



**UNIVERSIDAD
DE MURCIA**

<http://revistas.um.es/analesderecho>

**ANALES
de
DERECHO**

**LA IMPUGNACIÓN DE LOS ERTE'S Y
LA POSICIÓN PROCESAL DE LOS
TRABAJADORES**

MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ RUBIO

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Estudiante de Doctorado de la Universidad de Murcia

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



La impugnación de los ERTE's y la posición procesal de los trabajadores

Resumen: *El presente ensayo tiene por finalidad ofrecer una aproximación a la actuación de la Autoridad Laboral para controlar la legalidad de las decisiones empresariales sobre suspensión temporal de jornada o de empleo de sus trabajadores, así como la cambiante posición procesal de los trabajadores codemandados.*

Palabras clave: *ERTE's, Autoridad laboral, Demandas de oficio, posición de los trabajadores en el procedimiento, Coronavirus/COVID-19, Fuerza mayor.*

Rejection of temporary labour force adjustment plans and the procedural position of workers

Abstract: *The purpose of this essay is to offer an approach to the actions of the Labour Authority in order to control the legality of adjustment plans on temporary suspension of working hours or employment, as well as the changing procedural position of the co-defendant workers.*

Key Words: *ERTE's, Labour Authority, Ex Officio Claims, procedural position of workers, Coronavirus/COVID-19, Force Majeure*



SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MARCO NORMATIVO DE LOS ERTE's. III.- TIPOLOGÍA. IV.- PLANTEAMIENTO DE ERTE's FRAUDULENTOS. V.- POSICION DE TRABAJADORES CODEMANDADOS EN LAS DEMANDAS DE OFICIO 1 – Litisconsorcio adhesivo a la actora. 2 - Oposición en bloque a la demanda de la autoridad laboral 3 Oposición a la demanda de oficio de algún trabajador aislado o de un grupo 4 Indiferencia en relación al resultado VI.- CONCLUSIONES VII.- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN.

Los expedientes temporales de regulación de empleo (en adelante ERTE's) son un instrumento regulador que aparecía, con otra denominación, en el Estatuto de los trabajadores de 1980¹. Sin embargo, son recuperados en la reforma laboral de 2012, para tener su pleno desenvolvimiento en la pandemia por COVID '19 y en el contexto empresarial actual.

Sin perjuicio de un discutido (*e interesadamente politizado*) origen, lo cierto y verdad es que los ERTE's han sido un recurso esencial en nuestro país para hacer frente los efectos de la reciente pandemia de COVID-19, ofreciendo flexibles herramientas a las empresas para reajustar su actividad de forma transitoria y no verse abocadas necesariamente a la situación de despido² de múltiples trabajadores, pudiendo optar por el ERTE en caso de fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el COVID-19, ya sea suspendiendo o reduciendo temporalmente los contratos de trabajo o las jornadas laborales de sus empleados³. No obstante, tales medidas han

¹ RAMOS QUINTANA, MARGARITA ISABEL “*Las específicas medidas de flexibilidad interna que venían siendo contempladas tradicionalmente en el art. 47 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, algunas desde su versión inicial de 1980, como la suspensión temporal del contrato de trabajo, nunca habían despertado tanta expectación como la evidenciada durante el tiempo de la pandemia derivada del Covid-19*” Revista de Derecho Social Núm. 98, Abril 2022. Página 13

² DE HEREDIA RUIZ, IGNASI BELTRÁN; “(Breve nota) ¿La «prohibición de despido» (art. 2 RD Ley 9/2020) afecta a todos los ERTE por fuerza mayor en el marco del COVID19?»; Blog del autor: <https://ignasibeltran.com/2020/11/03/breve-nota-la-prohibicion-de-despido-art-2-rdley-9-2020-afecta-a-todos-los-erte-por-fuerza-mayor-en-el-marco-del-covid19/>

³ RUESGA BENITO, SANTOS MIGUEL “...en este sentido, el importante papel del Estado que, sumando empleo público y prestaciones por ERTEs, llega a salvar más de un tercio del empleo del país en el peor momento de la pandemia”. “Balance laboral de dos años de pandemia” - Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum nº 31 (2º Trimestre 2022), página 269

perdurado a la situación de pandemia, proyectándose a nuevas situaciones de crisis coyunturales de las empresas en un contexto post COVID´19, haciendo necesario un control administrativo de la proporcionalidad y adecuación de tales medidas que abordaremos desde un prisma regional.

