

# **ERTE por Covid: el plazo de 5 días para que la Administración resuelva las solicitudes no incluye la notificación**

*TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 24 Noviembre 2020*

Diario La Ley, Nº 9806, Sección Jurisprudencia, 9 de Marzo de 2021, **Wolters Kluwer**

La autoridad laboral debe dictar resolución en 5 días, pero después, es aplicable el plazo de diez días para notificar a las empresas, por lo que, hasta que no se supera este período, no opera el silencio administrativo positivo.

[TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 901/2020, 24 Nov. Rec. 482/2020 \(LA LEY 179114/2020\)](#)

Con el COVID-19, se estableció un procedimiento para que las empresas solicitasen la suspensión temporal de los contratos de sus trabajadores por causa de fuerza mayor, y la normativa fija un plazo de cinco días para que la autoridad laboral resuelva.

Ahora bien, una cosa es que la autoridad laboral deba dictar resolución el plazo de cinco días desde la solicitud empresarial - [artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#)-, y otra bien distinta que este plazo incluya la notificación.

La Sala del TSJ aclara que no es único y común el plazo para dictar y notificar la resolución administrativa. La [Disposición Adicional Novena del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo \(LA LEY 3655/2020\)](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 no ha dejado sin efecto el plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado para notificar las resoluciones administrativas que establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LA LEY 15010/2015).

Por tanto, en este supuesto no se puede entender, como pretende la defensa de la empresa, que la solicitud de suspensión de los contratos fue concedida en virtud del silencio administrativo positivo. Y ello porque la solicitud fue registrada el 27 de marzo de 2020 y se dictó la resolución por la Comunidad de Madrid el quinto día hábil; y luego esta resolución negativa se puso a disposición de la empresa el 12 de abril de 2020 -domingo-, teniendo lugar la comunicación al día siguiente, por lo que sí se notificó antes de que transcurriera el plazo de 10 días que fija la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Superada la cuestión procedimental, la sentencia sí entiende que estamos ante un supuesto de fuerza mayor y que debe autorizarse el ERTE solicitado, porque aunque la actividad de despiece y venta de carne no estuviese suspendida en sentido estricto con el estado de alarma, resulta que la parte relevante de la actividad es la venta de lomo y solomillo a través de un canal de comercialización para hoteles, restaurantes y cafeterías, y fueron suspendidas en el estado de alarma las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

Por ello, concurre la causa de suspensión de los contratos laborales al estar suspendidas las actividades de las empresas a las que se distribuyen los productos alimenticios y la actividad de la empresa demandante se paralizó como consecuencia de ello, por lo que sería aplicable el [artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

# El compromiso de mantenimiento de empleo en los ERTES COVID

Jesús Rodríguez Hernández

Juez Sustituto Cuenca y Guadalajara

Experto en derecho laboral y experto universitario en valoración del daño corporal

Diario **La Ley**, Nº 9810, Sección Tribuna, 15 de Marzo de 2021, **Wolters Kluwer**

- ÍNDICE
- [I. Planteamiento de la cuestión](#)
- [II. Análisis previo y necesario del precepto legal](#)
- [III. Criterios administrativos emitidos](#)
- [IV. Postura propia y conclusiones](#)

Normativa comentada

Resumen

La Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Ley 8/2020 establece el denominado «compromiso de empleo», como obligación de las empresas que se acojan a los beneficios previstos en la misma norma en aplicación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo por Fuerza Mayor; esta figura ha suscitado muchas dudas interpretativas a las empresas que han intentado resolverse en el ámbito administrativo.

## I. Planteamiento de la cuestión

La [Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) tiene la siguiente dicción literal:

*«1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el [artículo 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#) del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.*

*2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.*

*No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se*

*entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.*

*3. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.*

*4. No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del [artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal \(LA LEY 1181/2003\)](#).*

*5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.»*

A pesar de la aparente claridad de la norma, fueron numerosas las cuestiones que inquietaban e inquietan a los distintos operadores jurídicos encargados de la asesoría laboral de las empresas, ello dio lugar a algunas consultas a la Autoridad Laboral que ha expuesto, en la resolución de las mismas, su criterio interpretativo.

