaria promulgada para hacer frente al impacto económico de la misma.

Se abordan los interrogantes interpretativos que la simultaneidad de regímenes jurídicos planteó, con un previo análisis de las características de la naturaleza de cada medida y su aplicabilidad en un contexto de COVID-19, conforme a la doctrina y jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Suspensión; extinción; normativa extraordinaria; COVID-19.

ABSTRACT:

The objective of this work is to analyze work stoppage and termination measures for economic, technical, organizational or production reasons, applicable by the employer when there is an imbalance between the production and the workforce of the company, related to the incidence that health crisis had, and the consequent extraordinary regulations that were published to deal with the economic impact.

The interpretative questions that the simultaneity of legal regimes raised are addressed, with a previous analysis of the characteristics of the nature of each measure and its applicability in a COVID-19 context, according to doctrine and case law.

KEY WORDS: Work stoppage; work termination; extraordinary regulations; COVID-19.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AL	Autoridad Laboral
AN	Audiencia Nacional
ART./ARTS.	Artículo/Artículos
CC	Código Civil
CE	Comunidad Europea
COORD.	Coordinador
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ERTE/ERTEs	Expediente de Regulación Temporal de Empleo/Expedientes de Regulación Temporal de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETOP	Económicas, técnicas, organizativas o de producción
ETT	Empresas de Trabajo Temporal
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
NÚM.	Número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
PÁG./PÁGSS	Página/Páginas
RDL/RDLey	Real Decreto-Ley
REC.	Recurso
RLT	Representación Legal de los Trabajadores
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SS.	Siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ	Sentencia del Tribunal de Justicia/Sentencias del Tribunal de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal de Justicia

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:	3
I. INTRODUCCIÓN	5
II. LA EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO LABORAL POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN	8
1.- Delimitación del supuesto de hecho. Análisis de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.....	8
1.1 <i>Extinción del contrato de trabajo</i>	8
1.2 <i>Suspensión del contrato de trabajo</i>	13
2.- Delimitación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción	16
3.- Aspectos procedimentales de la extinción y suspensión del contrato de trabajo	23
III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS ERE Y ERTE EN EL CONTEXTO DE CRISIS SANITARIA POR LA COVID-19	28
1.- La regulación legal de los ERE y ERTE en un contexto de pandemia por COVID-19	28
2.- Cuestiones clave a la luz del estudio de la jurisprudencia en aplicación de la normativa ERTE y ERE por COVID-19.....	32
2.1.- <i>Los Expedientes de Regulación de Empleo Temporal durante la crisis sanitaria de la Covid-19</i>	32
A) La justa causa en los expedientes de regulación temporal de empleo	32
B) El fraude de ley en los expedientes de regulación temporal de empleo.....	34
2.2- <i>Los Expedientes de Regulación de Empleo durante la crisis sanitaria de la Covid-19</i>	39
2.3.- <i>La transición del expediente de regulación de empleo temporal al expediente de regulación de empleo</i>	44
IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES	47
V. BIBLIOGRAFÍA	51
VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA	53

I. INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 y declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020¹, supuso una emergencia sanitaria que tuvo un gran impacto negativo en la economía mundial. Los países aplicaron medidas de contención del virus que perturbó la oferta y demanda, y, en definitiva, la actividad económica. Tal y como expuso la Organización Mundial del Trabajo, “a lo largo de 2020 se produjo una disminución sin precedentes de la ocupación a escala mundial de 114 millones de empleos con respecto a 2019”².

España se situó entre los países más afectados, con una gran incertidumbre sobre los efectos económicos a corto, pero, sobre todo, a largo plazo³, contexto en el que, como en la redacción del RDL 8/2020 de 17 de marzo se expresa, se priorizó la protección y soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto de la pandemia mundial. Por ello, se promulgaron leyes cuyo objetivo general consistía en procurar que los efectos negativos fueran transitorios y evitar que se produjera un impacto permanente o estructural en la economía del país. En concreto, las medidas de contención extraordinarias adoptadas tenían la finalidad de (i) reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables, (ii) apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo y (iii) reforzar la lucha contra la enfermedad⁴.

En lo referido al apoyo de la actividad productiva se adoptaron medidas de flexibilidad que permitían que las empresas realizaran ajustes temporales, evitando que salieran del mercado por la afección negativa de lo que se pretendía que fuera una situación transitoria y excepcional. En este sentido, desde los Gobiernos se trató de

¹ OMS. (2020). “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS” [Comunicado de prensa]. <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

² OIT (2021). “La COVID-19 y el mundo del trabajo”, séptima edición. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767045.pdf

³ PINILLA DOMÍNGUEZ, J. y GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCCEL, B. “Impacto de la COVID-19 sobre la sanidad y la economía en España”, en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 100, 2021, 2º semestre, pág., 42.

⁴ Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (Exposición de motivos). Boletín Oficial del Estado, 18 de marzo de 2020, núm. 73.

garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales, priorizando sistemas de organización alternativos, puesto que esos mecanismos mostraron ser eficaces para mantener un equilibrio entre la flexibilidad que las empresas demandaban y el mantenimiento del empleo y la protección social⁵.

Es por ello que, para este tipo de situaciones, los expedientes de regulación de empleo temporal, que comportan la reducción o suspensión del contrato de trabajo, son una de las respuestas adecuadas. De hecho, su aplicación se vio incrementada durante la crisis sanitaria, ya que permiten adecuar la plantilla a la carga de trabajo, sin destruir empleo. A pesar de que se trata de una figura que ya estaba regulada en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, con la pandemia del Covid-19 *“el legislador de urgencia ha debido adoptar medidas excepcionales para ganar velocidad en la tramitación de estos procedimientos dirigidos a la suspensión de contratos de trabajo”*⁶, reduciendo los plazos y omitiendo algún mecanismo de control para flexibilizar y agilizar el procedimiento de los ERTE, y mejorando la cobertura. Todo ello con el objetivo de priorizar el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos, ya que según la exposición de motivos del RDL 8/2020, de 17 de marzo *“a la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas (...) contribuyen a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica”*. Así, se trató de mejorar la capacidad de respuesta de los ERTE *“para hacer frente al aluvión sin precedentes de suspensiones de contratos de trabajo hacia donde el Gobierno ha incentivado la respuesta laboral de las empresas”*⁷.

Sin embargo, para ciertas empresas estas medidas internas resultaron insuficientes al haber trascendido el impacto de la Covid-19 del carácter temporal que las justifica, con la consiguiente aplicación de medidas extintivas, cuya posibilidad de adopción se vio limitada con el RDL 9/2020, de 27 de marzo, de medidas complementarias, en el ámbito

⁵ VALLECILLO GÁMEZ, M.R. “El impacto de la Covid sobre las relaciones de empleo y trabajo”, en *Revista Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 7, 2021, pág., 83.

⁶ LACOMBA PÉREZ, R. “ERTES simplificados y rápidos: a medida del COVID.19”, en *Revista de análisis del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pág., 41.

⁷ LACOMBA PÉREZ, R. “ERTES simplificados y rápidos: a medida del COVID.19”, op. cit. pág. 41.

laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19⁸, disposición actualmente derogada, cuyo objetivo era también, el mantenimiento del empleo. A pesar de que “*del total de trabajadores afectados en el año 2020 [por expedientes de regulación de empleo], la mayoría fueron por suspensión de contrato o por reducción de jornada (ERTE)*”⁹, siendo la cifra de afectados de 1.004.637, la situación de ciertas empresas motivó la adopción de medidas extintivas, así pues, en 2020 la cifra de afectados fue de 8614 trabajadores y ya en enero de 2021, el número de trabajadores afectados por despidos colectivos se situó en 1051¹⁰, cifra que fue ascendido a lo largo del año¹¹. Por tanto, las empresas se situaban en una disonancia entre la finalidad perseguida por la normativa extraordinaria de salvaguarda del empleo y la libertad empresarial que faculta al empresario a decidir sobre el futuro de su empresa.

Pues bien, es precisamente éste el contexto que justifica el estudio de este TFM, en el que se realiza un análisis legislativo de los ERE y los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para, a continuación, realizar un estudio jurisprudencial de las cuestiones clave de su aplicación durante la crisis sanitaria, del que se extraen las conclusiones pertinentes sobre las causas que sí son justificativas de la aplicación de un ERTE o un ERE y las causas que, por el contrario, no lo son.

⁸ Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, de medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Boletín Oficial del Estado, 28 de marzo de 2020, núm. 86.

⁹ Ministerio de Trabajo y Economía Social (marzo 2021), *Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Consultado el 10/01/2023, recuperado de: <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/impacto-covid19/index.htm> .

¹⁰ Ministerio de Trabajo y Economía Social (enero 2021), *Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Consultado el 10/01/2023, recuperado de: <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/impacto-covid19/index.htm> .

¹¹ Pérez Meca, A. (27 de febrero de 2022). Los trabajadores afectados por despidos colectivos se disparan un 72,3% en 2021. *EUROPAPRESS*. <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-trabajadores-afectados-despidos-colectivos-disparan-723-2021-20220227101749.html> .

II. LA EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO LABORAL POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

1.- Delimitación del supuesto de hecho. Análisis de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

1.1 Extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato laboral supone la finalización de la relación laboral entre la empresa y el trabajador con el correspondiente cese de las obligaciones mutuas. Las causas se regulan en el art. 49 del ET y se trata de una lista *numerus clausus*, lo que significa que no se pueden añadir nuevas causas ni por negociación colectiva ni por voluntad de las partes, pudiéndose agrupar en 4 categorías: i) extinción por voluntad de ambas partes o por cláusulas contractuales, ii) extinción a causa del trabajador, iii) extinción a causa del empresario y iv) extinción por causas ajenas a la voluntad de las partes. Dentro de la última categoría se encuentra el despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, señalando la doctrina judicial que cuando la empresa se considera inviable o carente de futuro y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma normalmente la decisión de despedir a los trabajadores y es "*ésta la solución que impone, no sólo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica*", pues "*la extinción por causas objetivas, sea plural o sea colectiva, es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinosa y cuya permanencia en el mercado no es posible*"¹².

En cuanto a la fundamentación del despido colectivo son de resaltar cuatro elementos¹³, numérico, espacial, causal y temporal, estando regulado a nivel comunitario

¹² SSTSJ Castilla la Mancha, de 28 de enero de 2011 (Rec. Núm. 1486/2010) y TS, de 8 de marzo de 1999 (Rec. Núm. 617/1998).

¹³ CATALÁ POQUET, R. *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág., 31.

en la Directiva 98/59/CE y a nivel nacional en el art. 51 del ET y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre¹⁴. Conforme al artículo primero de la Directiva 98/59/CE:

“se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: i) para un período de 30 días: a) al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, b) al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, c) al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo; ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados”

Otro aspecto relevante de la Directiva 98/59/CE es la obligación de abrir un periodo de información y consulta con los representantes de los trabajadores para evitar o reducir los despidos colectivos y, en su caso, atenuar sus consecuencias, así como el procedimiento que debe llevarse a cabo una vez acordados los despidos, fijando un marco mínimo que no puede ser empeorado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los estados miembros, pero si bien permite que los estados miembros puedan introducir normas más favorables para los trabajadores (artículo 5). Es así como nuestro legislador ha hecho uso de esta facultad al desarrollar los cuatro elementos configuradores del despido colectivo, siendo de destacar, en primer lugar, el umbral numérico, puesto que es lo que marca la diferencia entre el ERE y el despido objetivo, ya que las causas motivadoras de ambos son las mismas. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia ha señalado que:

“el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de

¹⁴ 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. Boletín Oficial del Estado, 30 de octubre de 2012, núm. 261.

la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo”¹⁵.

Sin embargo, el procedimiento de un expediente de regulación de empleo es totalmente distinto, ya que¹⁶:

“la decisión del empresario de cesar a cada trabajador a consecuencia de un despido colectivo, no se lleva a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se ha debatido y negociado, o se ha estudiado con el adecuado detenimiento la concurrencia o no de causas que justifiquen la extinción de los contratos; y también después, o bien de haber llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el que se acepta la existencia de esas causas, acuerdo que pone fin al período de consultas y que exige que sea corroborado por la correspondiente resolución de la Autoridad laboral, o bien, si tal acuerdo no se logra, después de que dicha Autoridad estime que concurren las causas citadas y, en consecuencia, lo declare así en la resolución que ponga fin al expediente de regulación de empleo y en ella autorice la extinción de los correspondientes contratos de trabajo”.

