

LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE AJUSTE TEMPORAL DE EMPLEO (SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA)

THE JUDICIAL CHALLENGE OF THE MEASURES OF TEMPORARY ADJUSTMENT OF EMPLOYMENT (SUSPENSION OF THE CONTRACT AND REDUCTION OF WORKING HOURS)*

Faustino Cavas Martínez**
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción: el reforzamiento de los expedientes de regulación temporal de empleo como mecanismo de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2021. –2. La impugnación de las decisiones empresariales en los ERTE por causas ETOP; 2.1. Impugnación individual; 2.2. Impugnación colectiva; 2.3. Impugnación de oficio. –3. La impugnación de los ERTE fundados en fuerza mayor; 3.1. La impugnación de la resolución de la autoridad laboral; 3.2. La impugnación de la decisión empresarial. –4. Impugnación judicial de los ERTE asociados al Mecanismo Red sobre flexibilidad y estabilización del empleo. –5. COVID-19 y especialidades procesales en la impugnación judicial de los ERTE; 5.1. Suspensión de plazos; 5.2. La impugnación colectiva de los ERTE por causas ETOP relacionadas con la COVID-19 a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo; 5.3. Tramitación preferente de la impugnación de los ERTE COVID-19. –Bibliografía citada.

RESUMEN

La promoción de la flexibilidad interna con el propósito de que sustituya a los despidos por crisis de empresa es un viejo objetivo que se han marcado, hasta el momento sin éxito, la práctica totalidad de las reformas que ha conocido la normativa laboral en las últimas décadas. Es también el objetivo que se ha propuesto el RDL 32/2021 con la reformulación de los tradicionales e infrautilizados expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) y la creación del denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización de Empleo.

La finalidad del presente ensayo es plantear y analizar las diversas vías procesales a través de las cuales pueden sustanciarse las impugnaciones de los acuerdos, decisiones empresariales y resoluciones de la autoridad laboral en relación con las distintas modalidades de ERTE (ETOP, fuerza mayor, Mecanismo RED).

* Recibido el 4 de julio de 2022. Aceptado el 16 de septiembre de 2022.

Esta publicación es parte del proyecto PID2020-117554RB-I00: “Retos de la garantía jurisdiccional de los derechos laborales de las personas trabajadoras en un contexto socioeconómico cambiante”, financiado por MCIN / AEI / 10.13039/501100011033, incluido en la Convocatoria 2020 del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

The promotion of internal flexibility with the purpose of replacing dismissals due to company crises is an old objective that has been set, so far without success, in practically all the reforms that labor regulations have undergone in recent decades. It is also the objective that RDL 32/2021 has proposed with the reformulation of the traditional and underused temporary employment regulation files (TERF) and the creation of the so-called RED Mechanism for Employment Flexibility and Stabilization.

The purpose of this essay is to propose and analyze the various procedural channels through which challenges to agreements, business decisions and resolutions of the labor authority can be substantiated in relation to the different ERTE modalities (ETOP, force majeure, RED Mechanism).

Palabras clave: flexibilidad interna, expedientes de regulación temporal de empleo, impugnación judicial.

Key words: internal flexibility, temporary employment regulation files, procedural challenge.

1. INTRODUCCIÓN: EL REFORZAMIENTO DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO COMO MECANISMO DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA REFORMA LABORAL DE 2021

La reforma laboral de diciembre de 2021 se asienta sobre cuatro pilares: a) la reforma del sistema de contratación laboral, para reducir la temporalidad y promover la estabilidad en el empleo; b) devolver el equilibrio perdido a la negociación colectiva, potenciando la negociación colectiva sectorial y recuperando la ultraactividad indefinida de los convenios; c) mejorar las condiciones de trabajo en las contratadas y subcontratadas; d) el reforzamiento de los ERTE, siguiendo la estela de los ERTE-COVID que tan positivos resultados han dado durante la crisis sanitaria, permitiendo mantener a flote con generosas ayudas públicas a miles de empresas y negocios y la conservación de millones de puestos de trabajo¹.

La promoción de la flexibilidad interna con el propósito de que sustituya a los despidos por crisis de empresa es un viejo objetivo que se han marcado, hasta el momento sin éxito, la práctica totalidad de las reformas que ha conocido la normativa laboral en las últimas décadas. Es también el objetivo que se ha propuesto el RDL 32/2021 con la reformulación de los tradicionales e infrautilizados expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) y la creación del denominado *Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización de Empleo*: convertir el ajuste temporal de empleo, por medio de suspensiones contractuales y reducciones de jornada, en el instrumento de reestructuración empresarial por antonomasia para afrontar escenarios singulares o generalizados de crisis económica o reconversión sectorial, como alternativa a la destrucción masiva de puestos de trabajo, fijos y temporales, característica de épocas precedentes. En el renovado marco de relaciones laborales resultante de la reforma de 2021, cuyo principal objetivo

¹ Por extenso, sobre el régimen jurídico de los ERTE basados en causas relacionadas con la COVID-19, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en VV.AA.: *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*. Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 11-38; y “Los expedientes de regulación temporal de empleo por Covid-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, monográfico sobre la Covid-19, pp. 103-145. Asimismo, FERRANDO GARCÍA, Francisca M.^a, “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19: Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º Extra, 249, 2021, pp. 71-98.

es combatir la precariedad asociada al abuso en la contratación temporal sin causa que la justifique, reviste plena coherencia el impulso de medidas de flexibilidad interna que permitan a las empresas modular la extensión e intensidad del factor trabajo, un trabajo que se quiere cada vez más estable, adaptándolo a la aparición de circunstancias económicas o productivas que distorsionan el normal desenvolvimiento de su actividad.

La remodelación de los ERTE se materializa a través de una doble vía. Por un lado, se modifica el art. 47 del ET para agilizar e incentivar los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) y por fuerza mayor temporal, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones; por otro lado, se introduce en el Estatuto de los Trabajadores (ET) un nuevo art. 47 bis para crear una nueva variante de ERTE, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el empleo, dando cumplimiento a uno de los compromisos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que dentro de su Componente 23, relativo a las “*Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”, anuncia una reforma, la número 6, sobre “*Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición*”.

La positiva experiencia acumulada durante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 respecto a la utilización incentivada de la reducción de jornada y la suspensión de contratos, como vías para contener el recurso a los despidos por razones empresariales, no solo ha llevado a transfundir algunas de sus soluciones a través de las medidas ordinarias de gestión contenidas en el artículo 47 ET. El legislador ha querido culminar su apuesta por la flexibilidad interna dotándola, también, de un marco extraordinario pero estable que la voluntad política (el Consejo de Ministros) podrá poner en funcionamiento ante coyunturas macroeconómicas desfavorables, o para afrontar procesos sectoriales de transición que requieran iniciativas de recualificación profesional. De este modo, el Mecanismo RED gestionará, a partir de la creación de un Fondo constituido al efecto, la importante batería de ayudas públicas, consistentes en la exoneración de cotizaciones y el acceso a prestaciones de Seguridad Social, a disposición de las empresas y personas trabajadoras afectadas por las circunstancias que han justificado su activación en el caso concreto.

