

# Los ERTE en las empresas públicas

## Lourdes López Cumbre

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

---

*Siendo el despido colectivo posible en el sector público, la suspensión colectiva mediante expedientes de regulación temporal de empleo está sometida a limitaciones. Durante la pandemia, la reducción de la actividad en los servicios públicos ha propiciado que empresas o entidades públicas hayan solicitado tales expedientes de regulación, no siempre con idéntica solución.*

1. La base legal para adoptar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) por fuerza mayor parece clara. El artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (LET) permite la suspensión colectiva de los contratos de trabajo —o la reducción de la jornada— por causa de fuerza mayor según el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores. Este último prevé que dicha fuerza mayor sea constatada por la autoridad laboral, independientemente del número de afectados, competencia que reproduce la norma reglamentaria aplicable, en concreto, los artículos 31 y siguientes del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre).

De hecho, el artículo 33.3 del citado Real Decreto 1483/2012 indica que la resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta última la decisión sobre la suspensión de

*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.

los contratos o la reducción de la jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. A esta normativa de carácter general se le añade lo dispuesto, entre otras normas, especialmente en el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE de 18 de marzo), sobre esta medida durante el estado de alarma y sus correspondientes prórrogas; en dicho real decreto ley, entre otras cuestiones, se señala también que la fuerza mayor temporal derivada del coronavirus constituye un hecho ajeno a la potestad decisiva del empresario.

2. La reforma del 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio —BOE de 7 de julio—) introdujo la posibilidad —antes inconcebible— de aplicar el despido colectivo en el ámbito del sector público (actual disposición adicional decimosexta LET). No es de extrañar que, puesto que el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ERTE) se remite al artículo 51 de la misma norma (despidos colectivos), las empresas públicas se hayan planteado durante la pandemia recurrir no sólo al despido colectivo, sino también a la suspensión colectiva contractual mediante un expediente de regulación temporal de empleo. Sin embargo, su autorización se halla condicionada y —aun cuando se trate de idénticos hechos y de una situación análoga— la solución puede ser distinta. Ocurre así, por ejemplo, en relación con dos sentencias (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz de 27 de mayo del 2020, As. 1584, y Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 3 de julio del 2020, Ar. 211804, respectivamente) que resuelven sendos expedientes de regulación temporal de empleo en empresas de transporte municipal.

En la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz de 27 de mayo del 2020, As. 1584, y pese a la constatación de fuerza mayor por disminución del servicio público prestado, se rechaza el recurrir al expediente de regulación temporal de empleo. El Gobierno Vasco acuerda la reducción de la oferta total de servicios de transporte público entre un 40 % y un 60 % y se reduce la afluencia de pasajeros en un 80 %. El servicio municipal de transporte del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (Transportes Urbanos como sociedad anónima con capital 100 % municipal) solicita un expediente de regulación temporal de empleo para 276 empleados —de los 386 trabajadores en plantilla—. Pues bien, en este supuesto, no se cuestiona en ningún momento la justificación de la solicitud ni la existencia de la causa de fuerza mayor que origina el expediente, toda vez que ni el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE de 14 de marzo), por el que se declara el estado de alarma, ni el Real Decreto Ley 8/2020, en el que se regulan las condiciones para la concesión de los citados expedientes por fuerza mayor, establecen limitación alguna al respecto.

Sin embargo, el principal argumento es que el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable en virtud de lo establecido tanto en la disposición adicional decimoséptima de dicha norma como en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1483/2012. No en vano, la citada disposición adicional decimoséptima reconoce expresamente que «lo previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades

de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado». Por su parte, la disposición adicional tercera del Real Decreto 1483/2012 señala que, «de conformidad con lo establecido en la DA 21ª LET, lo previsto en el título I, capítulo II de este reglamento será de aplicación a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas y otros organismos públicos, siempre y cuando se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. A efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la solicitud de inclusión en el mismo».

No parece que se cuestione que la empresa pertenezca al sector público, ex artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (BOE de 2 de octubre), que regula el régimen jurídico del sector público, o de acuerdo con el artículo 3.1h de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE de 9 de noviembre), de Contratos del Sector Público, en virtud del cual forman parte de él «las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas [...] sea superior al 50 %, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 de la Ley del Mercado de Valores». Dentro del sector público, se consideran los consorcios y otras entidades de derecho público en las que, dándose las circunstancias establecidas para poder ser consideradas poder adjudicador y estando vinculadas a una o a varias Administraciones Públicas o dependientes de ellas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. A estos efectos, se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado e conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

3. Así pues, la empresa en cuestión se considera una sociedad mercantil pública al pertenecer más del 50 % de su capital social a una Administración, en este caso, local. Esta razón le impediría, a su vez, aplicar los expedientes de regulación temporal de empleo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. Para alcanzar esta conclusión, la sentencia utiliza el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social basado, asimismo, en los criterios elaborados por la Abogacía General del Estado el 19 de marzo del 2020 sobre la aplicación del Real Decreto 8/2020 en el sector público. En atención a aquél, para el supuesto de que la entidad correspondiente se incluya o esté calificada como entidad del sector público —entre las cuales se encuentran determinadas sociedades mercantiles estatales—, no se podrá acudir

a los mecanismos de suspensión o reducción de jornada previstos en el citado artículo 47. Ahora bien, si la entidad no figura en el correspondiente inventario por entender que se trata de una sociedad mercantil que se financia de manera mayoritaria con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, se podrá acudir a la aplicación de tal mecanismo.