Es precisamente el cumplimiento del conjunto de trámites que se exigen para el despido colectivo el que determina, en función del volumen de trabajadores, el umbral numérico conforme a lo establecido en el punto primero del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores en consonancia con el art. 2 de la Directiva Europea 98/59. Así, se entiende por despido colectivo cuando en un periodo de 90 días, la extinción de los contratos de trabajo afecte al menos a i) 10 trabajadores, en empresas que ocupen menos de 100, ii) 10% del número de trabajadores en empresas de entre 100 y 300 trabajadores o, iii) 30 trabajadores en empresas que ocupen más de 300 trabajadores. Se entiende también por despido colectivo *“la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior*

¹⁵ STS, de 20 de octubre de 2005 (Rec. Núm. 4153/2004).

¹⁶ STSJ Madrid, de 17 de septiembre de 2007 (Rec. Núm. 2237/2007).

a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial” motivada por causas ETOP.

En segundo lugar, y en cuanto al elemento espacial, existe una disonancia entre la Directiva europea y nuestra norma estatal, puesto que la primera se refiere al centro de trabajo, mientras que la segunda se refiere a la empresa como unidad de referencia a la hora de computar el número de trabajadores para saber si estamos ante un despido colectivo, o ante despidos objetivos individuales. En un principio el TS¹⁷, hizo una interpretación del art. 51 del ET entendiendo que la norma nacional era más favorable para el trabajador, argumentando que mediante la facultad del art. 5 de la Directiva, el legislador español extiende a la empresa la unidad del cómputo de los umbrales, pero sin excluir los casos en los que el centro de trabajo reúna los mismos requisitos numéricos. Sin embargo, el TJUE, en su fallo de 13 de mayo de 2015¹⁸, consideró que la unidad de referencia debe ser el centro de trabajo, por lo que el Tribunal Supremo tuvo que modificar su criterio estableciendo que conforme al art. 51.1 del ET los umbrales numéricos se computan teniendo como unidad de referencia la empresa, pero a efectos de la Directiva se tendrá en cuenta el centro de trabajo cuando en él presten habitualmente servicios más de 20 personas trabajadoras¹⁹:

“por tanto, consideraremos que se trata de un despido colectivo cuando se hayan producido 10 o más despidos en un periodo de 90 días, en un centro de trabajo que tenga una plantilla habitual de entre 21 y 99 trabajadores”²⁰.

En tercer lugar, y por lo que se refiere al elemento temporal, es decir, a cómo computar los días dentro de los cuales deben llevarse a cabo los despidos, el Estatuto de los Trabajadores establece que se tendrá por despido colectivo aquellos que se realicen “en un período de 90 días”, sin embargo, no delimita el *dies a quo* y el *dies ad quem* de dicho período. Por ello la jurisprudencia ha señalado que, en aras de una seguridad

¹⁷ STS, de 18 de marzo de 2009 (Rec. Núm. 1878/2008).

¹⁸ C-392/13.

¹⁹ SSTS, de 13 de junio de 2017 (Rec. Núm. 196/2016) y TS, de 6 de abril de 2017 (Rec. Núm. 3566/2015).

²⁰ ALONSO GÓMEZ, R. “Centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, es aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017 (Comentario a la Sentencia TS 18 de marzo 2009, Rec. Núm. 1878/2008), pág., 3.

jurídica, el cómputo ha de hacer referencia al período anterior o posterior al despido individual impugnado²¹. Resulta importante mencionar la “cláusula antifraude” que contiene el último párrafo del punto 1 del art. 51 ET, en la que se dice que “cuando en períodos sucesivos de 90 días...”. En este sentido, el Tribunal Supremo ha especificado en varias ocasiones que²²:

"el periodo de 90 días podrá ser el anterior, o bien, el posterior, al despido individual en litigio, aquel durante el cual se haya producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos. Pero en todo lo demás debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales períodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en períodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET en la que específicamente se dice "Cuando en períodos sucesivos de noventa días...", estableciendo el requisito de que sean sucesivos los periodos temporales que hayan de tenerse en cuenta para cuantificar el número de despidos que deben ser considerados"

Sin embargo, es importante matizar que el período de 90 días empezará a computar cuando el trabajador mediante la acción de despido haya impugnado el mismo, dentro del plazo de caducidad de 20 días. De lo contrario, con independencia de que el despido colectivo se haya hecho en fraude de ley, la acción individual caducará. Y con relación a esta última idea, se debe citar la STJUE de 11 de noviembre de 2020²³, que aclara cómo debe computarse el periodo de referencia a efectos de apreciar, conforme a la Directiva Europea, si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, citando el artículo 1 apartado 1, párrafo primero, letra a) de la normativa europea para señalar que el periodo de referencia previsto en dicha disposición ha de calcularse computando todo periodo de 30 o de 90 días consecutivos en el que se haya

²¹ STS, de 21 de julio de 2021 (Rec. Núm. 2128/2018).

²² SSTS, de 19 de abril de 2022 (Rec. Núm. 1779/2019) y de 21 de julio de 2021 (Rec. Núm. 2128/2018).

²³ C-300/19.

materializado ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por motivos no inherentes a los trabajadores.

Conforme al último de los elementos, el causal, que será analizado en el punto segundo de este trabajo, el despido colectivo debe responder a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuyas definiciones se encuentran en el mismo art. 51 del ET. En primer lugar, 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 de la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. A su vez, el precepto continúa indicando que, en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante 3 trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. En segundo lugar, concurrirán causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. En tercer lugar, existirán 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, en cuarto lugar, las causas productivas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

1.2. Suspensión del contrato de trabajo

En nuestro ordenamiento jurídico no se define el concepto de suspensión del contrato de trabajo, si bien se recogen las causas motivadoras del mismo, tanto en el Estatuto de los Trabajadores, como en el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, por ello, para determinar sus características configuradoras, hay que estar a lo dispuesto en la doctrina y jurisprudencia. El fundamento y finalidad de esta medida queda concretado en la necesidad del mantenimiento y estabilidad del empleo, como principio jurídico-laboral reconocido en la Constitución en el art. 35.1 (derecho al trabajo) y el art. 40.1 (pleno empleo)²⁴ siendo “*una manifestación positiva del principio de estabilidad*”²⁵. Es decir,

²⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M. “Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines”, en MARÍN CORREA, J.M. (Coord.), *La suspensión del contrato de trabajo*, CGPJ, 1994, págs., 11 y ss.

²⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “La transición de los ERTES a los despidos por necesidades empresariales en las circunstancias extraordinarias de la COVID-19. Causas coyunturales versus estructurales y la

pretende corregir un desequilibrio temporal entre las “necesidades productivas de la empresa y la plantilla de personal, evitando así la adopción de medidas más traumáticas que supondrían la extinción definitiva del contrato de trabajo”²⁶. A su vez, la jurisprudencia la define como²⁷:

“la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico, de cuya definición surgen las notas caracterizadoras de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de “aletargamiento”.

Así pues, su aplicación debe responder a una causa que tenga origen en la respectiva normativa legal o contractual, siendo causas legalmente previstas, entre otras, conforme al art. 45 j), las económicas, organizativas, técnicas o de producción, cuya aplicación da inicio a un expediente de regulación temporal de empleo y se constituye como una medida de flexibilidad que permite alcanzar un equilibrio beneficioso para el empresario y los trabajadores²⁸, ya que con su aplicación se consigue un ajuste favorable de la plantilla a las necesidades del mercado y proporciona a los trabajadores seguridad y estabilidad laboral.

Conforme a lo expuesto, los elementos configuradores del ERTE son, en primer lugar, la subsistencia de la relación laboral, quedando “aletargada” la exigibilidad de las principales obligaciones. En segundo lugar, la interrupción de las prestaciones esenciales del contrato de trabajo y su consiguiente remuneración. Y, en tercer lugar, la temporalidad y provisionalidad de la misma, siendo el elemento configurador de la medida suspensiva

incidencia en la libertad de empresa en la limitación del despido”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2021, pág., 8.

²⁶ COLLADO GARCÍA, L. y TRILLO PÁRRAGA, F.J. *ERTEs por causa de fuerza mayor y ETOP. Especial consideración de la incidencia del Covid-19*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2020, pág., 43.

²⁷ STS, de 7 de mayo de 1984 (RJ 1984\2972).

²⁸ ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma. ERTes, ETOP, FM, COVID-19 y RED*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág., 19.

puesto que su implantación debe responder a una situación coyuntural y no estructural, es decir, las causas por las que se admite el inicio de un expediente de regulación temporal de empleo deben encerrar dentro de sí la idea misma de la provisionalidad y temporalidad²⁹. Ello supone que debe existir una convicción de que la situación dificultosa o anormal para la empresa es transitoria o temporalmente limitada, de manera que hace inadmisibles la suspensión definitiva de las obligaciones derivadas de la relación laboral. Esta idea queda claramente reflejada en el punto tercero del art. 16 del Real Decreto 1483/2012, que dice lo siguiente: *“El alcance y duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de jornada se adecuarán a la situación coyuntural que se pretende superar”*, al igual que en el art. 18.1 del mismo texto legal que exige que la documentación a aportar acredite que la situación que afecta a la actividad de la empresa es coyuntural.

Es precisamente éste el criterio el seguido por los Tribunales, existiendo numerosa jurisprudencia que declara nula por abuso de derecho y fraude de ley el ERTE en el marco de sucesivas suspensiones ante una situación económica negativa que se contempla como definitiva³⁰. Sin embargo, hay que tener en cuenta que: *“la normativa no establece unos parámetros temporales para la determinación de cuándo la situación es temporal o definitiva, ni impide la concatenación de sucesivos expedientes”*³¹, ya que *“la medida de suspensión de contratos tiene sentido para los excesos de plantilla con posibilidades de reabsorberse en plazo razonable”*³², e igualmente, la normativa tampoco expone *“concreción alguna de lo que pueda entenderse como plazo razonable en orden a definir una situación como coyuntural y tampoco se dispone en la ley un plazo máximo de duración de la situación suspensiva, vinculándose la duración de las medidas de*

²⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “La transición de los ERTES a los despidos por necesidades empresariales en las circunstancias extraordinarias de la COVID-19. Causas coyunturales versus estructurales y la incidencia de la libertad de empresa en la limitación del despido”, op. cit., pág., 9.

³⁰ SSTSJ del País Vasco, de 25 de febrero de 2014 (Rec. Núm. 220/2014); de 27 de marzo de 2018 (Rec. Núm. 8/2018) y TSJ Andalucía, de 20 de abril de 2017 (Rec. Núm. 271/2017).

³¹ STSJ de Canarias, de 18 de mayo de 2017 (Rec. Núm. 5/2017).

³² STSJ del País Vasco, de 18 de febrero de 2014 (Rec. Núm. 189/2014).

suspensión a que sean adecuadas para la situación coyuntural que se pretende superar”³³.

Así, la aplicación de la medida suspensiva responde a un criterio de razonabilidad que no permite que durante su vigencia los trabajadores afectados por dicha medida realicen, por ejemplo, horas extraordinarias ni que se lleven a cabo nuevas contrataciones. Así lo entiende el TSJ de Islas Canarias³⁴, con base en el art. 47 del ET cuando afirma que:

“Todo ello evidencia la falta real y efectiva de causa de la decisión de suspensión de 27 contratos de trabajo impuesta por la empresa pues si necesitó la múltiple contratación de nuevo personal descrita y la ampliación de jornada para tres trabajadores durante la ejecución de aquella, decae la necesidad de tales suspensiones contractuales, que la empresa ha utilizado para beneficiarse durante las mismas del empleo de trabajadores temporales, de inferior coste que los propios. Por consiguiente, la decisión de la empresa resultó injustificada”.

Para finalizar con las características que comporta la aplicación de medidas suspensivas, es importante recalcar el carácter subsidiario de las mismas frente a otras medidas que se recogen en el art. 47.7 del ET: *“En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos”.*

2.- Delimitación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción

Tanto el inicio de un expediente de regulación de empleo, como el del expediente de regulación de empleo temporal, ha de motivarse con la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, también llamadas causas ETOP, aunque, como señala el Tribunal Superior de Justicia de Asturias y la Audiencia Nacional³⁵, para la aplicación de un ERTE debe darse un descenso de la producción o de

³³ STSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014 (Rec. Núm. 545/2014).