Efectivamente, ese resurgir de los ERTE´s tiene como actual contrapartida un control más directo e intenso por parte de la Autoridad Laboral competente, de suerte que, entre los años 2022 y 2023 han sido bastante frecuentes los pleitos derivados de demandas de oficio interpuestos por la Dirección General de Trabajo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En el presente artículo⁴ nos ocuparemos de analizar la impugnación de los ERTE´s por fuerza mayor y de los llamados ERTE´s “ETOP”, en cuya diferenciación se ahondará posteriormente. Estas demandas de oficio dan lugar a un procedimiento con notas procesales propias, con la nomenclatura “OAL” (*oficio autoridad laboral*) propia del Sistema LexNET.⁵

Ahora bien, no toda solicitud de ERTE´s que no se ajuste a la legalidad da lugar a la interposición de una demanda de oficio por la citada Dirección General de Trabajo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁶, pues en aplicación de lo previsto en el artículo 47.1 párrafo 10 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores⁷, y del artículo 148 apartado

⁴ Enmarcado en el proyecto de tesis doctoral del autor del presente artículo en el área de investigación de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Murcia.

⁵ Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

⁶ Si bien la regla general para la interposición de acciones por parte de cualquier organismo en la estructura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia es la autorización previa por parte del Consejo de Gobierno, en aras de agilizar los trámites de las demandas de oficio, tal requisito procedimental previo resulta innecesario en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 4/2004 de Ley 4/2004, de 22 de octubre, de asistencia jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia:

“Excepto en los supuestos de demandas o comunicaciones de oficio a las que se refiere la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el ejercicio de acciones, desistimiento o allanamiento en nombre de la Administración Regional y de sus organismos autónomos requerirá el informe previo de la Dirección de los Servicios Jurídicos”

⁷ HERNÁNDEZ DE FRUTOS, TEODORO y CASARES GARCÍA, ESTHER. Tendencias, retos y oportunidades sociales tras el COVID. DYKINSON -2023 “*La aplicación de los ERTES fue sin lugar a dudas la medida más importante porque se trata de una herramienta contenida en lo que se denomina “flexibilidad interna de las empresas”, que está desarrollada en el artículo 47 del Estatuto de los trabajadores”*

b), de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social, solo cuando se aprecia la existencia de indicios de una posible actitud abusiva o fraudulenta por parte de la empresa que insta el ERTE, a la hora de pretender aplicar una medida de suspensión de contratos de trabajo, procede tal actuación de oficio. Es por ello que se reserva esta reacción jurídica solo para los supuestos más intensos de vulneración jurídica de los derechos de los trabajadores, en los que se actúa de forma claramente abusiva, fraudulenta y con hiriente ausencia de proporcionalidad entre las medidas propuestas y la finalidad a conseguir.

El resto de supuestos de menor intensidad (*o que adolezcan de defectos meramente formales*) da lugar a la denegación de la medida en vía administrativa, pudiendo la parte interesada interponer los recursos administrativos correspondientes y tras su agotamiento, acudir al orden jurisdiccional social, actuando la empresa como parte actora en un procedimiento de impugnación de actos de la Administración (*IAA según nomenclatura LexNET*) contra la autoridad laboral, a la que corresponderá la defensa del acto administrativo impugnado.

Como se puede apreciar, el mecanismo de control es doble, pudiendo la Autoridad Laboral actuar como órgano administrativo que rechaza la medida o como parte procesal que actúa de forma más directa frente a un eventual vicio apreciado.