En consecuencia, el criterio definitivo será la naturaleza de los ingresos, pues, si fueran de carácter público por proceder directa o indirectamente del presupuesto de la Administración Pública, no se podrá recurrir a un expediente de regulación temporal de empleo, pero, si se tratara de recursos de naturaleza privada por provenir de ingresos comerciales, podría tramitarse dicha medida. Este criterio se extiende a las sociedades mercantiles en la medida en que forman parte del sector público. A estos efectos, los parámetros utilizados para elaborar la contabilidad nacional por parte de todos los Estados miembros señalan que, cuando una entidad se financia mayoritariamente con ingresos de mercado, no se incluye en el sector de las Administraciones Públicas a efectos de contabilidad nacional y, por el contrario, cuando no se financia mayoritariamente con ingresos de mercado, se computará en el sector público, «lo que permite comprobar de una forma accesible, pública y objetiva si un determinado organismo o entidad —incluidas las sociedades mercantiles— se encuentran o no financiados mayoritariamente por ingresos de mercado» (sic, FJ 5). Por lo tanto, y puesto que la empresa que se cuestiona es una sociedad mercantil cuyo capital social pertenece al Ayuntamiento en más de un 50 %, figurará como entidad pública empresarial con financiación pública y, al no obtener más del 50 % por ingresos del mercado, no procederá recurrir al expediente de regulación temporal de empleo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

Tampoco se permite la aplicación de lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. Conviene recordar que dicho precepto regula otras medidas aplicables en materia de contratación pública y que, básicamente, permite la suspensión automática de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuando su ejecución resulte imposible como consecuencia del estado de alarma. En este sentido, la entidad adjudicataria deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los gastos salariales que hubiera abonado a su personal durante dicho periodo. Con la solicitud del expediente de regulación temporal de empleo, la empresa podría estar actuando fraudulentamente al repercutir el coste de la suspensión de actividad, de manera indebida, en otra Administración Pública y en los trabajadores al minorar sus salarios. Pero la sentencia rechaza la aplicación del citado precepto por entender que «no nos encontramos en el supuesto previsto en esta normativa específica pues no se trata de un contrato público de un servicio público o de suministros, que es para el que está previsto» (FJ 6).

4. Situación análoga es la que se resuelve en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 3 de julio del 2020, Ar. 21180. La empresa demandada es la empresa que desarrolla, en régimen de concesión administrativa, la prestación del servicio público del transporte

adaptado interurbano en el término municipal y localidades próximas. En el ámbito de sus competencias, la Junta de Castilla y León decretó la suspensión del servicio interurbano de transporte regular de viajeros, fijando como servicios mínimos exclusivamente un 25 % de los servicios y reduciéndose la actividad de la empresa en un 75 %. Pues bien, en este caso, el juzgado, acreditada la causa de fuerza mayor, admite el expediente de regulación temporal de empleo solicitado por la empresa.

También se rechaza aquí la aplicación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, antes citado, por entender que la empresa demandada no forma parte del sector público, dado que es una empresa privada, al ser su capital social totalmente privado. Por lo demás, y aun cuando procediera la inclusión de la empresa demandada en el ámbito subjetivo definido por el artículo 34.1 del Real Decreto Ley 8/2020, tampoco correspondería su aplicación, pues «la citada empresa está incluida en una de las excepciones de la aplicación del mismo, prevista en el apartado 6 del citado artículo 34 RD Ley 8/2020, cual es la prevista en la letra c del apartado 6 citado que excluye a los «...contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte...», dado que la empresa demandada Transportes Adaptados Regionales, S. L., tiene por objeto social la prestación de toda clase de servicios de transporte en cualquier modalidad y por cualquier medio; desde el 2011 gestiona el servicio de transporte adaptado, en concreto las líneas de autobuses de León-Aeródromo de León y de León-Ardón (León), en virtud de sendas concesiones administrativa[s] de la Junta de Castilla y León; tratándose de una sociedad cuyo capital es totalmente privado» (FJ 4). Por ello, procede, en consecuencia, admitir la tramitación del expediente de regulación temporal de empleo en la empresa por razones de fuerza mayor.

Este mismo juzgado, en su Sentencia de 14 de julio del 2020 (Sentencia 167/2020) y en un supuesto en el que se considera de aplicación la disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores —y, por lo tanto, no se autoriza el expediente de regulación temporal de empleo planteado—, se indica que, como la suspensión-reducción colectiva tiene como principal consecuencia que los empleados públicos pasen a percibir el desempleo «existen otras medidas a disposición de la Administración empleadora —como el plan de ordenación de recursos humanos— sin repercusión en coste de desempleo» (FJ 3).