³⁴ STSJ de Islas Canarias, de 20 de septiembre de 2018 (Rec. Núm. 74/2018).

³⁵ STSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013 (Rec. Núm. 694/2013) y SAN, de 5 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 193/2021).

la demanda que provoque un desajuste temporal de la plantilla que tiene que ser coyuntural y con perspectivas de recuperación.

La primera de las causas motivadoras, la económica, responde a una situación negativa real basada en la existencia de pérdidas o en la evolución negativa de obtención de beneficios, cuya temporalidad y posible recuperación marca la línea diferencial entre el ERE y el ERTE. Mientras que el art. 51 del ET relativo al despido colectivo introduce una cláusula de automaticidad conforme a la cual la disminución de ingresos ordinarios, entendidos como los que obedecen a los obtenidos directamente de la explotación del negocio o ventas es persistente “*si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinario o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*”³⁶, el art. 47 del ET relativo al ERTE introduce la misma cláusula con la diferencia de que la disminución de ingresos o ventas se haya producido durante dos trimestres consecutivos. Conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, las pérdidas económicas hay que valorarlas en el conjunto de la empresa, y no sólo con relación a un centro de trabajo cuando existen otros que producen ganancias³⁷. Sin embargo, tras valorar las circunstancias y, con la finalidad de preservar el empleo, existe otra interpretación jurisprudencial que prefiere el centro de trabajo³⁸:

“es causa de despido cuando una unidad productiva autónoma atraviesa una situación económica negativa, aunque no esté funcionando diferenciadamente y pertenezca al mismo titular, en la medida que los despidos contribuyen al mantenimiento de la empresa. Tal criterio es el que comparte esta Sala pues, constatada la situación económica negativa del centro de trabajo de Málaga Plaza, obligar al empleador a mantener abierto el mismo, además de generar nuevas pérdidas económicas, la ruinosa gestión podría poner en peligro otros centros de trabajo y, por ende, otros puestos de trabajo”.

³⁶ FRAGUAS MADURGA, L. “La delimitación de las causas y el control judicial en el despido colectivo” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016. Consultada el día 22/11/2022.

³⁷ SSTs, de 18 de marzo de 2009 (Rec. Núm.1878/2008) y de 13 de junio de 2017 (Rec. Núm. 196/2016).

³⁸ STSJ de Andalucía, de 20 de enero de 2004 (Rec. Núm. 2296/2004).

No obstante, dejando de lado el ámbito de referencia, la medida adoptada debe ser la más adecuada, razonable y proporcionada a la circunstancia de desajuste económico que esté sufriendo la empresa, adoptando un ERTE o ERE según la persistencia de la situación a lo largo del tiempo. En ambos casos las pérdidas deben ser actuales o previstas o se debe dar una disminución persistente del nivel de ingresos y/o ventas y con base en esto y respecto del ERE la jurisprudencia ha venido aclarando que, el concepto de pérdidas actuales responde a una situación en la que³⁹:

“esas pérdidas no sean meramente coyunturales, tengan una cierta entidad y sean actuales, en el sentido de que no sean pérdidas propias de una situación ya superada (...); dicho de otra forma, que sean pérdidas significativas en el contexto de la empresa”.

Para acreditar las pérdidas actuales y determinar si responden a una situación estructural o coyuntural, como elemento de referencia, la empresa puede hacer uso de las cuentas provisionales en la fecha de inicio del procedimiento en el que se pretende acreditar dicha situación, y como elemento complementario, de las cuentas anuales de los últimos ejercicios en las que quede reflejada y se pueda analizar la evolución económica de la empresa⁴⁰. Es importante señalar que según doctrina del TSJ de Cataluña citando al Tribunal Supremo con relación al ERE, no se puede presumir⁴¹:

"que la empresa, por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados, pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores". (...) “Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación [económica negativa] y la medida de despido”

En cuanto a las pérdidas previstas, al tratarse de un concepto indeterminado que proyecta la situación actual en un momento futuro, la doctrina y jurisprudencia no es

³⁹ STSJ del País Vasco, de 9 de julio de 2013 (Rec. Núm. 14/2013).

⁴⁰ BENAVIDES VICO, A. *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág., 109.

⁴¹ STSJ Cataluña, de 8 de febrero de 2016 (Rec. Núm. 6333/2015).

pacífica. Para su estimación se utilizarán criterios objetivos, como son los ingresos y gastos y “*utilizando para ello como elemento complementario a las cuentas anuales, y balances provisionales los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo*”⁴² entre otros.

En tercer lugar, la disminución persistente del nivel de ingresos y/o ventas no se sitúa, como las dos anteriores, en la esfera de lo que tradicionalmente se conoce como crisis, sino en la esfera de la rentabilidad empresarial y de eficiencia. De dicho concepto se extrae la necesidad de que se dé una minoración de los ingresos ordinarios o de ventas dentro de un período económico-empresarial, que se comparará con otro, y que además esa disminución sea persistente, es decir, que perdure en el tiempo. Tanto el art. 51 del ET como el art. 47 del ET, introduce presunción legal referida al concepto de persistencia temporal, cuando dicen que en todo caso se entenderá que la disminución es persistente si, en el caso del ERE durante tres trimestres consecutivos, en el caso del ERE durante dos trimestres consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Esta presunción no impide que se den otros casos de persistencia que por su intensidad o especialidad se entiendan como causa motivadora de la extinción o la suspensión de los contratos laborales⁴³.

Por lo que corresponde a las causas técnicas, el legislador las define de forma genéricas como “*cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*”, y la jurisprudencia consolidada al respecto entiende que están relacionadas con la “*posible vejez o inutilidad total o parcial*” de los medios de producción⁴⁴. Por ello, la jurisprudencia del TS⁴⁵ expresa que la obsolescencia de la maquinaria y, por tanto, del sistema de producción que motiva la implantación de un nuevo sistema de producción y la utilización de nuevos equipos que supongan una innovación técnica, con la consiguiente mejora de la rentabilidad del centro, que requiere la reorganización del personal para ajustarse a ello, extinguiendo o suspendiendo contratos de trabajo, es

⁴² BENAVIDES VICO, A. *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*. Op. cit., pág., 109-110.

⁴³ BENAVIDES VICO, A. *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*. Op. cit., pág., 109-110.

⁴⁴ STS, de 6 de abril de 2000 (Rec. Núm. 1270/1999).

⁴⁵ STS, de 22 de febrero de 2018 (Rec. Núm. 192/2017).

considerada como causa técnica. En consecuencia, ese “cambio” o necesidad de realizar alteraciones en el proceso productivo por ineficacia de los medios de producción que requieren una reestructuración empresarial es causa acreditativa suficiente de ERE o ERTE, a pesar de que el balance del ejercicio económico sea positivo.

Existirá la tercera de las causas, la organizativa, 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”*, de manera que se encuadra en el *“ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional”*⁴⁶. Por tanto, esta causa se refiere a los factores de producción dentro de la empresa, incluyendo las medidas de descentralización productiva cuando sea la medida más racional en orden a la eficacia de la organización productiva y no una simple medida para lograr un incremento del beneficio empresarial⁴⁷. En el caso de un ERE, el reajuste de la estructura organizativa de la empresa por la que se extinguen algunos contratos será permanente, y, por el contrario, en el caso del ERTE será un reajuste temporal y no permanente, como puede ser una fusión de departamentos internos o desaparición de áreas estructurales de la empresa.

Respecto a las causas de producción, se entiende que concurren cuando se *“produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”*, es decir, son aquellas que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa dentro de los eventos del mercado en el que se encuadran los servicios o productos que comercializa una empresa⁴⁸. Así pues, es reiterada doctrina jurisprudencial, que *“la pérdida de una contrata o servicio, en la medida en que esa pérdida precipita para la empresa prestataria del servicio un sobrevenido desajuste entre necesidades productivas y recursos humanos dispuestos para su satisfacción, es situación que justifica la amortización de empleo o la extinción de los contratos de trabajo afectos al servicio desaparecido”*⁴⁹, de manera que la causa

⁴⁶ STS 6 de abril de 2000 (Rec. Núm. 1270/1999).

⁴⁷ STS, 29 de noviembre de 2010. (Rec. Núm. 3876/2009).

⁴⁸ STS, 6 abril de 2000, (Rec. Núm. 1270/1999).

⁴⁹ SAN, de 13 de abril de 2018 (Rec. Núm. 6/2018).

obedece a una disminución en la demanda, sin que tal situación se entienda como causa económica y sin que por tanto, sea exigible la persistencia en la reducción del nivel ordinario de ingresos y ventas, aunque sea frecuente encontrar casos en los que se aleguen de manera conjunta causas económicas y productivas, en las que las últimas suelen subsumirse en el ámbito de las económicas⁵⁰.

Ejemplo de esta causa como acreditativa de la suspensión de los contratos es la sentencia del TSJ de Navarra⁵¹, en la que se entiende que concurre dicha causa cuando la producción de una empresa depende de la demanda de su único cliente, de manera que la actividad de esta última afecta al proceso productivo de sus proveedores. Conviene destacar que el art. 47 del ET limita la referencia sobre posibilidad de alegar causas previstas a las causas de carácter económico, excluyendo las de carácter productivo, exclusión que la doctrina la interpreta en el siguiente sentido: *“En los expedientes con causa actual pero con proyecciones consecuenciales de futuro sí podría apreciarse la existencia de hechos, vinculados a la actualidad de la crisis y sus efectos hacia un futuro razonablemente previsible, actuando la circunstancia actual como un factor determinante de los que puede venir después”*⁵² y que es respaldado por la jurisprudencia del TS al validar como causa productiva, en el marco de un ERE, la disminución de la previsión de producción para el futuro⁵³.

Sin embargo, es muy frecuente que en la realidad empresarial y judicial se consideren que concurren varias causas contemporáneamente, por ejemplo cuando se acreditan pérdidas derivadas las descenso de ventas por la crisis en el sector de actividad y, al mismo tiempo, concurren tanto causas productivas por originarse una disfunción entre la capacidad productiva empresarial y su capacidad para recolocar los productor en el mercado, como causas organizativas porque la reducción de la demanda obliga a la

⁵⁰ FRAGUAS MADURGA, L. “La delimitación de las causas y el control judicial en el despido colectivo”, op. cit. Consultada el día 12/12/2022.

⁵¹ STSJ de Navarra, de 23 de marzo de 2006 (Rec. Núm. 126/2005).

⁵² GODINO REYES M. (Coord.), “ERTE por causas ETOP en el contexto del COVID-19” en *Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Instrumento fundamental en la crisis del COVID-19*, Francis Lefebvre, pág. 62.

⁵³ STS, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. Núm. 43/2018).

adecuación de la plantilla⁵⁴. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se pueden encontrar ejemplos de ello cuando existe jurisprudencia en la que se acredita la concurrencia de causas económicas y productivas en una empresa dedicada a la elaboración de productos químicos colorantes comercializados posteriormente para las industrias textiles, por el⁵⁵:

“cierre de empresas de producción textil, la transferencia de esta producción a países de más bajo coste de mano de obra, la crisis financiera de 2008 y la reducción del consumo de textiles en España”.

Finalmente, en cuanto a la elección de la medida a adoptar por el empresario, es decir, extintiva o suspensiva, el Tribunal Supremo parte de la identidad formal de dichos conceptos y de sus causas afirmando que⁵⁶.

“el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de ‘oportunidad’ que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba” .

Por lo que, conforme a la jurisprudencia, no corresponde a los Tribunales fijar la idoneidad de la medida extintiva o suspensiva adoptada por el empresario, ni tampoco

⁵⁴ SAN, de 25 de febrero de 2013 (Rec. Núm. 324/2012).

⁵⁵ STS, de 18 de marzo de 2014 (Rec. Núm. 125/2013).