Aunque cada tipo de ERTE posee rasgos propios, son principios comunes de aplicación a todas las modalidades de ERTE diseñadas por el RDL 32/2021 los siguientes²:

a) la aplicación gradualista de las medidas de ajuste, prefiriendo, siempre que sea posible, las reducciones temporales de jornada a las suspensiones contractuales, para conseguir un reparto más equitativo de la ocupación y minimizar el impacto económico sobre los trabajadores;

b) la simplificación y agilización de los procedimientos, acortando plazos y declarando dispositivos ciertos trámites, con incorporación de medidas que permiten la adaptación del ERTE a las circunstancias concurrentes (prórroga antes de finalización del ERTE, facultad empresarial de afectar y desafectar a personas trabajadoras a la vista del desarrollo de los acontecimientos y de su repercusión en los contratos de trabajo suspendidos o en reducción de jornada, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras y comunicación tanto al SEPE como a la TGSS, sin necesidad de negociar o solicitar autorización para un nuevo ERTE);

c) la corresponsabilidad social en la financiación de los costes del ERTE, fundamentalmente a través de exenciones en la cotización (más elevadas cuanto mayor es la desconexión de la empresa con la causa del ERTE; 90 % en caso de ERTE por fuerza mayor), que las empresas se podrán aplicar voluntariamente (no operan de oficio), lo que en lógica correspondencia activa

² CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Serie Trabajo, núm. 152, 2022, pp. 129-131.

el compromiso para la empresa de no destruir empleo en los seis meses siguientes a su finalización, viniendo obligada en caso contrario al reintegro de las cuotas con recargos e intereses;

d) la integración de la formación en la dinámica habitual de los ERTE, con interesantes estímulos económicos a disposición de las empresas, convirtiéndose en requisito para acceder a las exoneraciones de cuotas en determinados casos (ERTE ETOP y Mecanismo RED sectorial);

e) la intensificación de los mecanismos de control a cargo de la Inspección de Trabajo y de las entidades gestoras (TGSS, SPEE), decisión coherente en un sistema que canaliza ingentes recursos públicos hacia el sector privado y que amplía el juego de la declaración responsable para que las empresas puedan acceder con prontitud a los beneficios;

f) la previsión de ahorro de trámites mediante la comunicación empresarial a través de procedimientos automatizados comunes con destino a diversas entidades gestoras, sobre el periodo de aplicación, personas afectadas y tipo de medida.

g) el establecimiento de garantías para evitar el efecto sustitución de las personas trabajadoras reguladas temporalmente de empleo (prohibición de realizar nuevas contrataciones, horas extraordinarias y externalizaciones durante el ERTE, con comprensibles excepciones), reforzado con la previsión de sanciones disuasorias;

h) la articulación de generosos mecanismos de protección social para dar cobertura a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, que se bifurca en: prestaciones de desempleo para los ERTE del art. 47 ET y prestación social específica, similar a la prestación por desempleo, en el mecanismo RED.

La finalidad de las páginas que siguen es plantear y analizar las diversas vías procesales a través de las cuales pueden sustanciarse las impugnaciones de los acuerdos, decisiones empresariales y resoluciones de la autoridad laboral en relación con las distintas modalidades de ERTE (ETOP, fuerza mayor, Mecanismo RED).

2. LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES EN LOS ERTE POR CAUSAS ETOP

2.1. Impugnación individual

Las personas trabajadoras directamente afectadas por las decisiones empresariales sobre suspensión del contrato de trabajo y reducciones temporales de jornada, basadas en causas ETOP, que estuvieran disconformes con ellas por cuestiones sustantivas o formales, pueden impugnarlas individualmente ante los órganos del orden jurisdiccional social, acudiendo para ello a la modalidad establecida y regulada en el art. 138 LRJS (ubicado en el Capítulo V, Sección 4.^a: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”).

No obstante, el art. 47.3, último párrafo, ET y el art. 153.1 LRJS establecen que la decisión empresarial también podrá impugnarse colectivamente —por sujetos distinto— a través del procedimiento de conflicto colectivo, siempre y cuando en este último supuesto la decisión empresarial afecte a un número de personas trabajadoras igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET.

Establece el art. 138.1 LRJS que este cauce procesal se sustanciará aunque por parte de la empresa no se hubiera observado el procedimiento previsto en el art. 47 ET. Incluso si la medida de ajuste temporal se hubiera producido incurriendo en cualquier tipo de lesión a la libertad sindical o a otros derechos fundamentales o libertades públicas, el trabajador afectado que pre-

tenda que se revoque dicha decisión empresarial y que se le reponga en sus anteriores condiciones de trabajo deberá articular su pretensión a través de la modalidad procesal regulada en el art. 138, por imposición expresa del art. 184 LRJS que remite a esta modalidad procesal, en la que asimismo se examinarán y decidirán las cuestiones de legalidad ordinaria que puedan viciar la decisión empresarial impugnada.

En cuanto a la demanda, la misma habrá de observar los requisitos generales que establece el art. 80 LRJS, por mor de la supletoriedad que en ausencia de regulación específica cumplen en las modalidades procesales las disposiciones establecidas para el proceso ordinario, según el art. 102 LRJS. No es preciso haber agotado el intento de conciliación o mediación previa (art. 64.1 LRJS), medida que resulta coherente con el carácter preferente y urgente que la Ley atribuye a este procedimiento.

En paralelo con el art. 59.4 ET, para la presentación de la demanda el art. 138.1 LJS arbitra el plazo de veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión empresarial al trabajador o a sus representantes, añadiendo después que tal plazo de caducidad “no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas del transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores”. De esta forma, la acción está sujeta al plazo de caducidad de 20 días hábiles que empieza correr desde la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores, siendo indiferente que la medida empresarial se haya adoptado cumpliendo o no los requisitos formales del art. 47.3 ET; de no existir aquella notificación, el plazo de caducidad no iniciará su cómputo³, pero se aplicará el plazo general de prescripción de un año.

El contenido de la demanda puede ser variado, en correlación con la pluralidad de causas de impugnación que pueden esgrimirse como fundamento de la pretensión: inexistencia o insuficiencia de las causas alegadas por la empresa para suspender los contratos o reducir la jornada; denunciar el incumplimiento de las exigencias formales o procedimentales legal o convencionalmente establecidas; alegar que las medidas obedecen a un móvil discriminatorio o lesivo de otros derechos fundamentales o libertades públicas; no discutir las causas en las que se fundamenta la decisión empresarial, pero sí la concreta selección de trabajadores realizada por el empresario, o la vulneración de las preferencias fijadas legal o convencionalmente, o ambas cosas simultáneamente.

Por lo demás, habida cuenta de la presunción de concurrencia de las causas justificativas de la medida de suspensión o reducción de jornada que establece expresamente el art. 47.3 ET cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo, este solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, no pudiendo cuestionarse la concurrencia o suficiencia de las causas salvo por estos tados motivos⁴. Solo acreditando la concurrencia de las anomalías que el legislador menciona puede el demandante conseguir que el órgano judicial (sea de instancia, sea de segundo grado) reconsidere la concurrencia de la causa⁵. Esta presunción no opera en el caso de que el expediente tramitado concluya sin acuerdo y el empresario decida igualmente aplicar las medidas.

La demanda se dirigirá contra el empresario, pero también otras personas pueden ostentar la legitimación pasiva, al tener relación con el pleito [hasta el punto de haber intervenido en la

³ STS de 9 junio 2016, rec. 214/2015.

⁴ Sin embargo, la STC 140/2021, de 12 de julio, ha declarado que la referida presunción no es aplicable a los despidos colectivos aunque se alcance conformidad con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, al no estar legalmente prevista, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores cuando no se les permite cuestionar en los procesos individuales sobre despido la concurrencia y justificación de las causas en que se basa la decisión extintiva de carácter colectivo.

⁵ ROQUETA BUJ, Remedios, *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma. ERTE ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 199.

formación de la decisión empresarial] y/o poderles afectar el pronunciamiento que en su día se dicte. Es por ello que el caso de suspensiones o reducciones de jornada de carácter colectivo, si el empresario llegó a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el período de consultas, señala el art. 138. 2 LRJS que los mismos también serán demandados, surgiendo entre ellos un litisconsorcio pasivo necesario. Asimismo, cuando el objeto del debate verse sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos también deberán ser demandados, dado que pueden verse afectados por la sentencia.

El órgano jurisdiccional puede recabar la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pidiéndole un informe urgente sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial, en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes. A tal efecto, se remitirá a la Inspección copia de la demanda y demás documentos que la acompañen (art. 138.3 LRJS). El informe no es preceptivo –a diferencia de lo que ocurre en otras modalidades procesales– ni, desde luego, vinculante, pero puede aportar información muy relevante para la formación de la convicción judicial.