Por último, y antes de pasar al análisis más concreto de estas figuras, hemos de recordar que la impugnación del ERTE no es exclusiva de la Autoridad Laboral, de suerte que los Sindicatos o los propios trabajadores afectados están igualmente legitimados para impugnar dicha medida empresarial, como puede apreciarse en la Sentencia del TSJ de Navarra nº 330/2021, de 22 de octubre, en la que es un sindicato el que directamente (*y fuera de la tipología de la demanda de oficio*) pasa a impugnar el ERTE propuesto por la empresa al entender que en el mismo no concurrían los requisitos para apreciar la concurrencia de un ERTE por fuerza mayor, y ello en base a que existía ya un previo ERTE por causas ETOP y ese nuevo ERTE por fuerza mayor propuesto coincidía con las vacaciones de muchos de los trabajadores, argumentando asimismo que la única finalidad buscada por la empresa era la de beneficiarse de las exoneraciones de abono de la aportación empresarial y las cuotas de recaudación conjunta.

II. MARCO NORMATIVO DE LOS ERTE'S.

Viene configurado por el artículo 47.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en su redacción en vigor a la fecha en la que fue presentada la citada comunicación de inicio del procedimiento, el 24/08/2021), y en los artículos 16 a 29 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

Asimismo, hay que atender al Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. El artículo 3 del citado Real Decreto-ley 2/2021 establece que a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas a la COVID-19, iniciados tras la entrada en vigor de este Real Decreto-ley y hasta el 31 de mayo de 2021, les resultarán de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre.

Este último por su parte, alude a la aplicación de las especialidades recogidas en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, el cual recoge los supuestos en los que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19.

III. TIPOLOGÍA.

Como ya se ha adelantado existen dos tipos de ERTE'S, los derivados de fuerza mayor y los ERTE'S derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, conocidos como ERTE'S "ETOP".

En el citado artículo 2 del Real Decreto-ley 30/2020, anteriormente citado, se regulan los ERTES COVID-19 que traen causa de fuerza mayor, y en los que la concurrencia de tal "*vis maior*" ha de ser directa, exigiéndose por tanto que las suspensiones de contrato o las reducciones de jornada, estén vinculadas de manera inmediata con impedimentos de la actividad, o con limitaciones en el desarrollo de la actividad normalizada de las empresas.

Pero claro está, cualquier descenso de actividad acontecido como consecuencia de las medidas de prevención anti-COVID implementadas por los Gobiernos central y autonómico, y que haya supuesto un descenso de actividad de venta, de afluencia de clientes, de peatones en la calle, o medidas relativas al aforo de bares, restaurantes u ocio nocturno etc..., no tiene por qué tener su causa directa en el COVID y por ende, no deben reputarse automáticamente como derivados de fuerza mayor.

Por otra parte el artículo 3 del Real Decreto-ley 30/2020 regula los ERTE´s COVID-19 derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, (popularmente conocidos como ERTE´s ETOP) en los que la causa ha de ser indirecta, existiendo por tanto una vinculación indirecta entre las suspensiones de contrato o las reducciones de jornada, y las causas alegadas, de tal modo que sobre la actividad empresarial desarrollada, no pesa directamente impedimento o limitación alguna, diferenciándose así estos casos de los supuestos de ERTES COVID-19 por fuerza mayor mencionados.

En relación a la citada tipología, el artículo 3 del citado Real Decreto-ley 2/2021 establece que, a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas a la COVID-19, iniciados tras la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley y hasta el 31 de mayo de 2021, les resultarán de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre. Este último por su parte, alude a la aplicación de las especialidades recogidas en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, el cual recoge los supuestos en los que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19.

Por último, debemos reseñar que estadísticamente los ERTE´s por fuerza mayor han sido mucho más frecuentes en la era inmediatamente posterior a la pandemia; otra cosa es que obedeciesen realmente a un supuesto de fuerza mayor, pues el prurito de querer reconducir cualquier situación al concepto de fuerza mayor ha viciado de improcedentes muchas solicitudes de ERTE planteadas, de suerte que podían y debían haberse planteado como ERTE'S ETOP, opción que hubiera sido más exitosa al no exigir la adveración de una causalidad directa con la "vis maior" alegada y en el bien entendido de que la

autoridad laboral no puede realizar “recomendaciones” ni “reconducir” la solicitud de ERTE planteada (*pues no existe norma procedimental que así lo prevea*), tesis ésta que mayoritariamente no ha calado entre los jueces del orden social en Murcia ni en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, que en aplicación a ultranza del principio “in dubio pro operario” han visto con malos ojos que la autoridad laboral rechazase solicitudes de ERTE por fuerza mayor que si habrían tenido fácil acomodo en la figura de un ERTE ETOP.