⁵⁶ STS, de 17 de julio de 2014 (Rec. Núm. 32/2014).

censurar la oportunidad de ésta en términos de gestión empresarial, pero sí corresponde a los Tribunales el análisis de la razonabilidad de la medida, cuya carencia llevaría a la ilicitud de las decisiones empresariales que “*ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores*”⁵⁷, de manera que el control judicial se ejerce respecto de la razonabilidad de la medida y de su justificación o proporcionalidad con la situación existente⁵⁸, dejando un margen de discrecionalidad al empresario en la gestión interna de la empresa, si bien dicha libertad empresarial no es absoluta, teniendo como límite los criterios de proporcionalidad y adecuación a las circunstancias.

3.- Aspectos procedimentales de la extinción y suspensión del contrato de trabajo

En cuanto al aspecto procedimental, se regula en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Para un ordenado desarrollo del mismo, primeramente, se analizará respecto del despido colectivo para continuar con los expedientes de regulación de empleo temporal.

El inicio del procedimiento de despido colectivo se produce con la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas, que en todo caso, el escrito deberá consignar: a) La especificación de las causas que motivan el despido; b) El número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; c) El número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) El periodo previsto para la realización de los despidos; e) Los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos; f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; y g) La especificación de los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales.

Sin embargo, con carácter previo, la dirección de la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes, la intención de iniciar el

⁵⁷ SAN, de 21 de septiembre de 2020 (Rec. Núm. 125/2020).

⁵⁸ STS, de 20 de abril de 2016 (Rec. Núm.105/2015).

procedimiento para que constituyan la comisión representativa, cuyo plazo será de 7 días improrrogables, en caso de contar con representantes legales, y en caso contrario, de 15 días. Además, el escrito que da inicio al procedimiento se acompañará de una memoria explicativa que acredite la causa o causas alegadas y motivadoras del despido colectivo, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos necesarios. Simultáneamente, enviará a la autoridad laboral competente la comunicación por la que se inicia el procedimiento, la memoria explicativa y el resto de documentación señalada, quien dará traslado a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación y el periodo de consultas, y será evacuado en un plazo improrrogable de 15 días, quedando incorporado al procedimiento. Puntualizar que, cuando el despido colectivo incluye a trabajadores de cincuenta y cinco o más años de edad, las empresas están obligadas a abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial.

Una vez recabada toda la información y remitida a las partes interesadas, se da inicio el período de consultas, cuya duración no será superior a 30 días naturales. Dicho plazo se reduce a 15 días naturales cuando se trata de empresas de menos de 50 trabajadores. Las partes fijarán un calendario de reuniones a celebrar dentro del referido periodo, cuya primera reunión deberá celebrarse en un plazo superior a tres días desde la entrega de la comunicación del inicio del periodo de consultas. Las partes negociarán de buena fe para la consecución de un acuerdo, que requerirá de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores, siempre que representen a la mayoría de los trabajadores del centro. En las consultas se deberá negociar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y en su caso, sobre los medios para atenuar sus consecuencias, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

La actuación de la autoridad laboral durante el periodo de consultas estará dirigida a velar por la efectividad del mismo, pudiendo realizar advertencias y recomendaciones a las partes, incluso podrá realizar actuaciones de mediación a petición conjunta de las partes. Cuando las observaciones vayan dirigidas al empresario, éste antes de la finalización de las consultas debe responder a la AL por escrito y trasladará copia del

escrito a los representantes legales de los trabajadores. Igualmente, estos últimos podrán enviar a la autoridad laboral las observaciones que consideren oportunas⁵⁹.

Al finalizar el periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral, en un plazo de caducidad de 15 días, del resultado de las mismas, bien trasladando copia íntegra del acuerdo alcanzado, bien, en caso contrario, comunicando la decisión adoptada y sus condiciones. Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la ITSS, a efectos de la emisión del preceptivo informe, que deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y que quedará incorporado al procedimiento. En él, se constatará que la documentación presentada por la empresa en relación con las causas del despido colectivo se ajusta a la exigida por la normativa, tras lo cual, el empresario podrá proceder a notificar los despidos individualmente.

Conforme a los aspectos procedimentales del ERTE, estos vienen regulados en el art. 47 del ET y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, arts. 16 a 24. Existen varias similitudes entre el procedimiento de ERTE y el de ERE, pero existen también aspectos diferenciales, los cuales pasan a exponerse a continuación.

Se inicia, con independencia de las personas afectadas, ya que no se requiere umbral numérico, con la comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras de la apertura de un período de consultas, de duración no superior a quince días, tiempo que se reduce a siete días en el supuesto de empresas de menos de cincuenta trabajadores en plantilla, y copia de dicha comunicación a la autoridad laboral competente. Sin embargo, con carácter previo, y al igual que en supuestos de extinción, la dirección de empresa comunicará de manera fehaciente a las personas trabajadoras o a sus representantes la intención de iniciar un procedimiento de ERTE, para que se constituya la comisión representativa de trabajadores en un plazo improrrogable de 5 días en caso de que el centro cuente con RLT y 10 días, en caso contrario.

⁵⁹ El 21 de diciembre de 2022 el Congreso aprobó la nueva Ley de Empleo que supondrá, cuando entre en vigor y si no se producen cambios durante su tramitación en el Senado, entre otras novedades, que la Inspección de Trabajo recuperará parte de su papel perdido tras la Reforma Laboral de 2012, vigilando las causas de los ERE mediante la emisión de informes preceptivos, modificando para ello el artículo 51.2 del ET (Disposición Adicional sexta ter. Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 21 de diciembre de 2022, Núm. 112-6).

En dicha comunicación se contendrán los mismos extremos señalados para el ERE y se acompañará de una memoria explicativa de la causa o causas alegadas, así como de la documentación justificativa que ayude a acreditar la concurrencia de la misma. En este sentido, resulta muy importante que la representación de los trabajadores cuente con toda la información legal y reglamentariamente prevista desde el inicio del periodo de consultas, no solamente para acreditar la causa motivadora de la suspensión, sino también para que ésta se señale con la suficiente claridad y concreción, y se acredite que se trata de una situación coyuntural, so pena de nulidad del procedimiento⁶⁰. El periodo de consultas se caracteriza por el deber de negociación, que logra su efectividad y alcanza sus fines cuando el empleador proporciona a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente⁶¹. Simultáneamente, con la entrega de la comunicación, el empresario solicitará a los representantes legales la emisión de un informe sobre la reestructuración de la plantilla y ceses totales o parciales y temporales.

La autoridad laboral, una vez recibida copia de la comunicación, así como del resto de documentación, dará traslado de esta a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En caso de que la autoridad laboral advirtiese de la falta de requisitos exigidos, se lo comunicará al empresario para su subsanación, y enviará copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la ITSS.

En este caso, el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y la RLT sobre las medidas suspensivas a adoptar. La actuación de la autoridad laboral durante el procedimiento se caracteriza por velar por la garantía de la efectividad del periodo de consultas, emitiendo recomendaciones y advertencias. A su finalización, la autoridad laboral lo comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dando traslado, en su caso, de la copia del acuerdo alcanzado y en todo caso, de la decisión empresarial sobre la suspensión de contratos, para que elabore un informe preceptivo sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo de las reuniones en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral y quedará incorporado al procedimiento. Señalar que la consecución de un acuerdo supone la

⁶⁰ SAN, de 11 de octubre de 2013 (Rec. Núm. 261/2013).

⁶¹ STSJ de Cataluña, de 15 de octubre de 2012 (Rec. Núm. 32/2012).

presunción de la causa o causas ETOP alegadas, de tal manera que solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Con el fin del periodo de consultas sin alcanzar acuerdo, la empresa notificará a las personas trabajadoras y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos de trabajo, con la inclusión del periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de las medidas. Esta decisión puede ser impugnada por la persona trabajadora ante la jurisdicción laboral, que declarará la medida justificada o injustificada. En caso de ser injustificada, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará a la empresa al pago de los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora hasta la fecha de la reanudación del contrato y en su caso, el abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo, sin perjuicio del reintegro del empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago así como, el ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS ERE Y ERTE EN EL CONTEXTO DE CRISIS SANITARIA POR LA COVID-19

1.- La regulación legal de los ERE y ERTE en un contexto de pandemia por COVID-19

Como ya ha sido expuesto, la situación extraordinaria y de urgente necesidad justificaron la promulgación de leyes extraordinarias para hacer frente al impacto de la Covid-19, como es el RDL 8/2020, de 17 de marzo, en el que se concretan una serie de medidas de flexibilidad interna a disposición del empresario. La norma contiene un conjunto de reglas “*dirigidas a adaptar el régimen jurídico de la suspensión (...) del contrato de trabajo por (...) causas económicas técnicas organizativas y de producción, pero sin modificar el régimen jurídico vigente*”⁶², con la consiguiente simultaneidad de regímenes jurídicos; el ordinario y el derivado de la crisis sanitaria. Debido a ello se generaron dudas respecto del régimen jurídico aplicable a la suspensión de contratos de trabajo, siendo la Audiencia Nacional quien fijó el criterio a seguir al entender que de la literalidad del art. 23.1 del RD Ley 8/2020 se deducía que:

“en los procedimientos de suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplica con carácter general la normativa legal y reglamentaria establecida tanto en el art. 47.1 E. T como en el RD 1483/2.012, la cual únicamente resulta alterada por las normas de dicho precepto encaminadas a facilitar y agilizar la tramitación de tales expedientes y que se constriñen a los siguientes puntos: conformación de la comisión negociadora (...), duración del periodo de (...) y carácter (...) del informe de la ITSS. Pero, en todo lo demás, resulta plenamente aplicable el régimen general, respecto del cual no se establece ninguna especialidad de lo legislado a raíz de la reforma de la legislación laboral que operaron tanto el RD Ley 3/2.012, como la Ley 3/2.012 que lo convalidó, y en el RD. 1483/2.012 que desarrolló reglamentariamente tal legislación,

⁶² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RD Ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20), en *Revista de análisis del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pág., 53.

cobrando, en consecuencia, plena aplicación el amplio cuerpo de criterios jurisprudenciales sentados interpretando tal normativa”⁶³.

Por tanto, de la jurisprudencia expuesta se deduce que el régimen jurídico aplicable durante la pandemia por Covid-19 para aquellos supuestos de suspensión de contratos laborales por causas ETOP y vinculados con la crisis sanitaria, era el ordinario regulado en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1483/2012, que debía ser complementado con las particularidades introducidas en el Real Decreto-Ley 8/2020, concretamente en el art. 23 y que afectaban principalmente a la formación de la comisión negociadora, el periodo de consultas y el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por un lado, para las empresas que no contaran con RLT, *“la norma procura un trámite más ejecutivo en orden a designar a la comisión representativa de los trabajadores”⁶⁴*, eliminando la opción que posibilita escoger entre una comisión formada por trabajadores de la propia empresa o una comisión formada por componentes designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector con un número de entre 1 y 3 miembros. La norma impuso una única posibilidad: la formación de una comisión representativa integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación conformada por una persona por cada uno de los sindicatos, que solo en caso de que aquella no se formara, permitía que la comisión estuviera integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos según lo previsto en el art. 41.1 del ET. En cualquiera de los casos, se redujo el plazo para su formación, que debía hacerse en el improrrogable plazo de 5 días y se redujo también la duración del periodo de consultas que podía exceder del plazo máximo de 7 días, con independencia del número de trabajadores en plantilla.

Por otro lado, el RDL 8/2020, de 17 de marzo eludía algún mecanismo de control, que ayudaba a agilizar y simplificar el trámite convirtiendo el informe de la ITSS en potestativo, de tal manera que en los casos en los que la autoridad laboral no advirtiera

⁶³ SAN, de 20 de julio de 2020 (Rec. Núm. 128/2020).

⁶⁴ LACOMBA PÉREZ, R. “ERTEs simplificados y rápidos: a medida del COVID.19”, op. cit. pág., 42.

elementos generadores de dudas acerca de las causas, la negociación o los términos en los que concluía el ERTE, se prescindía del trámite.

Asimismo, en el art. 24 del RDL 8/2020, se introdujeron medidas extraordinarias en materia de cotización, reforzando la cobertura a los trabajadores afectados por un ERTE suspensivo vinculado al Covid-19, que conforme al art. 267.1 de la Ley General de la Seguridad Social⁶⁵ el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo, posibilitando que tuvieran derecho al acceso a la prestación extraordinaria por desempleo, aunque carecieran de un periodo de cotización. En circunstancias normales, los trabajadores afectados por un ERTE acceden a la prestación contributiva por desempleo siempre que cuenten con el periodo de cotización que exige la norma y este computa a efectos del periodo máximo de percepción de la prestación, al contrario que en el caso de los ERTE Covid-19, cuya percepción no computa a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción legalmente establecidos.