La posibilidad de acudir al proceso de conflicto colectivo para impugnar la decisión empresarial sobre suspensión del contrato o reducción de jornada resulta especialmente indicada cuando empresa y representantes de los trabajadores no han alcanzado un acuerdo en el período de consultas (este último, obligatorio según el art. 47 ET en las suspensiones y reducciones de jornada cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y de los concretos afectados) y el empresario ha impuesto la decisión sin tener en cuenta la opinión ni el consenso de los trabajadores; no han de descartarse, sin embargo, impugnaciones por este cauce procesal existiendo acuerdo (pudiendo actuar como accionantes otros sujetos colectivos afectados o interesados que no hayan suscrito el pacto).

La preferencia se otorga al conflicto colectivo, lo cual explica que si, una vez iniciado el procedimiento individual se plantease la demanda colectiva, el primer proceso se suspenderá hasta la resolución del segundo. Aunque esta regla viene referida expresamente a la coordinación entre la demanda de conflicto colectivo y las acciones impugnatorias individuales encauzadas a través de la modalidad procesal del art. 138 LRJS, la misma es extensible a todos los procesos individuales que versen sobre idéntico objeto o se encuentren en relación de directa conexidad con el proceso de conflicto colectivo, como se comprueba en el art. 160.5 LRJS.

Una vez firme la sentencia recaída en el proceso de conflicto colectivo, la misma tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del art. 160 LRJS. Allí se establece que, si la sentencia es estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, la misma deberá contener los datos, características y requisitos para la individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena, con especificación de la repercusión directa sobre unos y otros del pronunciamiento dictado. Añade el apartado 3 del art. 160 LRJS que la sentencia ha de contener la declaración de que la condena surtirá efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

Si se inicia antes el proceso colectivo que el individual, la solución debe ser admitir, en su caso, la demanda de este y suspender inmediatamente. La paralización de las acciones individuales tiene por objeto, y ahí se encuentra su sentido y justificación, procurar una solución homogénea para el conjunto de los trabajadores afectados, y evitar, visto desde la perspectiva contraria, decisiones que podrían ser desiguales o incluso contradictorias.

La tramitación de la modalidad procesal a estudio se califica de urgente y preferente (art. 138. 5 LRJS). El acto de la vista debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda (alterando la regla general para el proceso ordinario del art. 82.1 LRJS), a no ser que se haya solicitado el informe de la Inspección de Trabajo previsto en el art. 138.3 LRJS.

La sentencia ha de dictarse en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva (art. 138.6 LRJS). Contra la misma no cabrá recurso alguno, salvo en los supuestos de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, que tengan carácter colectivo de conformidad con lo previsto en los arts. 40.2, 41.2 ET, así como en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 ET que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET. También cabe el recurso de suplicación basado en infracciones procedimentales [art. 191.3. d) LRJS].

La actividad del juzgador puede abarcar el examen de varios aspectos: constatar hasta qué punto concurren las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que constituyen el fundamento de la suspensión o la reducción de jornada; verificar si se han respetado o no las preferencias otorgadas a determinados trabajadores; comprobar si la decisión empresarial modificativa ha vulnerado o no reglas de procedimiento.

Concordando el art. 138.7 LRJS con lo dispuesto en el art. 47 ET, la sentencia puede contener alguno de los siguientes pronunciamientos:

1.º) Declarar justificada la decisión empresarial, si quedan acreditadas las razones invocadas por la empresa respecto de las personas trabajadoras afectadas. En este supuesto, y dado que la decisión empresarial fue ejecutiva una vez transcurrido el plazo correspondiente desde su notificación a las personas trabajadoras afectadas, la medida se confirma y las cosas quedan, en principio, como estaban.

2.º) Declarar injustificada la decisión empresarial, si no han quedado acreditadas, respecto de las personas trabajadoras afectadas, las razones alegadas por la empresa. En estos casos, la sentencia debe reconocer al trabajador *“el derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo”*; lo que, en el caso de suspensiones de contrato o reducciones de jornada, supondrá la inmediata reactivación del contrato de trabajo y la condena al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión o reducción temporal de jornada, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora y el ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social (art. 47.3 ET). Asimismo, la empresa habrá de resarcir al trabajador los daños y perjuicios que su decisión le haya podido ocasionar durante el tiempo en que la medida surtió efectos, siempre, claro está, que la medida en cuestión le haya irrogado algún perjuicio y por el trabajador se acredite la concurrencia de los presupuestos constitutivos del derecho a la indemnización solicitada.

3.º) Calificar de nula la decisión empresarial, cuando la misma haya sido adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en el art. 47 ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o con desconocimiento de la protección especial que tienen los derechos de conciliación de la vida personal y familiar y de protección contra la violencia de género (cfr. art. 108.2 LJS).

El art. 138.8 LRJS dispone que, si el empresario no procediera a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciera de modo irregular, el trabajador podrá instar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el art. 50,1.c) ET, conforme a lo establecido en los arts. 279, 280 y 281 LRJS. La principal duda que suscita la confusa redacción de este apartado (al afirmarse en él que el trabajador puede solicitar la ejecución del fallo “y” la extinción del contrato) es si a la persona trabajadora, en la fase ejecutiva del proceso, únicamente le está permitido solicitar directamente la extinción indemnizada, o, por el contrario, también puede intentar, como primera medida, la ejecución del

fallo en sus propios términos, en cuyo caso el Juzgado requeriría al empleador para que proceda a la efectiva reposición de condiciones, y solo en la hipótesis de que aquel persistiera en el incumplimiento del fallo [que será lo más frecuente], solicitar la extinción del contrato. La interpretación más razonable parece ser la siguiente: si el empresario no la reincorpora, o reincorpora irregularmente, a su antiguo puesto, la persona trabajadora puede pedir la ejecución a través de un proceso (similar al *"incidente de no readmisión"*) al que se aplican los arts. 279-281 LRJS, y en el seno de este, parece, si el empresario persiste en su negativa al cumplimiento de la sentencia, pedir la extinción del contrato de trabajo, conforme al art. 50.1,c) ET, que establece como justa causa para que la persona trabajadora pueda solicitar la resolución del contrato de trabajo, con derecho a la indemnización señalada para el despido improcedente (arts. 50.2 y 56.1 ET), la negativa del empresario a reintegrarle en sus condiciones de trabajo, cuando una sentencia haya declarado el cambio injustificado. De este modo no se obliga al trabajador a renunciar de antemano a la posibilidad de que el fallo se cumpla en su literalidad, si consigue vencer la resistencia del empresario en fase de ejecución.

Por el contrario, cuando se produce una declaración de nulidad de la medida adoptada por la empresa, el art. 138.9 LRJS afirma expresamente que la sentencia se ejecutará "en sus propios términos", lo que significa que la reposición de la persona trabajadora en sus anteriores condiciones, con pervivencia del contrato de trabajo, es inexcusable para el empresario, "salvo que el trabajador inste la ejecución prevista en el apartado anterior"; es decir, salvo que prefiera optar por la extinción del contrato con percepción de las indemnizaciones previstas en los arts. 50 ET y 281.1.b) LRJS. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de ejecución de la sentencia que declare injustificada la decisión empresarial, se atribuye a la persona trabajadora la opción entre indemnización o recuperación de su estatus profesional anterior, siendo esta obligada si la persona trabajadora opta por ella. En todo caso, serán de aplicación los plazos previstos en los arts. 279-281 LRJS.

2.2. Impugnación colectiva

La demanda colectiva frente al ERTE procede cuando la decisión empresarial sobre suspensión contractual o reducción temporal de la jornada afecte a un número de personas trabajadoras que supere los umbrales previstos en el art. 51.1 ET (arts. 47.3 ET y 153.1 LRJS). Pero cabe recordar que el procedimiento previsto en el art. 47 ET, que contempla un período de consultas con la representación de los trabajadores (legal, sindical o ad hoc), es exigible cualquiera que sea el tamaño de la empresa y número de personas trabajadoras afectadas por la suspensión o reducción de jornada (art. 47.3 ET).

El proceso de conflicto colectivo se regula en el Capítulo Octavo, Título II, de la LRJS, *"Del proceso de conflictos colectivos"*, y tiene su desarrollo en los arts. 153 a 162.