Como ejemplo de ello, destacamos la Sentencia nº 00245/2022 de Juzgado de lo Social nº 8 de Murcia en el IAA 319 /2021, en el supuesto de un ERTE por fuerza mayor solicitado por una empresa de venta al menor de calzado, con efectos entre noviembre de 2020 y enero de 2021, en la que se alega por la autoridad laboral que no concurre un suceso de carácter extraordinario que se haya producido fuera del contexto interno de la mercantil, de carácter imprevisible e inevitable, y cuya consecuencia haya sido el impedir que los trabajadores cuyo contrato de trabajo pretende ser suspendido o cuya jornada de trabajo pretende ser reducida, hayan podido continuar con el desarrollo de su actividad laboral, en los mismos términos en los que la venían desarrollando entendiéndose que la situación descrita en demanda más bien debía reconducirse a un supuesto de ERTE ETOP.

Pues bien, tales tesis fracasaron plenamente, de suerte que la Sentencia indicada concluye en su Fundamento de Derecho 3º:

“en el supuesto que aquí se enjuicia, debe considerarse acreditada la relación existente entre la situación creada por el COVID-19 y las medidas sanitarias de restricción de aforo, con la reducción involuntaria de la actividad y facturación de la empresa demandante; con cabida en dicho precepto, al limitar el desarrollo normalizado de la actividad de venta; por lo que cabe apreciar la concurrencia de fuerza mayor”

IV. PLANTEAMIENTO DE ERTE’s FRAUDULENTOS

Vamos a hacer referencia a algunos supuestos en los que el planteamiento del ERTE ha sido claramente abusivo o fraudulento, dando lugar a la correspondiente reacción de la administración, articulando una demanda de oficio.

En 2020, con el inicio de la pandemia, un importante garaje mecánico concesionario de una marca de vehículos francesa presentó un ERTE para su plantilla en sus centros de trabajo de Murcia, Lorca y Albacete. Entonces contaba con cerca de un centenar de empleados. La empresa pretendió prorrogar el ERTE por causas económicas en marzo de 2022 para 17 trabajadores de una plantilla que ya se había quedado reducida a la mitad. El expediente de regulación de empleo no fue aceptado por las autoridades laborales de la Comunidad Autónoma, dando lugar a la demanda de oficio (art. 148.b) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) que origina el OAL 3/2022, y por entender que existían importantes indicios de una situación abusiva de cara a los trabajadores.

La Sentencia 1135/2022, de 29 de noviembre, de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Región de Murcia, recaída en el Procedimiento de Oficio de la Autoridad Laboral 3/2022 evidencia *“la concurrencia de fraude de ley (artº 6.4 del Código Civil), que subsume cualquier comportamiento abusivo de la empresa en la tramitación del ERTE, pues se pretende alcanzar un resultado sin haber seguido el procedimiento legalmente establecido”*

Pocos meses después de la citada Sentencia se presentó solicitud de concurso y liquidación de la empresa, dejando a los trabajadores con la única opción de reclamar salarios a la Administración Concursal y al FOGASA, por lo que más bien parece que la intentada prórroga del ERTE escondía una situación no meramente coyuntural sino estructural que impedía el normal desarrollo de la actividad mercantil.

Esta línea expositiva es plenamente coherente con la expuesta por el Magistrado ponente D. Jaime De Lamo Rubio ⁸, que acertadamente apunta: *“Si la empresa prueba que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural, aunque estén relacionadas con el COVID-19, deberá proceder al despido colectivo y no a una suspensión de contratos cuya duración limitada en el tiempo no responde a la naturaleza atemporal de dichas causas”*

⁸ DE LAMO RUBIO, JAIME “Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. *Laborum* nº 3 (2º Trimestre 2022). Página 158

En la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Región de Murcia, núm. 00937/2023 de 3 de octubre, recaída en el OAL 5/2022, la principal línea de defensa de la demandada (restaurante de un centro comercial) consistió en sostener, en relación al ERTE, *“que no se llegó a dar cumplimiento al acuerdo por lo que no ha surtido efectos”*