Además, para prevenir el riesgo de colapso de la Administración derivado del volumen de los expedientes, *“ha buscado el legislador de urgencia neutralizar la demora adicional que pueda producirse en el trámite y percibo de las mismas (prestaciones por desempleo) por los trabajadores”*⁶⁶, e introdujo en el art. 3 del RDL 9/2020, de 27 de marzo una medida simplificadora, por la que convertía a la empresa en la responsable de la solicitud de las prestaciones ante el SEPE.

Del mismo modo que la legislación extraordinaria reforzó la protección del trabajador, se incluyeron beneficios para las empresas que se acogieran a un ERTE ETOP y que se comprometieran al mantenimiento del. Así, el Real Decreto Ley 24/2020⁶⁷, en su artículo 4, introdujo medidas extraordinarias en materia de cotización para las empresas que hubiesen iniciado un ERTE por causas objetivas relacionadas con la Covid-19 *“con las especialidades a las que se refiere el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020,*

⁶⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

⁶⁶ LACOMBA PÉREZ, R. “ERTEs simplificados y rápidos: a medida del COVID.19”, op. cit. pág. 44.

⁶⁷ Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. Boletín Oficial del Estado, 27 de junio de 2020, núm. 178.

de 17 de marzo, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley”, así como para las empresas que adoptaran la misma medida tras la finalización de un ERTE por fuerza mayor Covid-19, por las que se les exoneraba parcialmente del abono de la prestación empresarial a la cotización de la Seguridad Social. Todo ello, siempre que, como se recuerda en el art. 6 del mismo texto legal, las empresas se adhieran al compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que supone la obligación de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses, cuyo plazo comenzará a contar una vez finalizado el ERTE o desde el 27 de junio de 2020, día entrada en vigor de la norma, dependiendo de la fecha en la que se acceda a la medida suspensiva, cuestión que no procede analizar en este trabajo.

En relación con la percepción de las prestaciones y ante la posibilidad de que se dieran comportamientos fraudulentos como consecuencia de *“la imposibilidad de la Autoridad Laboral de dar curso en plazo a la avalancha de solicitudes y el silencio positivo (...) el RD Ley 9/20 también prevé dos tipos de actuaciones”*⁶⁸, con la idea de evitar el fraude. En primer lugar, en la disposición adicional segunda, establecía un régimen sancionador para las conductas empresariales consistentes en la solicitud de medidas que *“no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina (...) y siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas”*. Y, en segundo lugar, a pesar de la conversión del informe de la ITSS en potestativo, la disposición adicional cuarta, preveía que la ITSS, en colaboración con la AEAT y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluyera en sus planes de actuación la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTes. De manera que, si la entidad gestora apreciaba indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo, lo comunicaría a la ITSS para su comprobación.

⁶⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “COVID-19 y medidas sociolaborales: «Refundición» RD Ley 6 a 35/2020 y 2, 3, 8 y 11/2021 y Leyes 3 y 8/2020 y 2 y 3/2021”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/>

2.- Cuestiones clave a la luz del estudio de la jurisprudencia en aplicación de la normativa ERTE y ERE por COVID-19

2.1.- Los Expedientes de Regulación de Empleo Temporal durante la crisis sanitaria de la Covid-19

Durante la pandemia, se extendió el uso de los ERTE siendo las medidas suspensivas por causas ETOP las que “*se posicionan como la medida de flexibilidad interna que mejor encaja con las necesidades de ajuste por un descenso coyuntural de la carga de trabajo que pueden prolongarse varios meses*”, de tal manera que su aplicación resulta más favorable para las empresas, ya que el descenso de la actividad “*no queda acotado a la duración del estado de alarma y las limitaciones y restricciones que lo acompañan*”⁶⁹. Conforme a ese criterio las empresas iniciaron expedientes de regulación de empleo temporal de suspensión alegando causas ETOP vinculadas con la Covid-19, generando disparidad entre las partes afectadas respecto de la existencia de las causas y el impacto del coronavirus en las mismas, que los Tribunales han tenido que entrar a valorar y resolver.

A) La justa causa en los expedientes de regulación temporal de empleo

Tal y como ha sido expuesto a lo largo del presente trabajo, la aplicación de una medida suspensiva debe responder a una justa causa, cuya apreciación durante la pandemia ha sido generadora de conflicto colectivo. Es el Juzgado de lo Social de Burgos⁷⁰ el que analiza si existe justa causa en la aplicación de un ERTE Covid cuando la empresa, con anterioridad al inicio de la pandemia, ya venía aplicando medidas suspensivas, concluyendo que ello no puede considerarse como único factor para declararlo injustificado. Es decir, el órgano jurisdiccional reconoce la posibilidad de iniciar un ERTE vinculado con la Covid-19 a una empresa del sector textil que venía aplicado ERTEs suspensivos por estar en pérdidas desde el año 2017 (causa económica) y encontrarse en un periodo de necesidad de reestructuración del sistema productivo (causa organizativo-productiva) por vicisitudes de los mercados internacionales desde el

⁶⁹ VIDAL LÓPEZ, P. “ERTEs por causas ETOP vinculados al COVID-19: la novedosa composición de la comisión negociadora”, en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 962, 2020 parte Comentario, pág., 1.

⁷⁰ SJS de Burgos, de 1 de junio de 2020 (Rec. Núm. 316/2020).

año 2018. Para el juzgador la situación de crisis sanitaria afectó “a la ejecución de las operaciones de adaptación de las instalaciones” de la empresa, “con retraso en los trabajos de reconversión industrial para la fabricación del precursor de la fibra de carbono”. Por ello, considera que la decisión empresarial de adopción de la medida suspensiva es justificada, “habiéndose visto agravada la situación existente en la empresa con el paro de actividad generado por el Covid-19”.

Criterio similar siguió la Audiencia Nacional⁷¹ al entender que concurren causas organizativas y productivas justificativas de un ERTE conforme al art. 23 RD Ley 8/2020, cuando sigue a otro ERTE por las mismas causas, a pesar de que la empresa viniera obteniendo resultados económicos negativos desde antes de la pandemia, ya que ello no es motivo suficiente para entender que la empresa hubiera empleado la legislación Covid de manera fraudulenta. Así, se afirma que de la memoria e informe técnico aportados “se deduce con claridad que la crisis sanitaria por la que atravesamos ha ocasionado una caída de la demanda en los productos que fabrica la demandada” y añade que “no existe previsión de que tales datos mejoren en tanto en cuanto no se mitigue la crisis sanitaria actual”. Para el Tribunal existe una clara vinculación entre la caída de la demanda de productos y la crisis sanitaria, ya que dicha caída comenzó en fecha coincidente con el inicio de la pandemia, no pudiendo considerarse en el momento de la aplicación del segundo ERTE la situación de la empresa como estructural, pero, afirmando que “en caso de persistir dicha situación, las causas arriba referidas no harían sino agravarla, pero en modo alguno podemos inferir que por ese solo dato la empresa haya hecho un uso fraudulento de la denominada coloquialmente como «legislación COVID», pues no se ha alegado causa económica (se alega causa organizativa y productiva) para justificar la decisión”. De modo que resulta decisivo para el Tribunal la causa alegada y conexa con la crisis sanitaria, que acredita la concurrencia de las mismas, y considera la medida de suspensión proporcionada a la entidad de la causa, que persigue:

“evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo, contribuyendo a mitigar el mismo sobre el empleo y la actividad económica, lo cual impone priorizar el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”

⁷¹ SAN, de 26 de febrero de 2021 (Rec. Núm. 288/2020).

En ambos casos los órganos jurisdiccionales concluyen que concurren las causas ETOP alegadas que justifican el ERTE suspensivo superando el juicio de proporcionalidad porque la Covid-19 agrava una situación preexistente. Conclusión a la que, por el contrario, no llega el Juzgado de lo Social de Palencia⁷², que entiende que no concurren las circunstancias organizativas y productivas alegadas porque la empresa admite que el impacto de la declaración del estado de alarma por la pandemia fue mucho menor del previsto y que, además, recurrió a la contratación de personal mediante una ETT durante la vigencia del ERTE. El Juzgado llega a la solución mediante el juicio de razonabilidad que analiza escalonadamente 1) la existencia de la causa justificativa de la medida adoptada, 2) la adecuación de la medida adoptada y 3) la racionalidad de la misma, afirmando que:

“las argumentaciones vertidas por la empresa no justifican la razonabilidad de la decisión adoptada”, ya que, “la inicial incertidumbre sobre la demanda de los productos elaborados por las líneas afectadas no se manifestó, en suma, con la intensidad suficiente para considerar adecuada, razonable y proporcionadamente la medida de suspensión de contratos impuesta, advirtiéndose precipitada la decisión empresarial, pues si la empresa necesitó la contratación de nuevo personal descrita por acumulación de tareas durante la ejecución de la medida, decae la necesidad de tales suspensiones contractuales, cuya efectividad, además, fue menor a la prevista inicialmente”

B) El fraude de ley en los expedientes de regulación temporal de empleo

La crisis sanitaria ha sido, en otras ocasiones, un escenario idóneo para usar de manera fraudulenta la ley, que es definida por la jurisprudencia⁷³ como *“una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma siendo suficiente la existencia de datos objetivos que pongan de manifiesto el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley”*. Es, por tanto, indudable que el fraude legal “es

⁷² SJS de Palencia, de 14 de agosto de 2020 (Rec. Núm. 257/2020).

⁷³ SSTs, de 31 de mayo de 2007 (Rec. Núm. 401/2006) y de 23 de julio de 2020 (Rec. Núm. 239/2018).

*de naturaleza claramente intencional, es decir, ejecutado con la conciencia de que se actúa mal y con la voluntad de hacerlo*⁷⁴, circunstancia que al no presumirse, tiene que ser acreditada por quien la invoca⁷⁵.

Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo⁷⁶, que confirma en su totalidad el criterio seguido por la AN⁷⁷, por la que se declara nulo el ERTE promovido en fraude de ley por un grupo de empresas. En el caso concreto, las empresas en el momento de inicio del período de consultas para negociar la aplicación de un ERTE suspensivo por causas económicas y productivas al amparo del art. 23 del RD Ley 8/2020, ya tenía vigente un ERTE autorizado en 2009 y prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2021. La aplicación de un ERTE Covid a toda la plantilla, con la consecuente suspensión del ERTE que esta venía aplicando, era para las empresas más beneficioso que las condiciones pactadas en el ERTE de 2009. Por ello, el grupo de empresas comunicó fehacientemente a los representantes de trabajadores la apertura del periodo de consultas para la negociación del ERTE por causas económicas y productivas, señalando en la memoria técnica que era preciso aplicar un nuevo expediente de regulación de empleo temporal porque el autorizado en el año 2009 fue negociado en un escenario económico y productivo diferente al del año 2020, resultado por ello un instrumento inadecuado para hacer frente a la situación creada por la Covid-19, criterio no compartido por la RLT que afirmó que *“el ERTE de 2009 ya contemplaba las causas que pudieran preceder a la pandemia”* y denunció el aprovechamiento de una coyuntura adversa como la crisis sanitaria *“para reestructurar o reorganizar”* la empresa.

Una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, la empresa, tras la correspondiente comunicación a la representación legal de los trabajadores, decidió aplicar un ERTE suspensivo desde el 8 de mayo de 2020 hasta el 31 de diciembre del mismo año. Frente a dicha decisión empresarial, las diversas organizaciones sindicales interpusieron demanda solicitando que el ERTE fuera declarado nulo por obrar mala fe

⁷⁴ STSJ Murcia, de 30 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 2/2021).

⁷⁵ STS, de 23 de diciembre de 2014 (Rec. Núm. 109/2014).

⁷⁶ STS, de 2 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 90/2021).