5. En puridad, la dicción de la disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores no alberga duda alguna y los expedientes de regulación temporal de empleo no resultan aplicables ni a las Administraciones Públicas ni a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo en aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. Sin embargo, se trata de una condición no exigible a los despidos colectivos —aplicables a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público— cuando la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), precedente de la Ley 3/2012 de reforma,

admitía —como hoy— la necesidad de afianzar el expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) como mecanismo alternativo al expediente de regulación de empleo (ERE) o al despido colectivo.

Curiosamente, la reforma laboral del 2012, tendente a una «flexibilidad interna» generalizada, optó en este punto por ser restrictiva, toda vez que, con anterioridad a ella, las entidades locales venían recurriendo sin problemas a la suspensión colectiva del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. De ahí que, cuando se cuestiona ante el Tribunal Constitucional la citada reforma, se plantee en este punto una desigualdad entre los trabajadores de las empresas privadas y los del sector público. Esta tesis no es asumida por el citado tribunal en su Sentencia 8/2015 por entender que «el término de comparación utilizado no es idóneo para efectuar un juicio de igualdad, al tratarse de grupos o categorías personales diferentes, a saber: de un lado, el personal laboral de la Administración Pública, que no sólo se rige por la legislación laboral común, sino también, en su condición de «empleados públicos» por normas administrativas y laborales contenidas en el estatuto básico del empleado público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril; de otro lado, el personal laboral de las empresas privadas que está sujeto a la legislación laboral común, esto es, principalmente, el Estatuto de los Trabajadores» (FJ 9). Tal diferencia, como puede comprobarse, sería asimismo extensible al despido colectivo, en el que, sin embargo, no se aplica.

Pero en dicha sentencia, el abogado del Estado avanzó una explicación a la inaplicación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en el sector público, considerando que «está en directa conexión con las características propias de éstas (Administraciones Públicas) como empleadora. Ciertamente, al no desenvolver su actividad en un mercado cambiante y competitivo sino destinarse a servir con objetividad los intereses generales, no parece adecuado que recurra a medidas coyunturales como las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, la organización administrativa debe estar ajustada estructuralmente, en lo que se refiere a su plantilla, a las necesidades derivadas de los intereses generales, y en caso de que se produzca un desajuste, la medida debe ser la extinción de los contratos y no remedios coyunturales que no atiendan al desfase apreciado» (STC 8/2015).

6. Pues bien, considerando todo lo expuesto, y aun cuando parece que la flexibilidad interna se antepone a la extinción del contrato, lo cierto es que, en el sector público, se prioriza toda decisión drástica —despido— en atención a su carácter definitivo sobre cualquier opción intermedia —suspensión—, por tratarse esta última de una solución coyuntural. Todo lo contrario a las pretensiones del legislador laboral de emergencia durante la pandemia que ha intentado contener la explosión de despidos colectivos mediante expedientes de regulación temporal de empleo. De hecho, en ninguna de las sentencias expuestas se ha intentado avalar que el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020 resulte aplicable por sí mismo y sin remisión a la disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores, puesto que aquél no contiene ninguna limitación en cuanto a su aplicación en el sector público. Previsiblemente

haya influido el hecho de que dicho precepto se remita al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, si bien la situación de excepcionalidad permitiría tal interpretación. Señálese que el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020 indica que los expedientes de regulación temporal de empleo de fuerza mayor «tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», pero nada más.

Podría entenderse que, tratándose de una medida que supone un coste para el desempleo —por cierto, prestación para la que vienen cotizando los trabajadores— y para la Seguridad Social —al exonerar las cotizaciones empresariales—, se prevea su no aplicación en el ámbito público. Mas si en este último sector es necesario resarcir los daños de los contratistas o asumir las consecuencias económicas de la suspensión de actividad como consecuencia del estado de alarma en los servicios descentralizados, carece de sentido que se obligue a las entidades empresariales públicas a mantener el empleo, pese a la reducción o desaparición de la actividad, por el origen (público) de los recursos de financiación y, tal vez, se entienda menos que se plantee como única alternativa el recurrir al despido colectivo. En una consideración paradójica de la solución expuesta, lejos de preservar el empleo de sus trabajadores, se estaría propiciando su despido, pues tampoco parece defendible el mantenimiento de un servicio público deficitario. La razón es que, de hecho, esas otras alternativas apuntadas, como la de la aplicación del plan de ordenación de recursos humanos —sin repercusión en coste de desempleo—, no resultan viables como opción porque dichos planes, ex artículo 69 del Estatuto Básico del Empleado Público, sirven para contribuir a la eficiencia en la utilización de recursos económicos y de sus efectivos personales (distribución, formación, promoción, movilidad del personal), pero las medidas de suspensión o extinción contractuales deberán someterse, en el supuesto de contratos de naturaleza laboral, al Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, una decisión que, ante una perspectiva no deseada de rebrote o de nuevo confinamiento, requeriría un planteamiento nuevo, distinto al que la originó.