Frente a tales alegaciones, destacamos que la tesis principal de la parte demandante era que el acuerdo de ERTE *“incurrió en fraude o abuso de derecho porque no concurría la causa económica o técnica alegada con carácter temporal, porque no eran coyunturales, sino estructurales ya que la empresa arrastraba pérdidas y no había posibilidad de reiniciar la actividad”*

El Tribunal constata *“que la empresa permanecía cerrada prácticamente desde marzo de 2020 y que antes de iniciarse el periodo de suspensión acordado -se iniciaba el 15/6/2022-, la empresa y la arrendadora del local donde prestaban servicios los trabajadores, resolvieron el contrato de arrendamiento -anterioridad a dicha fecha, el 10-6-2022-, por lo que ni siquiera tenían local para el restaurante. A mayor abundamiento, no se discute por la parte demandada la inexistencia de causas coyunturales que justificaran el acuerdo, sino que el mismo no ha producido efectos.”*

Puede apreciarse que el planteamiento del ERTE por esa empresa resultaba totalmente espurio, pues no obedecía a una causa legítima en la que la empresa pretendiese realizar ajustes temporales en orden a volver a iniciar su actividad, sino que, de facto y en el momento de solicitar tales medidas ya se encontraba abocada a su desaparición, lo que constituye un problema estructural y definitivo, y no meramente coyuntural.

Otra variante digna de mención ha supuesto la de los ERTE´s instados por una misma empresa de reparación y limpieza de bombonas de butano en dos periodos consecutivos de verano y otoño de 2023 y que tras el informe desfavorable de la Inspección de Trabajo, decidió “retirar” dichos ERTE´s. Tales actuaciones fueron las correspondientes a los OAL nº 2 y 4 de 2023, que al afectar a trabajadores y periodos distintos no podía ser objeto de acumulación. Pues bien, la parte demandada entendía que podía válidamente desistir de tales ERTE´s ante la Autoridad Laboral, y que por ende el pleito quedaba sin objeto. De facto, se instó a la representación procesal de la autoridad laboral para que desistiese de la acción interpuesta, ya que los trabajadores habían continuado de alta y percibiendo sus salarios con regularidad.

Sin entrar a valorar la cuestión de fondo relativa a que no existe una misma demanda de bombonas de butano en verano que en otoño y, desde un punto de vista formal, no debería existir interés alguno por parte de la Autoridad Laboral en orden a mantener la demanda de oficio, se estarían entonces olvidando ciertos intereses reflejos que deben ser igualmente objeto de amparo en el procedimiento, cuales son los del Servicio Público de Empleo Estatal, responsable del eventual pago de las prestaciones por desempleo para el caso de tener éxito el ERTE propuesto.

Tras las pertinentes conversaciones con dicho organismo, se pudo advenir que muchos de los trabajadores afectados por las medidas habían solicitado prestaciones de desempleo por los ERTE's, a la espera de su reconocimiento con efectos retroactivos una vez se resolviesen los OAL nº 2 y 4 de 2023, y que dichas solicitudes seguían pendientes de resolución. Así las cosas, si la Autoridad Laboral hubiese desistido de tales demandas, nada hubiera obstado a que con el desistimiento, tales trabajadores hubieran acudido ante el SEPE para reclamar las prestaciones por desempleo (*y que la empresa hubiera reclamado los salarios indebidamente devengados a los mismos, por incompatibilidad*), y ello por no haber perdido eficacia el ERTE objeto de impugnación, a pesar de haber sido formalmente “retirado”, figura esta que tiene difícil encaje con la normativa vigente y que podría dar lugar a intentos de fraude como los evidenciados.

En definitiva, la actuación de la autoridad laboral en los OAL nº 2 y 4 de 2023 fue la de defender intereses que desde luego no le eran exclusivos y propios, y cuya defensa no obedecía a un criterio ni competencial ni de responsabilidad económica, sino más bien a la posición de garante (junto a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁹) dentro del proceso de los ERTE's y con el fin de evitar un eventual fraude de prestaciones, objetivo este ya plenamente consolidado y asumido en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁰

⁹ GIL VILLANUEVA, MARIO. Un año tras la reforma laboral del RDL 32/2021: efectos en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Aranzadi Digital* núm. 1/2023 parte Estudios y comentarios. “...hemos contribuido con las medidas flexibilizadoras durante el COVID, a través de nuestros informes sobre la existencia o no de dicha causa y sobre el control posterior de las bonificaciones y reducciones de cotización a la Seguridad Social, así como evitar el reparto indebido de dividendos a empresas acogidas a los ERTE bonificados...”