⁷⁷ SAN, de 30 de noviembre de 2020 (Rec. Núm. 178/2020).

por parte de la empresa durante el periodo de consultas, quien no aportó la información y documentación necesaria, y alegaron la falta de proporcionalidad de la medida porque las empresas ya estaban dotadas de un instrumento para superar la causa productiva invocada mediante el ERTE acordado en 2009, siendo fraudulento el ERTE presente. Pues bien, el TS confirma el fraude de ley apreciado por la AN que había concluido que:

“no resulta ajustado a los más elementales parámetros de la buena fe, presentarse en la negociación como un grupo laboral de empresas e invocar una causa económica cual es la previsión de pérdidas futuras y, quirúrgicamente, a la hora de presentar la situación económica del grupo, prescindir del cómputo de aquellas sociedades que reparten beneficios, bajo el pretexto de que las mismas consolidan cuentas en grupo extranjero, con la evidente intención de minorar las garantías establecidas en el ERTE que ya estaba vigente en la empresa, ya que el artificioso planteamiento de la situación – obviando las sociedades que generan mayor beneficio- no tiene otro objeto que servir de excusa para no colmar tales garantías y condicionar de ese modo la negociación”

Criterio a partir del que el TS añade que:

“todo ello, evidencia el fraude de ley que se denuncia en las demandas de UGT, CCOO, y USO, en tanto que por la demandada se ha utilizado la normativa excepcional de regulación de empleo surgida con ocasión de la crisis sanitaria derivada del COVID 19, para eludir el cumplimiento de las garantías pactadas con la RLT en el ERTE aprobado en junio de 2.009 y en sus sucesivas prórrogas, lo que evidencia fraude de ley (art. 6.4 CC) constatándose que se ha utilizado el art. 23 del RDL 8/2020 para eludir el cumplimiento de lo pactado”. A ello añade que “si además resulta que las cuentas de las sociedades se presentan incompletas, y que la crisis productiva que se refiere en el informe técnico no es consecuencia de la pandemia, sino que ya viene latente durante todo el ejercicio 2019, se constata el defectuoso cumplimiento de los deberes de información y documentación por parte de la empresa, lo cual hace inviable que el periodo de consultas se desarrolle con arreglo a las exigencias de la buena fe”

Cabe recordar, y así lo hace la Sala, que el art. 23 del RD Ley 8/2020, respecto de la tramitación de un ERTE por causas ETOP para hacer frente al impacto económico y

social de la Covid-19, no introduce modificaciones o afecciones en las obligaciones informativas y documentales empresariales, puesto que, como se recoge en la Exposición de Motivos de la norma, ésta tiene como objetivo “*la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios*”. Con base en ello, y conforme al TS, que acoge todos los argumentos de la sentencia de la AN, no puede utilizarse la legislación Covid para eludir obligaciones, como pretendió la empresa al alegar causa productiva que no quedó acreditada que fuera distinta a la que motivó el ERTE del año 2009, vigente cuando se inició el conflicto colectivo.

Sin embargo, no todo error en la elección del cauce procedimental que genere un perjuicio a terceros puede considerarse como fraudulento o abusivo, tal y como establece el Tribunal Superior de Justicia de Murcia⁷⁸. En el caso concreto, la empresa dedicada a servicios de restauración inició apertura de periodo de consultas para la aplicación de un ERTE Covid-19 alegando causa productiva. La empresa de catering tenía suscrito con Mutua Ibermuta un contrato para que aquella se encargara de las actividades de restauración dentro de las instalaciones de la Mutua. Con la declaración de pandemia, miles de trabajadores quedaron sin la obligación de acudir a trabajar, con la consiguiente disminución de accidentes laborales que precisaban atención sanitaria, al tiempo que en la Mutua se suspendieron las consultas presenciales y la prestación de servicios de rehabilitación, de manera que se redujo drásticamente el número de personas que hacían uso de los servicios de restauración que prestaba Mediterránea de Catering dentro de la Mutua. Dada la situación de crisis sanitaria, Mutua Ibermuta decidió llevar a cabo una reforma de sus quirófanos con cierre de la planta de hospitalización, con la doble consecuencia de que, por un lado, el personal de la clínica dejó de hacer uso de la cafetería-restaurant, y por el otro, ya no era necesaria la elaboración de comidas del día para los pacientes hospitalizados. En este momento, Mediterránea de Catering decidió iniciar un expediente de regulación de empleo temporal por causas productivas al amparo de la legislación Covid-19, comunicándolo a los trabajadores, ya que no existía RLT y posteriormente a los sindicatos quienes, tras la tercera reunión, y con la confirmación de los trabajadores, asumieron la carga negociadora con la empresa.

⁷⁸ STSJ Murcia, de 30 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 2/2021).

Una vez finalizadas las negociaciones con acuerdo, los trabajadores interpusieron demanda alegando fraude de ley, por aplicación de un ERTE que conllevaba un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es la obtención indebida de las prestaciones por desempleo, dada la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, así como por abuso de derecho porque la empresa habría utilizado un procedimiento de suspensión por causas de producción vulnerando el derecho de los trabajadores de atribuir su representación a una comisión.

El Tribunal al valorar si ha mediado fraude de ley y abuso de derecho, recuerda que ambas figuras tienen un *“componente subjetivo claramente intencional”*. Conforme al fraude de ley, la parte demandante entiende que debía haberse aplicado la normativa ordinaria, es decir, un ERTE por causas productivas ajenas a las consecuencias del Covid-19. El TSJ comienza reflexionando acerca de si *“cuando se trata de empresas que prestan servicios para otras empresas o entidades, las circunstancias que afecten a éstas últimas y que determinen que sus trabajadores y usuarios en general dejen de acudir al centro de trabajo, o lo hacen en un número muy reducido, se transmiten a la mercantil que presta el citado servicio”*, concluyendo que la respuesta debe ser afirmativa. Expresa que no hay duda de que la causa del descenso de actividad de la Mutua *“se transmite a la empresa que prestaba todos los servicios de restauración pues estos dependen solo del ritmo productivo, en este caso del asistencial, que tenga la empresa principal”*, y añade que *“si ese descenso tuvo su origen en la pandemia por el virus Covid-19, también la disminución de la actividad de Mediterránea de Catering tuvo la misma causa y origen. De esta manera la decisión que tomó esta empresa fue la correcta desde el punto de vista del proceso administrativo para la suspensión de los contratos de trabajo”*.

Tal y como ha sido expuesto se permite a las empresas alegar causas productivas cuando disminuya la demanda de su principal cliente y esto les afecte directamente a su productividad⁷⁹. Este criterio, poniéndolo en relación con la situación de crisis sanitaria, parece haber sido el seguido por el TSJ de Murcia y que, en definitiva, le lleva a concluir que no media fraude de ley. Pero incluso, de haber mediado error en la elección del cauce, no puede considerarse como único factor determinante del fraude de ley, ya que, como recuerda el Tribunal, este requiere de intencionalidad, de manera que *“un error en la*

⁷⁹ STSJ de Navarra, de 23 de marzo de 2006 (Rec. Núm. 126/2005).

tramitación podrá ser determinante de la nulidad que se pretende si se acredita que se eludió o vició de cualquier manera la voluntad de los trabajadores”, siendo además un factor importante el resultado final que se hubiera obtenido con la elección de, en su caso, el cauce correcto ya que afirma que si se hubiera aplicado la normativa del ERTE ordinario, “ el resultado final hubiera sido el mismo, que no es otro que la percepción de las prestaciones por desempleo ”.

Conforme las reglas del abuso de derecho, una vez concluido que el cauce procedimental normativo es el extraordinario, el TS afirma que se cumplió con el trámite previsto legalmente porque la norma recoge que de no existir RLT, la comisión representativa para la negociación en el periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos del sector, que se realizó con *“pleno conocimiento y anuencia de los mismos (trabajadores) como así manifestaron en las dos primeras reuniones”*, con una tercera reunión en la que:

“se alcanzó el acuerdo para la suspensión de los contratos de trabajo en el que no medió, como ya se resolvió, ningún tipo de maquinación fraudulenta para, eludiendo el procedimiento de los ERTES ordinarios ajenos al Covid-19, lograr que la empresa se beneficiaria de las consecuencias de la suspensión de los contratos y los trabajadores de las prestaciones por desempleo”

Como se desprende del conjunto de jurisprudencia, parece que de entre todas las causas objetivas, han sido las de carácter productivo las que mayoritariamente han servido para justificar el inicio de los expedientes de regulación de empleo temporal y que junto al análisis de las características de la causa, *“parece innegable que existen argumentos para sostener su validez, actuando la crisis del COVID-19 como la causa actual o el factor determinante en el futuro, y por tanto, durante la vigencia de las medidas suspensivas”*⁸⁰.

2.2- Los Expedientes de Regulación de Empleo durante la crisis sanitaria de la Covid-19

La normativa excepcional promulgada durante la Covid-19, tal y como se ha expuesto, responde a la intencionalidad de reforzar las medidas de flexibilidad interna,

⁸⁰ GODINO REYES M. (Coord.), “ERTE por causas ETOP en el contexto del COVID-19”, op. cit. pág. 63.

para salvaguardar el empleo. Y bajo este criterio se introdujeron previsiones “*de entendimiento no muy claro*” y que dieron “*lugar a no pocas interpretaciones por los operadores jurídicos*”⁸¹, como es la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 que en un principio se entendió como una prohibición de despedir que “*abarca a aquellas empresas que aplicaron expedientes de regulación de empleo por fuerza mayor o causas objetivas durante la pandemia, e impedía los despidos basados en las mismas causas que dichos expedientes*”⁸², criterio conforme al que se dictaron sentencias declarando la nulidad de los despidos⁸³. Sin embargo, “*la mayoría de los pronunciamientos judiciales se decantaron en todo caso, por la improcedencia*”⁸⁴, siendo recientemente cuando el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de los despidos colectivos durante la pandemia.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2022⁸⁵, que contiene una extensa doctrina acerca de los despidos colectivos relacionados o asociados a la Covid-19, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 4 de mayo de 2021 del TSJ del País Vasco⁸⁶, por la que se declara la nulidad de un ERE durante la pandemia. La empresa aplicó un ERTE Covid-19 que fue impugnado por RLT y declarado nulo por el TSJ del País Vasco y posteriormente, con apenas un mes de diferencia, inició el procedimiento de despido colectivo por causas económicas y productivas vinculadas a la Covid-19, haciendo “*hincapié en las previsiones futuras de retraso en la recuperación del tráfico aéreo y de la disminución de la previsión de carga de trabajo en los años posteriores*” a la fecha del despido y alegando que existía un excedente estructural que justificaba la aplicación de un ERE. Este último criterio es compartido por el Tribunal cuando afirma que “*sin embargo, aunque las causas económicas, técnicas, organizativas*

⁸¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la prohibición de despedir por las causas COVID-19”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2021, pág., 3.

⁸² CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. y GESTA LABIANO, L. “Evolución y actualidad de la prohibición de despedir”, en *revista Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 985, 2022, pág., 1.

⁸³ SJS de Sabadell, de 6 de julio de 2020 (Rec. Núm. 316/2020).

⁸⁴ CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. y GESTA LABIANO, L. “Evolución y actualidad de la prohibición de despedir”, op. cit., pág., 1.

⁸⁵ STS, de 22 de febrero de 2022 (Rec. Núm. 232/2021).

⁸⁶ STSJ País Vasco, de 4 de mayo de 2021 (Rec. Núm. 6/2021).

o de producción estén relacionadas con el COVID-19, si se acredita que son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo". Es decir, la cláusula de salvaguarda del empleo introducida por la normativa promulgada durante la pandemia no debe entenderse como una prohibición de despedir, esta *"revela que si la empresa acredita que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, los ERTE no constituyen una medida idónea para afrontarlas"*, por lo que si la causa supera la nota de temporalidad creando una situación definitiva para la empresa, el despido colectivo es la medida más adecuada para hacer frente a dicha situación. En definitiva, la adecuación de la medida adoptada responde a la relación entre la temporalidad de la situación y el equilibrio que debe darse entre el derecho al trabajo y la libertad empresarial, ambos protegidos por la Constitución (arts. 35 y 38, respectivamente).