Conforme al art. 153.1 LRJS, se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, un convenio colectivo, o pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan los arts. 40.2; 41.1; 47 y 51.1 ET. El conflicto colectivo ha de revestir, por tanto, carácter jurídico, diferenciándose así del conflicto de regulación o de intereses, y poseer alcance general ⁶.

La competencia para conocer de los procesos de conflicto colectivo se reparte entre los Juzgados de lo Social, la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA. y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dependiendo del ámbito de afectación del conflicto (arts. 7 y 8 LRJS).

⁶ Es por ello que, como subraya la STS de 7 octubre 2015 (rec. 247/2014), el proceso judicial de conflicto colectivo no resulta adecuado a fin de determinar cómo ha de calcularse la cantidad reintegrable a cada trabajador, como consecuencia de haberse anulado un ERTE de reducción de jornada, al resultar imprescindible atender a las características de la jornada de cada uno de los trabajadores afectados.

En este proceso, la legitimación se ciñe a sujetos colectivos (sindicatos, asociaciones empresariales, representación legal o sindical de los trabajadores) y también a la empresa cuando se trata de conflictos de ámbito empresarial o inferior (art. 154 LRJS). Tratándose de suspensiones contractuales o reducciones de jornada, decisiones que se adoptan en el ámbito de la empresa o inferior a esta, estarán legitimados para impugnar la decisión empresarial los órganos de representación “legal o sindical” de las personas trabajadoras [art. 154 c) LRJS] de la respectiva empresa o centro de trabajo a que afecte el conflicto; es decir, tanto comités y delegados de personal como las secciones sindicales de empresa, de conformidad igualmente con el criterio tradicionalmente mantenido por los tribunales de correspondencia entre el ámbito de la representación unitaria o sindical y el del propio conflicto.

No están legitimadas para impugnar por esta vía las personas trabajadoras individualmente consideradas, aunque finalmente va a ser sobre ellas sobre las que se van a proyectar los efectos de la sentencia dictada en el proceso colectivo de conformidad con lo que establece el art. 160.3 y 5 LRJS⁷. Tampoco las comisiones representativas –no institucionalizadas– que hubiera participado en el período de consultas en defecto de representación legal o sindical de las personas trabajadoras⁸, salvo, como se verá después, si se trata de un ERTE por causas ETOP relacionadas con la COVID-19.

En todo caso, los sindicatos representativos de conformidad con los arts. 6 y 7 LOLS, las asociaciones empresariales representativas en los términos del art. 87 ET y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aunque no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (art. 155 LRJS).

El plazo de caducidad de veinte días hábiles para la impugnación colectiva de la suspensión de contratos o la reducción temporal de jornada se inicia en la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas en cuya conclusión estuvo presente la parte actora⁹ y, en su defecto, en la fecha en que la empresa notifica su decisión a los representantes de las personas trabajadoras¹⁰.

El art. 156.1 LRJS impone, como requisito necesario para la tramitación del proceso, la obligación de acudir a la conciliación o mediación previa ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano regulado por la autonomía colectiva que asuma estas funciones, en los términos previstos en el art. 63 LRJS. Ahora bien, por aplicación de lo dispuesto en el art. 64.1 LRJS, quedan exceptuados del requisito de conciliación o mediación prejudicial los procesos de conflicto colectivo que versen sobre suspensión del contrato y reducción de jornada por causas ETOP o derivadas de fuerza mayor, tanto si se impugna el acuerdo alcanzado con la representación legal de los trabajadores como si lo atacado es directamente la decisión empresarial¹¹.

Esta modalidad procesal tiene carácter urgente y gozan de preferencia en su tramitación sobre cualquier otro proceso, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 157). La urgencia del proceso se manifiesta, por un lado, en el acortamiento de los plazos para su tramitación:

⁷ GODINO REYES, Martín (coord.), *Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Instrumento fundamental en la crisis del COVID-19*, Madrid, Lefebvre, 2021, p. 157.

⁸ Se ha postulado, sin embargo, que la expresión representantes legales incluye a los integrantes de la comisión ad hoc cuando intervienen en la negociación del período de consultas, sea con carácter único o como parte de las comisiones híbridas, con apoyo en la jurisprudencia que así lo admite para la impugnación del despido colectivo. Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos, *ERTE y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, p. 622.

⁹ STS de 16 septiembre 2015, rec. 139/2014.

¹⁰ SSTS de 15 septiembre 2014, rec. 290/2013, y 22 marzo 2018, rec. 660/2016.

¹¹ STS de 3 diciembre 2019, rec. 141/2018.

- los días del mes de agosto se consideran hábiles (art. 43.4 LRJS);
- el acto del juicio deberá celebrarse en única convocatoria, dentro de los cinco días siguientes al de admisión de la demanda (art. 160.1 LRJS);
- la sentencia se dictará asimismo dentro de los tres días siguientes (art. 160.2 LRJS), aunque no podrá ser dictada in voce (art. 50.1 LRJS).

Por otra parte, la celeridad que caracteriza a este proceso se revela en la inexistencia de recurso alguno contra las resoluciones que se dicten en su tramitación, salvo contra el auto por el que el juez o tribunal declare su incompetencia (art. 161 LRJS), siguiendo la regla general que establece el art. 5.4 LRJS.

Aun cuando no se haya alcanzado acuerdo en conciliación, este puede producirse en cualquier momento ulterior antes de dictarse sentencia. En tal caso, recibida la correspondiente comunicación en el juzgado o tribunal, el LAJ procederá sin más al archivo de las actuaciones, cualquiera que sea el estado de su tramitación (art. 162 LRJS).

Como ya se ha dicho, la interposición del conflicto colectivo *“paralizará la tramitación las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución”* (art. 47.3 ET).

La sentencia será ejecutiva desde el momento en que se dicte (art. 160.4 LRJS) y *“según la naturaleza de la pretensión deducida”* (art. 303.1 LJS), no obstante, el recurso que contra la misma se interponga. Recurso que será el de suplicación (cuando la demanda haya sido conocida por un Juzgado de lo Social) o, en su caso, el correspondiente de casación (cuando la decisión en la instancia, por el ámbito del conflicto, haya correspondido a un órgano colegiado, TSJ o AN).

El art. 160.3 LRJS previene expresamente que si la sentencia es estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, la misma deberá: a) *“contener, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena”* (cfr. art. 157.1 a) LRJS sobre los requisitos de la demanda); b) *“especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado”*; y c) incorporar *“la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”*.

La sentencia, una vez firme, *“producirá efectos de cosa juzgada”* sobre cualesquiera procesos individuales *“pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo”* (art. 160.3 LRJS). La suspensión de acordará *“aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como sentencia contradictoria”* (art. 160.5 LRJS). De acuerdo con ello, *“la iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto”* (art. 160.6 LRJS).

Por último, la jurisprudencia ha precisado que la modalidad procesal de impugnación de despido colectivo (art. 124 LRJS) resulta idónea cuando el pacto con el que finaliza el periodo de consultas incluye la adopción de otro tipo de medidas distintas y complementarias de la mera y simple extinción de contratos, tales como suspensiones temporales de contratos o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; de utilizarse por los negociadores esa posibilidad, deben impugnarse conjuntamente y en un único procedimiento de despido colectivo la totalidad de las medidas incluidas en el acuerdo¹².

¹² SSTS de 14 octubre 2015 (rec. 8/2015) y 17 mayo 2017 (rec. 221/2016).

2.3. Impugnación de oficio

Aunque la Autoridad Laboral no tiene que emitir resolución autorizante de las suspensiones o reducciones de jornada en los ERTE por causas ETOP, aquella está facultada para impugnar el acuerdo al que se llegue entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras si detecta la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, posibilidad que prevé expresamente el art. 148.b) LRJS. La modalidad procesal procedente para la sustanciación de esta impugnación será, pues, el proceso de oficio; como también lo será para la acción impugnatoria de la decisión empresarial cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de las personas trabajadoras afectadas, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

La autoridad laboral competente para promover el proceso es la que deba recibir la comunicación de reducción de jornada o de suspensión o extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o, en su caso, la solicitud de autorización de la suspensión o extinción de los contratos por fuerza mayor. Puede actuar de oficio (o por indicación de las Inspección de Trabajo en su informe sobre las causas del expediente), a instancia del Servicio Público de Empleo (si considera que ha habido una obtención indebida de prestaciones) o a petición de parte interesada.