¹⁰ Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

V. POSICION DE TRABAJADORES CODEMANDADOS EN LAS DEMANDAS DE OFICIO

Como cuestión procesal puramente formal, los trabajadores afectados por las medidas de un ERTE han de ser codemandados por la Autoridad Laboral que interpone la demanda, dado su evidente interés en el resultado del pleito.

Los trabajadores que decidan comparecer en dichos procedimientos son defendidos por una representación letrada -independiente a la de la empresa- que puede ser individual o colectiva, y recayendo la misma habitualmente en los servicios jurídicos de algún sindicato. En teoría, una acción ejercitada por la Autoridad Laboral y tendente a defender los derechos de los trabajadores frente a una actuación empresarial -a priori- injusta, debería provocar la inmediata adhesión de los mismos a la demanda interpuesta, sin embargo, que posición procesal vaya a ser finalmente asumida por los mismos resulta una incógnita total, pudiendo resumirse las distintas posibilidades en los siguientes apartados:

1 – LITISCONSORCIO ADHESIVO A LA ACTORA. Esta posición procesal implica una plena adhesión a las pretensiones vertidas por la Autoridad Laboral en su demanda de oficio: Los trabajadores hacen suya la acción ejercitada por la Autoridad Laboral y muestran su interés en que el ERTE no llegue a buen fin, por ser el mismo lesivo a sus intereses en la continuidad laboral o por otras motivaciones internas y propias del ámbito empresarial

Esto fue lo acontecido en el OAL 3/2022, donde, ante lo acuciante y delicado de la situación de los trabajadores, existió una versión unitaria sobre los hechos, pudiendo incluso la representación procesal de la Autoridad Laboral interrogar a los trabajadores sobre la inexistencia de un periodo de consultas válido como requisito previo y esencial al ERTE, manifestándose que la información otorgada por la empresa fue parcial e insuficiente.

2.- OPOSICIÓN EN BLOQUE A LA DEMANDA DE LA AUTORIDAD LABORAL:

La motivación puede ser tan variada como legítima:

I) En el OAL 3/2023, relativo a una empresa de mantenimiento de equipos informáticos, la empresa no compareció (*al estar en concurso, si bien podía haber comparecido la Administración Concursal*) y la representación letrada de los trabajadores realizó una

defensa a ultranza de la caducidad de la instancia y de la inexistencia de fraude o abuso de derecho, como si del letrado de la codemandada se tratase.

Como resulta obvio, de anularse el ERTE, los trabajadores solo pueden reclamar parte de sus salarios debidos a la Administración Concursal y al FOGASA, mientras que si existe el derecho a las prestaciones por desempleo, al ser el ERTE válido, existe una nueva fuente para intentar recuperar ingresos frente a la situación derivada del concurso y liquidación de la empresa.

II) Existencia de un acuerdo interno entre empresa y trabajadores que es desconocido por la Autoridad Laboral y que no trasciende al ámbito judicial: la existencia del mismo solo puede ser conocida tangencialmente a través del letrado del sindicato que representa a los trabajadores o por alguna conversación imprudente en el pasillo del Tribunal Superior de Justicia. En cualquier caso, una promesa de las mejoras laborales colectivas tras el cese del efectos del ERTE puede determinar una voluntad más o menos propicia de los trabajadores en ese sentido.

La oposición suele ser acompañada de una actitud proactiva en orden a desvirtuar el contenido del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de suerte que en el turno de contestación a la demanda los propios trabajadores suelen manifestar que el Informe de la Inspección es erróneo y que según su leal saber y entender si se produjo el pertinente trámite de consultas, en el que no hubo oposición por parte de ningún trabajador y que la medida es aceptada como positiva para la empresa.