En relación con esta cuestión, es oportuno traer a colación el voto particular de la STSJ de Cataluña⁸⁷ cuando afirma que *"desgraciadamente existirán supuestos en los que los efectos sociales y económicos de la pandemia pueden tener consecuencias tan negativas que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, en forma tal que el acceso a un ERTE resulte una medida paliativa insuficiente"*, concluyendo que corresponde a la empresa acreditar *"en forma suficiente"* la insuficiencia de las medidas de flexibilidad interna. Esta interpretación es compartida por, TS en la sentencia de análisis, que establece que en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia relacionados con ello, corresponde a la empresa acreditar que las causas ETOP alegadas son estructurales y no meramente temporales o coyunturales, es decir, *"que las medidas de flexibilidad interna (...) son realmente insuficientes para paliar su situación crítica"*, circunstancia que en el caso concreto no fue acreditada por la empresa, de manera que el despido colectivo no puede tener la calificación de ajustado a derecho.

Este pronunciamiento del TS, por su extensa doctrina sobre la posibilidad de despedir durante la crisis sanitaria, es el punto de partida para pronunciamientos posteriores relacionados con la materia. Así el Tribunal Supremo, en su fallo de fecha de

⁸⁷ STSJ de Cataluña, de 31 de marzo de 2021 (Rec. Núm. 3825/2020).

16 de marzo de 2022⁸⁸, declara ajustado a derecho un despido colectivo basado en causas productivas, ya que, conforme a la doctrina anterior:

“la empresa que procedió al despido colectivo ha acreditado el carácter estructural de la crisis que atraviesa, que, aunque lógicamente está influenciada por la situación mundial pandémica, tiene raíces anteriores a tal situación sanitaria y se proyecta hacia el futuro en una situación prevista de normalidad sanitaria”

Respecto de este criterio, algunos Tribunales ya lo venían aplicando, como es el TSJ de Cataluña, que en varias de sus sentencias⁸⁹ valora la temporalidad que justifica el ERTE frente a la concurrencia de causas estructurales que permiten un despido.

De manera que, no toda crisis que atraviesa una empresa y que se acentúa por la pandemia debe llevar a la equívoca afirmación de que la crisis está directamente relacionada con la Covid-19 y que, por ello, no procede la aplicación de medidas extintivas, sino suspensivas. Así las notas de temporalidad y carácter coyuntural de las medidas de ajuste temporal frente a las de carácter estructural se encuentran presentes en pronunciamientos judiciales, como por ejemplo en el del TSJ de Madrid⁹⁰, que resuelve un despido colectivo que afecta a los trabajadores de una empresa en situación de pérdidas acumuladas y resultados negativos durante tres ejercicios consecutivos. Dicha empresa había tramitado un ERTE anterior por causas económicas y productivas, sin embargo, conforme al Tribunal, queda acreditado que concurren causas estructurales que constatan la falta de viabilidad de la empresa, situación que no tiene como causa directa la Covid-19 y concluye afirmando que:

“el despido colectivo es el procedimiento adecuado (...) porque los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarse en las coyunturales”.

⁸⁸ STS, de 16 de marzo de 2022 (Rec. Núm. 265/2021).

⁸⁹ STSJ de Cataluña, de 24 de noviembre de 2020 (Rec. Núm. 56/2020).

⁹⁰ STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2020 (Rec. Núm. 399/2020).

Otra sentencia posterior del Tribunal Supremo⁹¹, resuelve un recurso de casación por el que se solicita la nulidad de un despido colectivo fundado en causas organizativas y productivas por haberse extinguido durante la pandemia el contrato de prestación de servicios mercantiles por la principal cliente de la empresa demandada. Los demandantes alegan, por un lado, fraude de ley por contravenir a lo dispuesto en la normativa extraordinaria que pretende el mantenimiento de empleo y, por otro, mala fe negocial de la demandada al haber retenido hasta última hora información.

Por lo que se refiere a la primera alegación, el Supremo resuelve conforme a su doctrina reiterada, por la que considera que: *“quedó acreditado por la empresa la existencia de causas productivas de naturaleza estructural que justificaban el despido colectivo consistentes en la comunicación oficial y definitiva del principal cliente de la reducción de la carga de trabajo”*, de manera que, no procede como pretendía la parte demandante, la aplicación de un ERTE, ya que la arquitectura de estos, como ya se ha recogido, *“descansa en la temporalidad y coyunturalidad de sus causas, lo que hace que no sean idóneos para afrontar situaciones definitivas y estructurales”*.

En cuanto a la segunda alegación, la mala fe negocial por falta de documentación reclamada, el Tribunal recuerda, *“no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad (...) sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”*. Es decir, el período de consultas en el que se debe negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo exige que el empleador proporcione a la RLT toda la información pertinente (o trascendente), para que dicho periodo alcance sus fines⁹², *“trascendencia”* conforme a la cual el Tribunal Supremo establece que *“la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor “ad solemnitatem”, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad”*, criterio que hace llegar a la conclusión de que la falta de documentos que se revelen *“intrascendentes”* no provocan la nulidad del despido colectivo, ya que *“no resultan trascendentes a los*

⁹¹ STS, de 20 de abril de 2022 (Rec. Núm. 241/2021).

⁹² STSJ de Cataluña, de 15 de octubre de 2012 (Rec. Núm. 32/2012).

efectos que la norma persigue, a saber, proporcionar información que consienta una adecuada negociación”.

2.3.- La transición del expediente de regulación de empleo temporal al expediente de regulación de empleo

Otra de las cuestiones controvertidas que más polémica doctrinal y jurisprudencial ha suscitado ha sido la relativa a la interacción entre los ERTE Covid-19 y el posterior despido colectivo fundado en causas ETOP.⁹³ Aunque existe jurisprudencia reciente al respecto, el Tribunal Supremo ya había resuelto con anterioridad que es ajustado a derecho el despido colectivo efectuado mientras se encuentra en vigor un ERTE ⁹⁴, al afirmar que *“la Sala llega a la conclusión de que ha habido un cambio suficiente de circunstancias en relación con el ERTE por lo que es procedente la extinción colectiva impugnada (...); el ERTE de reducción de jornada no ha sido bastante para detener el progresivo deterioro de la situación económica de la empresa, no ha bastado, no ha frenado la situación adversa”*. No es por tanto obstáculo para la promoción de un ERE que este se realice en mitad del cumplimiento de un ERTE con acuerdo, siempre que, conforme a doctrina del TS⁹⁵, aparezcan nuevas causas o, haya un cambio sustancial y relevante en las circunstancias que motivaron el ERTE. Esta misma doctrina es extensible a los casos en los que hay vigentes pactos de estabilidad o garantías de mantenimiento del empleo, por lo que en principio no procedería un despido colectivo, excepto si concurren nuevas causas o una agravación de las circunstancias que en su día justificaron el ERTE⁹⁶.

Ésta es la posición mayoritaria seguida por la mayoría de los Tribunales de Justicia a la hora de enjuiciar los despidos en las circunstancias extraordinarias de la pandemia

⁹³ DE LAMO RUBIO, J. “Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)”, en *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 3, 2022, pág., 151.

⁹⁴ STS, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. Núm. 271/2013)

⁹⁵ STS, de 12 de marzo de 2014 (Rec. Núm. 673/2013).

⁹⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ C. *ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 835 y 836.

por Covid-19, conforme a la cual, el TSJ de Aragón⁹⁷ resuelve admitiendo un ERE extintivo concluido en el período de consultas con acuerdo y decidido durante la vigencia de un ERTE previo, declarando ajustado a derecho el despido porque se fundamenta en las mismas causas económicas y productivas que justificaron la medida suspensiva, pero queda acreditado que la situación económica de la empresa se agravó por la concurrencia de nuevas causas *“como son la cancelación de otros contratos (...) por un importe de 12 millones de euros (...) con incidencia en la notable disminución de la producción”*.

Con base en el mismo criterio y doctrina consolidada, el Tribunal Supremo⁹⁸ examina recientemente las circunstancias concretas para determinar si las mismas permiten que estando vigente un ERTE Covid por causas productivas, la empresa pueda realizar un despido colectivo por las mismas causas. La parte recurrente alega que la situación es temporal y no estructural, por lo que antes de plantear un despido se debe adoptar otras medidas alternativas como, la ampliación del ERTE, hasta la estabilización de la situación sanitaria. Igualmente, alega que del contenido de la memoria e informe técnico no queda probado el *“acaecimiento de una causa nueva o diferente a la alegada en el anterior ERTE”*, ni tampoco que la causa se haya agravado pasando a ser estructural y llega a la conclusión de que *“la empresa ante la incertidumbre coyuntural que la pandemia ha generado pretende tener carta blanca para despedir en base a previsiones y estimaciones de carga productiva”*, por lo que entiende que existe *“un propósito engañoso de disfrazar la existencia de un ERE cuando en realidad subyace un ERTE prórroga del anterior”*.

Para ello, el Tribunal Supremo realiza un exhaustivo examen de los datos aportados por las partes llegando a la conclusión de que *“las causas de producción que justifican el ERTE son de carácter coyuntural, en tanto las que sustentan el ERE son de naturaleza estructural”*, porque la adopción de la medida de suspensión de contratos obedeció a la incertidumbre sobre el efecto que la pandemia iba a tener en el sector, ya que en la fecha de su adopción su cliente principal, del que obtiene el 96% de los ingresos, no había efectuado comunicación definitiva sobre las unidades a producir. Sin embargo, *“la reducción de unidades a producir comunicada de forma oficial y definitiva por el*

⁹⁷ STSJ de Aragón, de 15 de febrero de 2021 (Rec. Núm. 679/2020).

⁹⁸ STS, de 16 de diciembre de 2021 (Rec. Núm. 210/2021).

principal cliente AIRBUS a la empresa ALESTIS AEROSPACE S.L: se refieren a un extenso espacio temporal”, que no justifica la adopción de medidas temporales. En definitiva, la Sala concluye que “se han producido cambios sustanciales y circunstancias relevantes” que motivan la adopción de un ERE por causas productivas.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Tal y como se desprende de la lectura de este trabajo, la crisis sanitaria ha tenido importantes repercusiones en la economía, estando la situación epidémica y la actividad laboral interconectadas⁹⁹. Los Estados se enfrentaron a una situación extraordinaria y sin precedentes y, en consecuencia, los poderes públicos actuaron con rapidez a fin de controlar la expansión del virus SARS-CoV-2 y reducir, al mismo tiempo, su impacto económico. Esa excepcionalidad, supuso una regulación normativa de urgencia con dolencias jurídicas lo que planteó importantes problemas jurídicos de carácter interpretativo, siendo los Tribunales los llamados en última instancia a resolver sobre las cuestiones litigiosas planteadas¹⁰⁰. El gran volumen de normas aprobadas *ad hoc*, se tradujo en “*un modelo simplificado de ERTES, con menos garantías de las ordinarias por motivos de urgencia junto con la exoneración de cuotas empresariales que ha intentado ser compensada por el legislador a través de previsiones específicas que tiene la finalidad de evitar en lo posible usos abusivos o fraudulentos y mantener el empleo*”¹⁰¹.

Todo ello, dio lugar a una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica que planteó muchos interrogantes respecto de la interpretación y aplicación de la normativa ordinaria y extraordinaria, y que en un inicio provocó resoluciones con criterios dispares.

Pues bien, este TFM se ha centrado en estudiar las cuestiones más relevantes analizadas por los Tribunales en la aplicación de la normativa *ad hoc* para los ERTE y ERE durante la pandemia por Covid-19 y de lo expuesto hasta el momento se pueden extraer las siguientes cuestiones clave que plantea esta legislación.

1. Todo expediente de regulación de empleo ya sea temporal o definitivo, debe obedecer a una de las causas justas delimitadas por el legislador y conocidas como ETOP.
2. La aplicación de medidas suspensivas y extintivas se debe realizar siguiendo un procedimiento preestablecido en la normativa.

⁹⁹ PINILLA DOMÍNGUEZ, J. y GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, B. “Impacto de la COVID-19 sobre la sanidad y la economía en España”, *op. cit.*, pág., 43 y ss.

¹⁰⁰ ESTEBAN GÓMEZ, A. *Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la Covid-19*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 119.

¹⁰¹ FALGUERA BARÓ, M.A. *Los ERTES en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*. Bomarzo, Albacete, 2020, pág. 90.

3. La temporalidad de la causa se sitúa como el elemento diferencial entre la adopción de medidas suspensivas o extintivas.
4. Corresponde a la gestión empresarial decidir si la situación empresarial es coyuntural o si, por el contrario, es estructural, sin que los Tribunales puedan decidir sobre la idoneidad de la medida.
5. En los casos que se cuestione la medida adoptada por el empresario, corresponde a los Tribunales decidir, mediante el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, si resulta justificada la medida adoptada respecto de la situación existente.