La competencia en la instancia corresponde a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, dependiendo de que el acuerdo impugnado extienda sus efectos a un ámbito territorial no superior a una Comunidad Autónoma o superior a esta (arts. 7 y 8 LRJS).

El proceso de oficio está exceptuado de conciliación previa (art. 64.1 LRJS).

La demanda de oficio tiene los mismos requisitos que la demanda en los procesos ordinarios (art. 80 LRJS); pero también debe incorporar, según los casos, «*el acuerdo de suspensión, reducción de jornada o extinción impugnado y la causa invocada, junto con la identificación de las partes que intervinieron en el mismo, precisando la concreta pretensión declarativa o de condena*» y señalar «*los perjuicios estimados o de las bases para la determinación de la indemnización correspondiente, así como de los datos identificativos de los trabajadores afectados y sus domicilios*» (art. 149.1 LRJS).

El plazo de interposición de la demanda es de veinte días hábiles, y es un plazo de caducidad (art. 138.1 LRJS). Dicho plazo empieza a computar a partir del informe de la Inspección de Trabajo o desde el plazo en que debió ser emitido, no desde la fecha en la que la Autoridad Laboral recibe la comunicación del acuerdo alcanzado¹³.

Si la demanda afecta a más de diez personas trabajadoras, el Letrado de la Administración de Justicia les requerirá para que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.2 LRJS, designen representante que deberá ser abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los propios demandantes o un sindicato.

Si la demanda presenta defectos u omisiones, el Letrado de la Administración de Justicia dará a la autoridad laboral un plazo de subsanación de diez días. Si efectivamente es subsanada, será admitida; y en caso contrario se dará cuenta al tribunal para que por el mismo se reuelva sobre la admisión de la demanda (art. 150.1 LRJS. Cfr. art. 81.2 LRJS).

¹³ STS de 29 enero 2019 (rec. 26/2018), donde asimismo precisa el TS que el plazo de 15 días que tiene la ITSS para emitir su informe comenzará a correr, como dice el art. 20.2 del RD 1483/2012, “desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas”.

Las personas trabajadoras perjudicadas deben ser emplazadas y, una vez comparecidas, tendrán la consideración de parte (no así la autoridad laboral, que actúa solo como impulsora del mismo). Pero no pueden desistir ni solicitar la suspensión del proceso, que, en todo caso, se sigue de oficio incluso sin su asistencia [art. 150.2.a) LRJS].

La conciliación, ante el Letrado de la Administración de Justicia o, en su caso, ante el juez o tribunal, solo puede autorizarse *“cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción”* [art. 150.2.b) LRJS].

Los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción solo son eficaces si se celebran *“en presencia del inspector de trabajo que levantó el acta o de la autoridad laboral”* [art. 150.2.c) LRJS].

Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso hacen fe, salvo prueba en contrario; y, por tanto, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada [art. 150.2.d) LRJS].

La sentencia que se dicte habrá de ejecutarse de oficio [art. 150.2.e) LRJS].

3. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ERTE FUNDADOS EN FUERZA MAYOR

En los procedimientos de regulación temporal de empleo basados en una situación de fuerza mayor cabe distinguir tres vías de impugnación:

- a) La dirigida frente a la resolución administrativa que constata o no la fuerza mayor como causa motivadora de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, impugnación que pueden plantear los sujetos legitimados por el cauce procesal del art. 151 LRJS, previo agotamiento de la vía administrativa previa (recurso de alzada).
- b) La dirigida frente a la ulterior decisión empresarial de ejecutar las medidas de ajuste temporal de empleo, a través del proceso de conflicto colectivo cuando el número de personas trabajadoras afectadas supere los umbrales del art. 51.1 ET, si bien, como veremos, no podrá ser objeto del mismo la determinación de la concurrencia de la fuerza mayor, que debe impugnarse necesariamente por la vía del art. 151 LRJS.
- c) La dirigida frente a la ulterior decisión empresarial de ejecutar las medidas de ajuste temporal de empleo, a través de la modalidad procesal prevista en el art. 138 LRJS, sustituir texto resaltado por: sin perjuicio de la impugnación colectiva señalada en el apartado anterior.

3.1. La impugnación de la resolución de la autoridad laboral

La existencia de fuerza mayor temporal, para que produzca la reducción de la jornada de trabajo o la suspensión de las relaciones de trabajo, habrá de ser constatada por la autoridad laboral competente¹⁴, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas, previa tramitación del expediente previsto y regulado en el art. 47.5 ET, con las particularidades contenidas en el art. 47.6 ET para los ERTE basados en fuerza mayor *“gubernativa”*¹⁵.

La resolución de la autoridad laboral que ponga fin al ERTE por fuerza mayor se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud,

¹⁴ Será autoridad laboral competente la señalada para los procedimientos de despidos colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas ETOP (arts. 25 y 31 RD 1483/2012).

¹⁵ El art. 47.6 ET establece que la fuerza mayor temporal *“podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”*.

y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo (art. 47.5, inciso 5, ET). Si no se emite resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el ERTE por silencio administrativo (art. 47.5, inciso 6, ET).

La resolución de la autoridad laboral que constate o desestime la existencia de fuerza mayor podrá ser impugnada ante el orden jurisdiccional social a través de la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral prevista en la Sección 2.^a del Capítulo VII del Título II de la LRJS.

En cuanto “modalidad procesal”, el procedimiento se rige, tal y como advierte el art. 151.1 LRJS “por los principios y reglas del proceso ordinario laboral”, aunque con las especialidades que el mismo precepto establece en su apartado 2. La más importante de ellas, sin embargo, se enuncia en el inciso final del apartado 1 donde, en concordancia con la previsión de la disposición adicional cuarta LRJS, se advierte que “en lo no expresamente previsto serán de aplicación las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social”; y –de acuerdo con la citada disposición adicional– “con la necesaria adaptación a (sus) particularidades”.

El art. 151.5 LRJS reconoce legitimación activa a “los destinatarios del acto o resolución impugnada” o a “quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación”, sin distinguir entre sujetos individuales o colectivos.

El apartado sexto del art. 151 LRJS dice: “Los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, así como aquellos con implantación en el ámbito de efectos del litigio, y el empresario y la representación unitaria de los trabajadores en el ámbito de la empresa, podrán personarse y ser tenidos como parte en los procesos en los que tengan interés en defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios o en su función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones”.

Para poder demandar a la autoridad laboral es preceptivo agotar la vía administrativa, de acuerdo con lo establecido en el art. 69.1 LRJS¹⁶. El empresario podrá interponer recurso de alzada contra la resolución de la autoridad laboral que no constate la existencia de fuerza mayor y, posteriormente, demanda ante los Juzgados de lo Social en caso de que no se estime su recurso. Obviamente, los representantes de las personas trabajadoras y los propios trabajadores afectados ostentan interés legítimo, por lo que podrán recurrir en alzada e impugnar la resolución de la autoridad laboral que haya constatado o no la fuerza mayor¹⁷. La jurisprudencia ha reconocido legitimación activa a los sindicatos más representativos de ámbito autonómico para impugnar la resolución de la autoridad laboral que constata la existencia de fuerza mayor, aunque el ámbito del conflicto supere al del territorio de la comunidad autónoma en los que son más representativos, siempre que acrediten un interés legítimo en el procedimiento¹⁸.

¹⁶ SAN de 15 junio 2020 (proc. 113/2020). No obstante, si la Administración remitió directamente al interesado a la jurisdicción social y omitió la procedencia de interposición del recurso de alzada, no puede invocar a posteriori su ilegalidad en su propio interés y en perjuicio del administrado, ya que ello vulneraría la tutela judicial efectiva, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios [SSTSJ Castilla y León/ de 19 octubre 2020 (rec. 1207/2020) y 11 diciembre 2020 (rec. 950/2020)].