3 OPOSICIÓN A LA DEMANDA DE OFICIO DE ALGÚN TRABAJADOR AISLADO O DE UN GRUPO:

Esta posición procesal normalmente suele obedecer a una previa relación de enfrentamiento representante de los trabajadores o venir motivada por otras causas de conflictividad laboral previa, todo ello ajeno al actuar de la Autoridad Laboral.

También puede obedecer a cuestiones procedimentales o de conformidad con la forma de comunicación, tal y como evidencia la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 59/2020, 29 de julio de 2020 en la que un sindicato denunció unas comunicaciones individuales a los trabajadores que considera insuficientes en términos del artículo 55.1 del ET, pues no fueron a su juicio lo suficientemente motivadas, así

como que se habían realizado a través de un sistema inidóneo como es el correo electrónico.

Sin embargo, la Sala entiende que el correo electrónico es un medio válido para informar a los trabajadores de su inclusión en un ERTE durante el estado de alarma, entendiendo que la realidad social imperante obligaba a apartarse de lo que son los hábitos y usos ordinarios en las comunicaciones entre empresario y trabajador.

Otro caso podría ser el del trabajador interesado individualmente en el mantenimiento del ERTE por haber sido el mismo despedido por las mismas causas que motivaron el dicha medida, supuesto que podría verse a partir de lo expuesto en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón nº 52/2021 de 14 de octubre, que analiza la concurrencia de causas organizativas y productivas a consecuencia del cierre de las instalaciones, almacenes y centros productivos del principal cliente de la empresa como causa del despido del trabajador y a su vez como causa principal para sustentar un ERTE ETOP.

4 INDIFERENCIA EN RELACIÓN AL RESULTADO.

Quizás sea la postura menos frecuente, pero puede obedecer a que en pequeñas y medianas empresas nadie quiera significarse en contra de la medida empresarial por miedo a represalias, pero que por otra parte, la misma no sea del todo satisfactoria para los trabajadores. En estos supuestos los trabajadores no suelen comparecer, y si lo hacen, la representación procesal suele pedir una sentencia ajustada a derecho para después, en fase de conclusiones, simplemente elevarlas a definitivas, sin haber propuesto prueba ni haber valorado el contenido del expediente administrativo remitido con la demanda de oficio

VI. CONCLUSIONES

El incierto papel de los trabajadores en las demandas de oficio puede ser de gran trascendencia en orden al éxito o fracaso de la demanda de oficio interpuesta, siendo un factor totalmente desconocido para la Autoridad Laboral hasta el propio día del señalamiento, por lo que, como medida preventiva sería útil conocer el trasfondo de las relaciones laborales o conflictividad social en el seno de la empresa que plantea la medida así como obtener información sobre si la misma tiene ya un concurso de acreedores

planteado, extremos que pueden ser de más o menos fácil acceso dependiendo de las circunstancias.

Eso sí, conviene prescindir de la postura dogmática y en exceso arraigada de que el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene un valor omnipotente y capaz de vencer cualquier tipo de prueba en contrario en el acto de juicio, aun partiendo de que *“Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados”* (artículo 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

Por su parte, la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan aportar los interesados y el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, confirma que las actas extendidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social son consideradas documentos públicos y están dotadas de presunción de certeza de los hechos y circunstancias reflejados en las mismas.

Estos preceptos han sido harto matizados por la jurisprudencia, pudiendo citar, entre otras muchas, la Sentencia del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala Social nº 559/2019 del 28 de mayo de 2019, que dice: *“las actas tanto de infracción como de liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social gozan de una presunción iuris tantum de veracidad que desplaza la carga de la prueba sobre el administrado”*

Pues bien, los trabajadores codemandados en una demanda de oficio tienen una consideración distinta a la de meros interesados en el procedimiento administrativo, pudiendo usar en dicho proceso todos los medios de prueba válidos en derecho y citados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso cuando la pretensión contradiga abiertamente

un Acta de la Inspección que esté bien fundada y refleje hechos ciertos¹¹, y que *-prima facie-* parecen ser beneficiosos para los trabajadores.

Además “*será el juzgador el encargado de valorar mediante el principio de libre valoración de la prueba*” y ... “*debemos tener en cuenta que hoy en día no se exige a la parte interrogada decir la verdad como sí sucedía con la confesión judicial, de modo que podrá ser parcial o mentir*”¹².