Partiendo de estos principios y de los pronunciamientos judiciales que han resuelto la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación de expedientes de regulación de empleo durante la Covid-19 se pueden extraer los siguientes aspectos clave a modo de conclusión final de este TFM:

1. La inseguridad jurídica provocada por la disparidad de criterios ha sido resuelta posteriormente por el Tribunal Supremo con pronunciamientos que han unificado doctrina. Así, del conjunto de la legislación urgente y extraordinaria que incluyó, por un lado, beneficios para empresas que aplicaron medidas internas y para las personas trabajadoras afectadas por las mismas y, por el otro, sanciones para eventuales acciones fraudulentas ligadas a los ERTE, y de la jurisprudencia, se obtuvo un equilibrio entre la situación de desajuste empresarial y el mantenimiento del capital humano, limitando la posibilidad de que las empresas pudieran aplicar medidas suspensivas valiéndose del pretexto de la crisis sanitaria para reestructurar o reorganizar la empresa.
2. Las medidas de flexibilidad interna resultaron insuficientes para algunas empresas, que tuvieron que acudir a la aplicación de medidas extintivas. Con relación a esto, la normativa *ad hoc* introdujo una cláusula de mantenimiento del empleo, que a inicios generó dudas interpretativas sobre su aplicación y que llevó a varios Tribunales a entender que comportaba una prohibición de despedir.
3. Sin embargo, esto fue aclarado por el TS que unificó doctrina, al expresar que no debía entenderse en sentido prohibitivo, y que conforme a una correcta interpretación habilitaba a las empresas a llevar a cabo despidos colectivos

siempre que acreditaran que las causas alegadas eran objetivamente definitivas, lo que devenía en la insuficiencia de las medidas de flexibilidad interna para hacer frente a una situación estructural, a pesar de que dicha situación estuviera influenciada por la crisis mundial pandémica.

4. Del mismo modo, la cláusula de salvaguarda del empleo aplicada a los ERTE ETOP y que se traduce en la obligación de mantener el empleo durante los 6 meses posteriores a la finalización del ERTE, refuerza, acertadamente a mi parecer, la protección de los trabajadores, limitando la posibilidad de que las empresas se beneficien de exoneraciones en las cuotas de la Seguridad Social para, a continuación, iniciar un expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de consideración estructural, haciendo así un uso fraudulento de la normativa.
5. Conforme a inicio de medidas suspensivas, la jurisprudencia entiende que existe justa causa en la aplicación de un ERTE Covid-19 por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que sigue a un ERTE ordinario por la misma causa, siempre que se acredite que el Covid-19 ha agravado una situación preexistente.
6. El inicio de un ERTE Covid por causas ETOP cuando está vigente un ERTE promovido conforme a la normativa ordinaria puede haberse promovido en fraude de ley si se acredita que el ERTE ordinario sigue siendo un instrumento adecuado para la situación de desajuste temporal que atraviesa la empresa y éste es menos beneficioso que la aplicación de un expediente suspensivo conforme a la normativa extraordinaria, con el que conseguiría eludir las obligaciones pactadas en el ERTE ordinario.
7. Es posible iniciar un expediente de regulación de empleo cuando está vigente un ERTE, siempre y cuando aparezcan nuevas causas o se acredite que ha habido un cambio sustancial y relevante de las circunstancias que motivaron el ERTE, que convierte a las medidas suspensivas en insuficientes para hacer frente a la situación y siempre que no esté vigente un pacto o cláusula de mantenimiento del empleo.
8. Igualmente, resulta ajustado a derecho un despido colectivo que sigue a un ERTE Covid y que se inicia por las mismas causas que justificaron la medida suspensiva, cuando la situación se agrava y dichas medidas resultan insuficientes.

9. Del conjunto de jurisprudencia analizada, se concluye que la coyuntura entre la aplicación de un expediente suspensivo o extintivo es la temporalidad de la situación por la que atraviesa la empresa y en el contexto de la Covid-19 debe analizarse si la situación temporal de crisis sanitaria agrava una situación preexistente convirtiéndola en definitiva.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GÓMEZ, R. “Centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, es aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, en *Revista de análisis del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2020.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “COVID-19 y medidas sociolaborales: «Refundición» RDley 6 a 35/2020 y 2, 3, 8 y 11/2021 y Leyes 3 y 8/2020 y 2 y 3/2021”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/>

BENAVIDES VICO, A. *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. y GESTA LABIANO, L. “Evolución y actualidad de la prohibición de despedir”, en *revista Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 985, 2022.

CATALA POQUET, R. *Análisis de la actual configuración del despido colectivo*. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

COLLADO GARCÍA, L. y TRILLO PÁRRAGA, F.J. *ERTEs por causa de fuerza mayor y ETOP. Especial consideración de la incidencia del Covid-19*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2020.

DE LAMO RUBIO, J. “Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)”, en *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 3, 2022.

ESTEBAN GÓMEZ, A. *Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la Covid-19*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021.

FALGUERA BARÓ, M.A. *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*. Bomarzo, Albacete, 2020.

FRAGUAS MADURGA, L. “La delimitación de las causas y el control judicial en el despido colectivo” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016.

GODINO REYES M. (Coord.), “ERTE por causas ETOP en el contexto del COVID-19” en *Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Instrumento fundamental en la crisis del COVID-19*, Francis Lefebvre.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ C. *ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la prohibición de despedir por las causas COVID-19”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2021.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. “La transición de los ERTES a los despidos por necesidades empresariales en las circunstancias extraordinarias de la COVID-19. Causas coyunturales versus estructurales y la incidencia en la libertad de empresa en la limitación del despido”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7, 2021.

LACOMBA PÉREZ, R. “ERTES simplificados y rápidos: a medida del COVID.19”, en *Revista de análisis del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, 2020.

Ministerio de Trabajo y Economía Social (enero 2021), *Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Consultado el 10/01/2023, recuperado de: <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/impacto-covid19/index.htm> .

Ministerio de Trabajo y Economía Social (marzo 2021), *Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Consultado el 10/01/2023, recuperado de: <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/impacto-covid19/index.htm> .

OIT (2021). “La COVID-19 y el mundo del trabajo”, séptima edición. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767045.pdf

OMS. (2020). “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS” [Comunicado de prensa]. <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

PÉREZ MECA, A. (27 de febrero de 2022). Los trabajadores afectados por despidos colectivos se disparan un 72,3% en 2021. *EUROPAPRESS*. <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-trabajadores-afectados-despidos-colectivos-disparan-723-2021-20220227101749.html> .

PINILLA DOMÍNGUEZ, J. y GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, B. “Impacto de la COVID-19 sobre la sanidad y la economía en España”, en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 100, 2021, 2º semestre.

RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M. “Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines”, en MARÍN CORREA, J.M. (Coord.), *La suspensión del contrato de trabajo*, CGPJ, 1994.

ROQUETA BUJ, R.: *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma. ERTEs, ETOP, FM, COVID-19 y RED*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R. “El impacto de la Covid sobre las relaciones de empleo y trabajo”, en *Revista Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 7, 2021.

VIDAL LÓPEZ, P. “ERTEs por causas ETOP vinculados al COVID-19: la novedosa composición de la comisión negociadora”, en *revista Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 962, 2020 parte Comentario.

VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE, de 13 de mayo de 2015, en el asunto C-392/13.

STJUE, de 11 de noviembre de 2020, en el asunto C-300/19.

TRIBUNAL SUPREMO

STS, de 7 de mayo de 1984 (RJ 1984\2972).

STS, de 8 de marzo de 1999 (Rec. Núm. 617/1998).

STS 6 de abril de 2000 (Rec. Núm. 1270/1999).

STS, de 20 de octubre de 2005 (Rec. Núm. 4153/2004).

STS, de 31 de mayo de 2007 (Rec. Núm. 401/2006)

STS, de 18 de marzo de 2009 (Rec. Núm.1878/2008)

STS, 29 de noviembre de 2010. (Rec. Núm. 3876/2009).

STS, de 12 de marzo de 2014 (Rec. Núm. 673/2013).

STS, de 18 de marzo de 2014 (Rec. Núm. 125/2013).

STS, de 17 de julio de 2014 (Rec. Núm. 32/2014).

STS, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. Núm. 271/2013)

STS, de 23 de diciembre de 2014 (Rec. Núm. 109/2014).

STS, de 20 de abril de 2016 (Rec. Núm.105/2015).

STS, de 6 de abril de 2017 (Rec. Núm. 3566/2015)

STS, de 13 de junio de 2017 (Rec. Núm. 196/2016)

STS, de 22 de febrero de 2018 (Rec. Núm. 192/2017).

STS, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. Núm. 43/2018).

STS de 23 de julio de 2020 (Rec. Núm. 239/2018).

STS, de 21 de julio de 2021 (Rec. Núm. 2128/2018).

STS, de 2 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 90/2021).

STS, de 16 de diciembre de 2021 (Rec. Núm. 210/2021).

STS, de 22 de febrero de 2022 (Rec. Núm. 232/2021).

STS, de 16 de marzo de 2022 (Rec. Núm. 265/2021).

STS, de 19 de abril de 2022 (Rec. Núm. 1779/2019)

STS, de 20 de abril de 2022 (Rec. Núm. 241/2021).

AUDIENCIA NACIONAL

SAN, de 25 de febrero de 2013 (Rec. Núm. 324/2012).

SAN, de 11 de octubre de 2013 (Rec. Núm. 261/2013).

SAN, de 13 de abril de 2018 (Rec. Núm. 6/2018).

SAN, de 20 de julio de 2020 (Rec. Núm. 128/2020).

SAN, de 21 de septiembre de 2020 (Rec. Núm. 125/2020).

SAN, de 30 de noviembre de 2020 (Rec. Núm. 178/2020).

SAN, de 26 de febrero de 2021 (Rec. Núm. 288/2020).

SAN, de 5 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 193/2021).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Andalucía, de 20 de enero de 2004 (Rec. Núm. 2296/2004).
- STSJ de Navarra, de 23 de marzo de 2006 (Rec. Núm. 126/2005).
- STSJ Madrid, de 17 de septiembre de 2007 (Rec. Núm. 2237/2007).
- STSJ Castilla la Mancha, de 28 de enero de 2011 (Rec. Núm. 1486/2010)
- STSJ de Cataluña, de 15 de octubre de 2012 (Rec. Núm. 32/2012).
- STSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013 (Rec. Núm. 694/2013)
- STSJ del País Vasco, de 9 de julio de 2013 (Rec. Núm. 14/2013).
- STSJ del País Vasco, de 18 de febrero de 2014 (Rec. Núm. 189/2014).
- STSJ del País Vasco, de 25 de febrero de 2014 (Rec. Núm. 220/2014)
- STSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014 (Rec. Núm. 545/2014).
- STSJ Cataluña, de 8 de febrero de 2016 (Rec. Núm. 6333/2015).
- STSJ Andalucía, de 20 de abril de 2017 (Rec. Núm. 271/2017).
- STSJ de Canarias, de 18 de mayo de 2017 (Rec. Núm. 5/2017).
- STSJ del País Vasco, de 27 de marzo de 2018 (Rec. Núm. 8/2018)
- STSJ de Islas Canarias, de 20 de septiembre de 2018 (Rec. Núm. 74/2018).
- STSJ de Cataluña, de 24 de noviembre de 2020 (Rec. Núm. 56/2020).
- STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2020 (Rec. Núm. 399/2020).
- STSJ de Aragón, de 15 de febrero de 2021 (Rec. Núm. 679/2020).
- STSJ de Cataluña, de 31 de marzo de 2021 (Rec. Núm. 3825/2020).
- STSJ País Vasco, de 4 de mayo de 2021 (Rec. Núm. 6/2021).
- STSJ Murcia, de 30 de noviembre de 2021 (Rec. Núm. 2/2021).

JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS de Burgos, de 1 de junio de 2020 (Rec. Núm. 316/2020).
- SJS de Sabadell, de 6 de julio de 2020 (Rec. Núm. 316/2020).
- SJS de Palencia, de 14 de agosto de 2020 (Rec. Núm. 257/2020).