¹⁷ ROQUETA BUJ, Remedios, *Los expedientes de regulación temporal de empleo...*, cit., p. 202.

¹⁸ STS de 17 febrero 2022 (rec. 244/2021), argumentando que, si se les negara legitimación procesal a los sindicatos más representativos por tener el conflicto un ámbito superior al de su comunidad autónoma, se les estaría impidiendo promover litigios colectivos, aunque acrediten fuerte implantación en la empresa dentro del ámbito autonómico, en empresas de ámbito superior a dicho ámbito territorial, lo que supondría negarle el ejercicio de una de las potestades básicas de su libertad sindical, asegurado por el art 2.2.d) LOLS.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración autora del acto impugnado.

Según dispone el art. 122.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el plazo para interponer recurso será de un mes si el acto que se recurre fuera expreso; si el acto a recurrir fuese presunto, en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Según establece el art. 47.5 ET, si la autoridad laboral no dicta resolución en el plazo de cinco días a contar desde la solicitud, el ERTE se entenderá autorizado por silencio administrativo, por lo que, pasado este plazo, el interesado podría interponer recurso de alzada en cualquier momento. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses, de manera que una vez transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución, se podrá entender desestimado el recurso (art. 122.2 LPAC). La resolución dictada en alzada agotará la vía administrativa y podrá ser objeto de impugnación ante la jurisdicción social.

La demanda debe reunir los requisitos señalados en el art. 80 LRJS; y, en particular, debe a) identificar con precisión “el acto o resolución objeto de impugnación y la Administración pública o entidad de derecho público contra cuya actividad se dirija el recurso” y b) señalar, en su caso, “*las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados*” por su estimación.

El plazo de interposición de la demanda será de dos meses, a contar desde que se deba entender agotada la vía administrativa (arts. 692 y 151.7 LRJS). El plazo de subsanación de la demanda es de cuatro días, procediéndose a su término como indica el art. 81.2 LRJS.

La sentencia recaída en estos procesos puede:

- Inadmitir la demanda por ausencia de presupuestos procesales o por razones de forma (falta de jurisdicción, no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, presentación fuera del plazo establecido o falta de cualquier otro presupuesto procesal, “*así como cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma*”) [art. 151.9 a) LRJS].
- Desestimar la demanda cuando el acto impugnado sea ajustado a derecho [art. 151.9 b) LRJS].
- Estimar la demanda “*si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos*”. En tal caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o parcialmente. Y, asimismo, debe ordenar, si procede, el cese o la modificación de la actuación impugnada o imponer el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada [art. 151.9 c) LRJS]. La estimación de la demanda puede obedecer, a su vez, a la omisión de requisitos de forma en el acto administrativo impugnado. En este segundo caso, si tal omisión es subsanable, la sentencia puede declarar la nulidad del procedimiento seguido “*a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción*”. Y en tal caso, la declaración de la caducidad del expediente no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa “*si por su naturaleza no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptiva de dicho plazo*” [art. 151.9 d) LRJS].

Teniendo a la vista lo previsto en los arts. 129 y ss. de la supletoria Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), el art. 152 LRJS regula las medidas cautelares en los procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral. La regla general es que los interesados pueden solicitar, “*en cualquier estado del proceso, la suspensión del acto o resolución administrativos recurridos y en general cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda*”.

La solicitud de medidas cautelares es resuelta por auto —que “dispondrá su inmediato cumplimiento” (art. 134.1 LJCA)— una vez “oídas las partes por tres días”. De apreciarse la concurrencia de razones de especial urgencia, la medida puede anticiparse, sin perjuicio de la posterior audiencia de las partes.

Según establece el art. 152.1 LRJS, coincidente con el art. 130.2 LJCA, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

3.2. La impugnación de la decisión empresarial

Las decisiones empresariales de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por fuerza mayor podrán ser impugnada tanto por los trabajadores afectados como por sus representantes, en los mismos términos que en los despidos colectivos (art. 33.6 RD 1483/2012).

La impugnación individual se tramitará a través de la modalidad procesal prevista en el art. 138 LRJS, en los términos y condiciones que ya han sido analizados para la impugnación de las decisiones empresariales sobre suspensión de contratos y reducción de jornada por causas ETOP. Cuando el número de personas trabajadoras afectadas por la medida de suspensión o reducción de jornada por fuerza mayor supere los umbrales establecidos en el art. 51.1 ET, será proceso adecuado el de conflicto colectivo (art. 153 LRJS), sin perjuicio de la posible impugnación individual, no siendo aquí de aplicación el art. 151 LRJS al no ser objeto del procedimiento la impugnación de la resolución administrativa que declara constatada la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa¹⁹.

La demanda, sea individual o colectiva, deberá interponerse dentro del plazo de caducidad de veinte días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la decisión empresarial de reducción de jornada o suspensión de los contratos (arts. 59.4 y 138.1 LRJS), directamente ante los órganos de la jurisdicción social, sin necesidad de haber agotado el intento de conciliación o mediación prejudicial, requisito preprocesal no exigible en pleitos versados sobre esta materia (art. 64.1 LRJS).

Como se ha señalado más arriba, a propósito de la impugnación de los ERTE por causas ETOP, si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel quedará en suspenso hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual, en los términos del art. 160.3 LRJS.

Sin embargo, y como quiera que el proceso de impugnación de los ERTE por fuerza mayor cuenta con una modalidad procesal diferente para impugnar la resolución de la autoridad laboral, y aunque no se haya establecido nada específicamente a este respecto, podría considerarse también que en el caso de que haya sido impugnada la resolución administrativa autorizadora del ERTE por fuerza mayor, el mismo efecto suspensivo sobre los pleitos individuales que provoca la presentación de la demanda colectiva podría tenerlo el procedimiento del art. 151 LRJS sobre la reclamación judicial individual, en tanto que no sea resuelta dicha impugnación, puesto que su resultado va a tener efectos claros respecto a la pretensión individual²⁰. En cambio, ese efecto suspensivo de la impugnación de la resolución de la autoridad laboral no cabría predicarlo respecto de la impugnación colectiva de la decisión empresarial adoptada en un ERTE previsto en el art. 153 LRJS en relación con el art. 138 del mismo texto legal, por tener el proceso de conflicto colectivo carácter preferente y urgente (salvo frente a los procesos de tutela de derechos fundamentales).

¹⁹ STS de 27 abril 2021, rec. 159/2020.

²⁰ GODINO REYES, Martín, cit., pp. 153-154.

En los procesos que cuestionen la decisión empresarial, tanto en los individuales como en el colectivo, se debe respetar el contenido de la resolución administrativa autorizante, de modo que la impugnación de la decisión empresarial no podrá cuestionar la concurrencia de fuerza mayor cuando esta ha sido constatada por la autoridad laboral (incluso por silencio administrativo) y su resolución no ha sido impugnada por la vía del art. 151 LRJS, deviniendo con ello firme (cosa juzgada “administrativa”). Consiguientemente, si de discrepa sobre la concurrencia de fuerza mayor, debe impugnarse necesariamente la resolución administrativa que la constató, por el procedimiento del art. 151 LRJS. Cuando no se haga así, dicha resolución habrá ganado firmeza y ya no será posible cuestionar la concurrencia de la fuerza mayor en el procedimiento de impugnación de la medida empresarial correspondiente²¹, debiendo centrarse la impugnación de la decisión empresarial en otros aspectos (p. ej., falta de comunicación individual de la cesión adoptada al trabajador afectado, desviación respecto del contenido de la resolución administrativa, discrepancias con la selección de las personas trabajadoras afectadas, con la especie y duración de la medida, etc.).

Por último, aunque el supuesto no está expresamente previsto en el art. 138 LRJS, será considerada nula de medida de ajuste temporal basada en fuerza mayor cuando la empresa no hubiera observado el procedimiento previsto en el art. 47 ET, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS para los despidos por fuerza mayor que eludan el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET.

4. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ERTE ASOCIADOS AL MECANISMO RED SOBRE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

El procedimiento del Mecanismo RED se regula en los apartados 2 a 4 del art. 47 bis ET. No obstante, el RDL 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, ha regulado, de forma provisional, el procedimiento aplicable a los ERTE con causa en el Mecanismo RED, con degradación de rango para que el Gobierno pueda modificarlo cuando lleve a cabo el desarrollo reglamentario del art. 47 bis ET.

Para que las empresas puedan solicitar medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo, es preciso que el Mecanismo RED haya sido previamente activado por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Se trata, por tanto, de un instrumento “político”, cuya activación no está normativamente garantizada pues dependerá del criterio del Gobierno de turno, que decidirá ponerlo en marcha o no dependiendo de las circunstancias concurrentes²² –la disponibilidad presupuestaria entre ellas–. En cuanto que “acto de Gobierno”, el acuerdo del Consejo de Ministros por el que activa el Mecanismo RED no es un acto administrativo y, por tanto, no está sujeto al régimen de recursos administrativos ni al posterior control judicial²³. Previsión distinta es que dicha decisión vaya acompañada de disposiciones sobre el régimen jurídico aplicable al Mecanismo RED, completando o

²¹ SSTs de 21 de enero de 2021 (rec. 83/2021), 27 de abril de 2021 (rec. 159/2020) y 17 febrero 2022 (rec. 258/2021).

²² Próxima a expirar la vigencia de los ERTE COVID –extendida hasta el 31 de marzo por el RDL 2/2022, de 22 de febrero–, el Consejo de Ministros celebrado el día 29 de marzo de 2022 acordó aprobar la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, previsto en el art. 47 bis del ET, para el sector de las agencias viajes, que presenta una situación especialmente compleja, con el 30 % de las personas trabajadoras en ERTE, dato que ya no puede imputarse a las restricciones dimanantes de la pandemia sino a cambios estructurales que se están produciendo en el sector turístico, y que posiblemente empezaran con anterioridad al estallido de la COVID-19. Los términos del Acuerdo de activación se recogen en la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo.

²³ MERCADER UGUINA, Jesús. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Capítulo X. El mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo: un marco permanente para la conservación del empleo en situaciones de crisis”, en VV.AA. (Dir. MONEREO PÉREZ, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, RODRÍGUEZ INIESTA), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022, p. 418.

desarrollando las previsiones del art. 47 bis ET, en cuyo caso dicha resolución, en estos aspectos concretos de desarrollo del régimen jurídico, serán controlables judicialmente desde la perspectiva de su ajuste al diseño legal de la figura²⁴. Ahora bien, seguimos sin estar ante un acto administrativo propiamente dicho, sino —a la vista del instrumento elegido para dar a conocer el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se activa el Mecanismo RED para el sector de agencias de viajes, una orden ministerial— ante una disposición general que podrá ser recurrida, por los motivos expuestos, ante el orden contencioso-administrativo (art. 1.1 LJCA). En cualquier caso, es indiferente la naturaleza política o administrativa de la actuación del Gobierno de cara a su fiscalización judicial, puesto que la LJCA indica en su art. 2.a) que *“el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”*.

Es el Consejo de Ministros el que se encarga de activar el Mecanismo, pero no de dirimir si las empresas, de manera individual, se pueden acoger al mismo; decisión que corresponde a la autoridad laboral, que autorizará la medida si se ha celebrado un período de consultas y este concluye con acuerdo, o tras verificar la concurrencia de la causa de no mediar acuerdo. Frente a la tendencia progresiva a la supresión de la intervención de la autoridad laboral en clave de exigencia de autorización administrativa, la reforma amplía la exigencia de esta autorización para estas situaciones de dificultad por causas empresariales, más allá de la estricta fuerza mayor²⁵.

Por consiguiente, una vez activado el Mecanismo RED, y mientras esté en vigor, las empresas pueden solicitar de forma voluntaria ERTE de reducción de jornada o suspensión de contratos, en cualquiera de sus centros de trabajo.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente (la misma que para sustanciar un ERTE por fuerza mayor del art. 47 ET), con comunicación simultánea a la representación legal de las personas trabajadoras, y se tramitará de acuerdo con lo previsto en el art. 47.5 ET, previo desarrollo de un período de consultas en los términos regulados en el art. 47.3 ET, con determinadas particularidades. Por tanto, se produce un hibridaje entre el ERTE por fuerza mayor temporal y el ERTE por causas ETOP, donde el primero aporta lo sustancial del procedimiento (incluida la intervención administrativa o gubernativa), pero insertándole un trámite, el período de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras, que es propio del ERTE-ETOP.

Una vez enviada la solicitud, la autoridad laboral la remitirá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que esta emita un informe preceptivo sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes, en el improrrogable plazo de siete días desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral.

La autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días naturales a partir de la comunicación de la conclusión del período de consultas. Si transcurrido este plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida (silencio positivo), siempre dentro los límites legal y reglamentariamente establecidos.

Aunque el período de consultas finalice con acuerdo, ello no será suficiente para que la empresa pueda proceder a la suspensión de los contratos o a reducir la jornada de trabajo, pues será preciso que dicho acuerdo sea validado por la autoridad laboral, lo que constituye un acto debido de esta, quedando así autorizada la aplicación del mecanismo en la empresa solicitante.

²⁴ MERCADER UGUINA, Jesús. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *op. y loc. cit.*

²⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *briefs de la aedtss*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>, p. 4.

Expresamente establece el art. 47 bis ET que, cuando el periodo de consultas concluya con acuerdo, la autoridad laboral autorizará la aplicación del mecanismo, pudiendo la empresa proceder a las reducciones de jornada o suspensiones de contrato en las condiciones acordadas.

Cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial. La autoridad laboral estimará la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa en los términos previstos en el art. 47 bis ET.

Aunque ni el art. 47 bis ET ni la LRJS se refieren expresamente a los cauces que podrán seguirse para impugnar las medidas adoptadas por la empresa en el marco del Mecanismo RED, cabe entender que la resolución de la autoridad laboral será recurrible en vía administrativa y, agotada esta, ante la jurisdicción social, en los términos y condiciones que ya han sido expuestos y analizados más arriba para la impugnación judicial del ERTE por fuerza mayor. Asimismo, la decisión empresarial sobre suspensión de contratos o reducción de jornada podrá ser impugnada ante los órganos del orden jurisdiccional social, acudiendo al procedimiento regulado en el art. 138 LRJS (impugnación individual) o al proceso de conflicto colectivo (impugnación colectiva), según sea el caso.

5. COVID-19 Y ESPECIALIDADES PROCESALES EN LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ERTE

5.1. Suspensión de plazos

La DA 4.^a del RD 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, acordó la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de *“cualesquiera acciones y derechos”* durante *“el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”*. Es claro que la suspensión no estaba referida solo al cómputo de los plazos para accionar, pues la disposición se refiere también a la prescripción y caducidad de *“derechos”*. La dicción literal de la norma permitía entender suspendidos, entre otros, los plazos para ejercitar judicialmente la acción de impugnación de la decisión empresarial mediante la que se acuerda un ERTE.

Asimismo, la DA 2.^a del referido RD 463/2020, bajo el título *“Suspensión de plazos procesales”*, dispuso la suspensión de los términos e interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, previendo que su cómputo se reanudaría en el momento en que perdiera vigencia el real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo. Esta regla incluía varias excepciones. En el orden jurisdiccional social, la interrupción de los plazos no sería de aplicación en los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la LRJS, si bien en la práctica pudo comprobarse cómo la tramitación de muchos de estos procedimientos quedó suspendida, por decisión de los órganos judiciales que estaban conociendo de los mismos, mientras estuvo en vigor el estado de alarma.

Por otro lado, la DA 3.^a del RD 463/2020, bajo el rótulo *“Suspensión de plazos administrativos”*, dispuso la interrupción de los términos y la suspensión de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, y añadía: *“El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*. La propia DA 3.^a contemplaba varios supuestos de procedimientos administrativos a los que no resulta aplicable la referida interrupción de términos y suspensión de plazos.