No es por ello infrecuente que en el acto de juicio un trabajador que previamente había declarado ante el inspector de trabajo manifestando la incorrección de la medida propuesta, pase a declarar las bondades del pacto alcanzado y que efectivamente se hayan respetado de forma escrupulosa todas las formalidades de la fase de consultas previas... Eso sí, parece que sí hay un supuesto en el que todos los trabajadores actuarían de consuno y con claro interés común: las sanciones a la empresa que dentro del periodo de aplicación del ERTE lleven a cabo una externalización de la actividad¹³, y en el que es más que presumible que el conjunto de trabajadores reaccionase frente a la vulneración de la buena fe operada por la empresa.

Todos estas variantes hacen que el éxito de la demanda de oficio sea más que incierto, y que la misma pueda verse desvirtuada y frustrada por los propios sujetos cuya protección pretende, y ello en base a que la consideración de lo que la Autoridad Laboral o la Inspección de Trabajo entienden como más adecuado para los trabajadores no tiene necesariamente que coincidir con lo que estos reputan como más valioso para sus intereses, presentes o futuros.

¹¹ JIMENO BULNES, MAR - La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos. – DYKINSON- Página 83 “E inclusive su ámbito se extiende a aquellas partes que actúan temerariamente para interponer una pretensión de la que carecen de un justo derecho o se oponen sin razón a un verdadero interés jurídico legitimado, quienes a pesar de ello encuentran respaldo en este derecho subjetivo para poder actuar en el proceso y practicar las pruebas que estimen convenientes”

¹² SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, JORDI - La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté - J.M. Bosch Editor -2019, página 30

¹³ GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, MARÍA SONSOLES – “Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social” - *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, núm. 30-2022, Marzo 2022 Páginas: 265-267.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.B. “(Breve nota) ¿La «prohibición de despido» (art. 2 RD Ley 9/2020) afecta a todos los ERTE por fuerza mayor en el marco del COVID19?”; Blog del autor: <https://ignasibeltran.com/2020/11/03/breve-nota-la-prohibicion-de-despido-art-2-rdley-9-2020-afecta-a-todos-los-erte-por-fuerza-mayor-en-el-marco-del-covid19/>

DE LAMO RUBIO, J. “Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. Laborum nº 3 (2º Trimestre 2022). Páginas 150-162.

GIL VILLANUEVA, M. - Un año tras la reforma laboral del RDL 32/2021: efectos en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Aranzadi digital* num. 1/2023 parte Estudios y comentarios.

GUTIÉRREZ DE LA PEÑA M.S. - Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social - *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum Núm. 30-2022, Marzo 2022 Páginas: 265-267.

HERNÁNDEZ DE FRUTOS T., CASARES GARCÍA E. Tendencias, retos y oportunidades sociales tras el COVID. *DYKINSON* -2023 ISBN: 978-84-1170-284-3 - Páginas: 267-291.

JIMENO BULNES, M. - La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos. – *DYKINSON*- Páginas 80 – 85.

RAMOS QUINTANA M. I. *Revista de Derecho Social* Núm. 98, Abril 2022. Páginas 13-37.

RUESGA BENITO, S.M. “Balance laboral de dos años de pandemia” - *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum nº 31 (2º Trimestre 2022), páginas 260 -270.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J. - La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté - J.M. Bosch Editor -2019. Páginas 27 -32.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra nº 330/2021, de 22 de octubre

Sentencia de Juzgado de lo Social nº 8 de Murcia nº 00245/2022, de 26 de octubre en el IAA 319 /2021.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Región de Murcia nº 1135/2022, de 29 de noviembre, recaída en el Procedimiento de Oficio de la Autoridad Laboral (OAL) 3/2022.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Región de Murcia, nº 00937/2023 de 3 de octubre, recaída en el OAL 5/2022.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Región de Murcia, nº 00308/2024 de 14 de marzo, recaída en el OAL 4/2023.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Región de Murcia, nº 00160/2024 de 13 de Febrero, recaída en el OAL 2/2023.

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 59/2020 de 29 de Julio.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Aragón nº 52/2021 de 14 de octubre.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), nº 559/2019, de 28 de mayo.

