

# El control judicial de los ERTE

## Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

*La vinculación directa de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) a la situación pandémica y económica no evita el control judicial, en su caso, basado en criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de la medida empresarial.*

1. Las sucesivas reformas laborales han perseguido, entre otros fines, potenciar tanto la flexibilidad interna como la externa al objeto de garantizar la viabilidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, en ocasiones con un equilibrio difícil de lograr. Uno de los principales elementos de fricción en la libertad solicitada por la empresa para adaptar su organización productiva a los vaivenes económicos ha sido siempre el de la intromisión de los jueces en la idoneidad de las medidas adoptadas, al considerar que no sólo retrasaban decisiones que requerían una cierta perentoriedad, sino que obstaculizaban el derecho constitucional a la libertad de empresa.

Por tomar como referencia las tres instituciones reflejadas en el Estatuto de los Trabajadores (LET) que representan la dificultad apuntada, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41), la suspensión del contrato o la reducción de jornada —ERTE— (art. 47) y el despido colectivo (art. 51) aluden a las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que ha de justificar el empresario para que la administración laboral o los tribunales validen su decisión. Cómo precisar que dichas

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

razones quedan justificadas es algo que han de determinar, por una parte, el legislador al diseñar la norma y, por otra, los jueces al aplicarla. El legislador ha ido ampliando la potestad del empresario en la determinación de dichas causas, por lo que los jueces han debido aplicar también criterios más laxos en su ejecución.

La sustitución en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores de una referencia más exigente —«se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos»— por una más laxa —«se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior» y «se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»— condiciona la aplicación normativa y también la intervención judicial. Pero sigue abierto el debate sobre el control judicial de las decisiones de gestión empresarial o, de nuevo, el equilibrio entre la libertad de la empresa y las garantías de los trabajadores.

2. La proliferación de expedientes de regulación temporal de empleo durante la pandemia permite revisar el contenido de este control judicial, tal y como ha puesto de manifiesto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo del 2021, JUR 109723. Con carácter general, se suele reprochar la infracción relativa al control judicial en relación con la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas empresariales adoptadas. Normalmente se apunta una cierta desproporción entre la disminución de la actividad que prevé la empresa y la afectación de los trabajadores, desajuste que no viene justificado en los documentos que deben acompañar estas medidas de naturaleza colectiva.

Este pronunciamiento, recapitulando decisiones anteriores, aclara aspectos de sumo interés, entre otros, los siguientes:

- a) Que, con la dicción de los diferentes preceptos que contienen estas causas, «el legislador no sólo ha orientado suficientemente la labor del aplicador, sino que ha otorgado suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial de la aplicación de la norma, como se ha dicho, pleno y efectivo». En definitiva, que «la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es

manifestación de la "libertad de empresa" y de la "defensa de la productividad" reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de "reestructuración de la plantilla", la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la "libertad de empresa" y el "derecho al trabajo" de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional» (STC 8/2015, FJ 4).

- b) Que «los motivos alegados han de ser reales, actuales, proporcionales. La empresa no tiene un poder absoluto en orden a configurar el tamaño de su plantilla, sino que ha de actuar con respeto a todos los derechos e intereses en presencia» (STS de 18 de septiembre del 2018, Ar.4538, FJ 3).
- c) Que «el control de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad resulta imprescindible [...]. Negar este control atribuiría a la empresa una facultad inmune a la revisión jurisdiccional, con grave quebranto de los derechos de la plantilla y difícil encaje con nuestro entramado institucional, comenzando por la propia Ley Fundamental» (STS de 9 de septiembre del 2020, Ar. 4034, FJ 6).
- d) Que «una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores. Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los tribunales fijar la medida "idónea", ni censurar su "oportunidad" en términos de gestión empresarial, por ejemplo, reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos» (STS de 26 de enero del 2016, Ar. 1671, FJ 6).
- e) Que «habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo» (STS de 30 de noviembre del 2016, Ar. 6355, FJ 2).
- f) Que «queda normativamente reconocida la discrecionalidad —que no arbitrariedad— del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y

en la propia subsistencia de los vínculos contractuales» (STS de 12 de mayo del 2016, Ar. 3256, FJ 3).

- g) Que, si bien no les corresponde emitir un juicio de oportunidad, a los órganos jurisdiccionales «les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el tribunal pueda apreciar —si concurriese— la posible vulneración de derechos fundamentales» (STS de 27 enero del 2014, Ar. 793, FJ 4).
- h) Y, en fin, que la razonabilidad de la medida empresarial «no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse —incluso— a lo que se ha llamado *dumping* social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede —sin más y por elemental justicia— ser admisible en cualesquiera términos» (STS de 17 de marzo del 2021, JUR 109723, FJ 4).

3. Una recapitulación que permite deducir cuáles son los criterios de intervención del control judicial en los expedientes de regulación temporal de empleo:

En el caso concreto que se cuestiona, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo del 2021, JUR 109723, confirma la decisión adoptada por la empresa teniendo en cuenta datos concretos asimismo de interés. Y, así, se constata que las previsiones de la empresa se efectúan «en un contexto de manifiesta incertidumbre», como es el de la pandemia; que las decisiones nacionales e internacionales «se sucedían de forma vertiginosa, de manera que las previsiones eran susceptibles de alterarse al alza o a la baja»; que la medida de la empresa fue plasmada «en un calendario de afectaciones, susceptible de ser modulado en función de cómo se desarrollen los acontecimientos», lo que conduce a calificar la medida de proporcionada para superar una situación de crisis coyuntural y evitar que ésta se transforme en estructural; o, en fin, que en algún momento la representación de los trabajadores solicitó que la afectación fuera del cien por cien, respondiendo la desafectación progresiva a criterios objetivos tales como la reapertura de centros, el incremento de la actividad, los ingresos económicos o el aumento de contratación, «lo que evidencia que la excepcionalidad de la situación justificaba la medida empresarial adoptada finalmente» (FJ 4).

Tal descripción permite deducir la incuestionable capacidad de la intervención judicial en la fijación del contenido y el contexto en el que se presenta la causa que justifica la medida colectiva y, lo que es más importante, su idoneidad.