Estas disposiciones se aplicaron desde la entrada en vigor del RD 463/2020 hasta su derogación por el RD 537/2020, de 22 de mayo, que en su art. 8 alzó la suspensión de los plazos procesales a partir del 4 de junio de 2020; en su art 9 dispuso la reanudación, o el reinicio, de los plazos administrativos que estuvieran suspendidos, con efectos desde el 1 de junio de 2020;

en el art. 10, bajo el rótulo “Plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”, dispondrá que “con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzar^á la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones”; y en su disposición derogatoria única prescribe que “con efectos desde el 4 de junio de 2020, quedan derogadas las disposiciones adicionales segunda y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.

En principio, el plazo para la interposición del recurso de alzada contra la resolución de la autoridad laboral que estima o desestima el ERTE por fuerza mayor vinculada a la COVID-19 no quedó afectado por la suspensión de plazos administrativos prevista en la DA 3.^a del RD 463/2020. Y ello porque la DA 9.^a del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, dispuso lo siguiente: “A los plazos previstos en el presente Real Decreto Ley no les será de aplicación la suspensión de plazos administrativos prevista en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19”. De este modo, el plazo de solo cinco días para que la autoridad laboral dictase resolución previsto en el art. 22 del RDL 8/2020 no quedó interrumpido, con lo que la estimación por silencio administrativo del ERTE era una opción plausible y abundantemente materializada en la práctica. Se entendía que este tipo de procedimientos debía solventarse con la mayor celeridad, quedando a salvo de la suspensión no solo el breve plazo para resolver el ERTE sino también el de treinta días previsto en las normas comunes para recurrir en alzada²⁶. Sin embargo, la DA 8.^a del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19, procedió a ampliar los plazos para recurrir en vía administrativa, estableciendo en su apartado 1 que “El cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las Leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación”. Como señala la STS de 17 diciembre de 2021 (rec. 182/2021), este precepto “posee una clara vocación de universalidad, puesto que alude a la interposición de “recursos en vía administrativa”, sin restricción material o cautela alguna acerca de la materia sobre la que verse el correspondiente procedimiento”. Y concluye: “No aparece restricción que permita entender salvada la regla especialísima que había introducido la DA Novena del RDL 8/2020, por más que pueda pensarse que ello hubiera resultado coherente”.

5.2. La impugnación colectiva de los ERTE por causas ETOP relacionadas con la COVID-19 a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo

Ya se ha indicado que la modalidad procesal de conflicto colectivo tiene como notas esenciales características las notas de urgencia y preferencia (a tenor del art. 159 LRJS). Tales notas arrojan la consecuencia de que el mes de agosto es hábil para la tramitación de esta modalidad procesal, que determinados plazos se acorten (urgencia) y que su tramitación sea prioritaria sobre cualesquiera otros procedimientos, salvo los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sin que importe el orden de entrada en el órgano judicial (preferencia).

²⁶ Como señala la STS de 17 diciembre 2021 (rec. 182/2021), “respecto de los ERTE contemplados en el artículo 22 del RDL 8/2020, el mandato de la DA Novena quedaría sin efecto práctico si su alcance se circunscribiera al del plazo fijado a fin de que la Autoridad Laboral dicte su resolución inicial”.

El legislador ha querido que estas ventajas del proceso de conflicto colectivo beneficien a un mayor número de impugnaciones colectivas de los ERTE por causas ETOP que el que resultaría de aplicar la regla general contenida en el art. 153 LRJS en concordancia con el art. 51.1 ET, cuando dichas causas guarden conexión con la COVID-19. A tal efecto, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, ha dispuesto que la impugnación colectiva de los ERTE por causas ETOP previstas en el art. 23 del RDL 8/2020 se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo cuando las medidas afecten a más de cinco trabajadores (art. 1.1). Conviene precisar que esta medida solo se aplica a las decisiones fundadas en causas ETOP, no siendo de aplicación a los ERTE basados en fuerza mayor relacionada con la COVID-19.

Asimismo, la Ley 3/2020 establece en su art. 1.2 que, además de los sujetos legitimados conforme al art. 154 LRJS, estará igualmente legitimada para promover el citado procedimiento de conflicto colectivo la “*comisión representativa*” prevista en la normativa laboral para paliar la ausencia de representantes legales de los trabajadores en los ERTE procedentes de la COVID-19. Y es que, ciertamente, representa una grave anomalía —todavía no subsanada en el texto del art. 154 LRJS— que la comisión (sindical, *ad hoc* o híbrida) contemplada el art. 41.4 ET (al que se remite el art. 47.3 ET) pueda intervenir en el período de consultas de un ERTE, realizando una genuina negociación, pero sin embargo no tenga reconocida legitimación para impugnar la decisión adoptada por la empresa en defecto de acuerdo. Esta disfunción se resuelve por la Ley 3/2020, aunque solo para el específico tipo de ERTE al que se refiere la norma²⁷.

Estas especialidades procesales no se someten a un período concreto de vigencia.

5.3. Tramitación preferente de la impugnación de los ERTE COVID-19

Con la finalidad de ordenar y agilizar la tramitación de los asuntos acumulados en los órganos judiciales, una vez que el RD 537/2020 ordenó la reanudación de los plazos procesales suspendidos durante el estado de alarma, el art. 2.1.d) de la Ley 3/2020 —con el precedente del RDL 16/2020, art. 7— estableció la tramitación preferente de determinados procedimientos.

En lo que interesa a la materia de este trabajo, desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el RD 463/2020 y hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive, se tramitaron con carácter urgente y preferente, entre otros, “*los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas reguladas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo*”. No obstante, se precisó que ello se entendía “*sin perjuicio del carácter preferente que tengan reconocido otros procedimientos de acuerdo con las leyes procesales*”, pero a continuación se concretaba que, en el orden jurisdiccional social, los procedimientos para la impugnación individual o colectiva de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas reguladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 —no así los procedimientos de impugnación de oficio—, los que se sustancien para hacer efectiva la modalidad de trabajo a distancia o la adecuación de las condiciones de trabajo previstas en el art. 5 del citado RDL 8/2020, las denegaciones de prestaciones extraordinarias por cese de actividad previstas en su art. 17, las resoluciones denegatorias de solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, y los procedimientos para la aplicación del plan MECUIDA establecidos en el art. 6 del mencionado RDL 8/2020, “*tendrán carácter urgente a todos los efectos y serán preferentes respecto de todos los que se tramiten en el juzgado, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*”. Por tanto, todos estos procesos tendrían, hasta el 31 de diciembre de 2020, preferencia absoluta en la tramitación, salvo frente a los procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

²⁷ La jurisprudencia sí ha admitido que la comisión representativa (*ad hoc*, híbrida) interviniente en el período de consultas pueda impugnar el despido colectivo decidido por la empresa. SSTS de 18 marzo 2014 (rec. 114/2013) y 21 abril 2015 (rec. 311/2014).

En el caso de los incidentes concursales en materia laboral (que incluyen las pretensiones de impugnación de los despidos colectivos y los ERTE), los mismos tendrían tramitación preferente hasta el 14 de marzo de 2021 (art. 9 Ley 3/2020).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en VV.AA.: *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*. Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 11-38.
- _____. “Los expedientes de regulación temporal de empleo por Covid-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, monográfico sobre la Covid-19, pp. 103-145.
- _____. “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Serie Trabajo*, núm. 152, 2022, pp. 103-131.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *Briefs de la AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>
- FERRANDO GARCÍA, Francisca M.^a, “Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19: Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, N.º Extra, 249, 2021, pp. 71-98.
- GODINO REYES, Martín (coord.), *Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Instrumento fundamental en la crisis del COVID-19*, Madrid, Lefebvre, 2021.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos, *ERTE y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Capítulo X. El mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo: un marco permanente para la conservación del empleo en situaciones de crisis”, en VV.AA. (Dir. MONEREO PÉREZ, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, RODRÍGUEZ INIESTA), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 407-430.
- ROQUETA BUJ, Remedios, *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma. ERTE ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.