## **II. Análisis previo y necesario del precepto legal**

### **1. Delimitación subjetiva de la afectación empresarial**

**Exclusivamente a aquellas empresas acogidas a las medidas previstas en el [artículo 22 del RD ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#).** Es muy importante resaltar esta exclusividad en tanto elimina una gran parte de posibles afectados que son aquellos que se acogieron a las medidas extraordinarias que preveía el [artículo 23 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

Haciendo memoria el artículo 22 es el que permitía suspender o reducir los contratos por Fuerza mayor definiendo como tal la *«causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados...»*

Es cierto que la frontera entre el [artículo 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y [23 \(LA LEY 3655/2020\)](#) podía ser difusa en algunas ocasiones. El precepto legal no exigía un impedimento absoluto para continuar la actividad, sino un impedimento grave, lo que podía dar lugar a situaciones de cierta inseguridad en las empresas que, de forma prudente

podían elegir el camino del artículo 23, o bien decididamente apostar por la Fuerza mayor del artículo 22.

La diferencia económica radicaba en el [artículo 24 \(LA LEY 3655/2020\)](#) del mismo Real Decreto Ley y ciertamente resultaba muy importante, en tanto la Fuerza mayor exoneraba al empresario del abono de las cotizaciones si tenía menos de cincuenta trabajadores y del 75% si tenía más, de ahí que el legislador exigiera a cambio el compromiso de mantenimiento del empleo que estamos tratando ahora. Actualmente las exoneraciones son más variables en función del mes, 100%, 90%, 85% y 80%, durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2021 respectivamente, para empresas de menos de 50 trabajadores, y del 90%, 80%, 75% y 70%, en caso de igualar o superar dicha cifra.

En lo que nos ocupa ahora, dejar claro que la norma se aplica, exclusivamente, a aquellas empresas que se acogieron al ERTE de Fuerza mayor.

## *2. Delimitación subjetiva de la afectación obrera*

Sólo se entiende incumplido el compromiso si se produce el despido o extinción de los contratos de las personas afectadas por los expedientes. Es decir, no se trata de un mantenimiento neto del empleo, lo que pondría el listón muy alto a las empresas en circunstancias tan adversas como las actuales, sino únicamente quedan «blindados» por el compromiso de mantenimiento del empleo los afectados por un ERTE.

Y no siempre, porque como toda norma tiene sus excepciones que no pueden ser otras que aquellas extinciones por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, y con la misma lógica el fin del llamamiento como fijo discontinuo, la expiración del contrato temporal por la llegada de su término, la finalización de obra o la imposibilidad inmediata de realización de la actividad objeto de la contratación.

Parecen muchas excepciones, pero hay que tener en cuenta que el límite se encuentra en que la extinción sea legal y procedente, es decir no sirve que la empresa lo califique como tal, sino que, sobre todo en los casos en que el trabajador impugne la decisión empresarial, tendrá que ser reconocido como tal bien por las partes en conciliación o bien por la Autoridad Judicial en su sentencia.

*La extinción del contrato de trabajo a una persona afectada por un ERTE de fuerza mayor puede suponer un verdadero problema para la empresa*

**Reflexionemos sobre la trascendencia que tiene esta cuestión que es mucha**, no ya en supuestos en los que la prestación laboral deviene imposible como la incapacidad o la muerte del trabajador, sino en los casos en los que se da por concluido el contrato, por ejemplo, por finalización de obra. La posibilidad de que un contrato de este tipo, aún suscrito con toda la buena fe posible e incluso bajos los auspicios jurisprudenciales del momento, pueda ser declarado en fraude de ley y por tanto convertir la extinción en un despido improcedente, es relativamente alta. **Pensemos por ejemplo en los contratos temporales vinculados a una concesión o a la vigencia de una contrata determinada que se celebraron por obra o servicio en un momento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo bendecía esta causa de temporalidad, recientemente esa**

**jurisprudencia ha cambiado, como tendremos ocasión de analizar en otro artículo, y todos esos contratos tienen muchas posibilidades de ser calificados como fraudulentos, por lo que su extinción a una persona afectada por un ERTE de Fuerza mayor puede suponer un verdadero problema para la empresa, considerando además que tampoco puede reconocer la improcedencia de la extinción en conciliación que es tanto como reconocer que no ha cumplido el compromiso de mantenimiento del empleo.**

Como todos los santos tienen su octava, el legislador ha intentado flexibilizar estas posibles situaciones realmente injustas que pueden darse con el apartado 3 del precepto legal cuando dice que «*el compromiso de mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad en el empleo,*» pero desde luego esta afirmación resulta lo suficientemente amplia, inconcreta y difusa como para que no resulte demasiado prudente fiarse de que no nos vayan a aplicar la consecuencia de incumplir la cláusula de mantenimiento de empleo por el simple hecho de que, por ejemplo, el Tribunal Supremo haya cambiado su doctrina. La [Disposición Adicional Decimocuarta del Real Decreto Ley 11/2020 \(LA LEY 4471/2020\)](#) daba una orientación al respecto, estableciendo su aplicabilidad a las artes escénicas, musicales, cinematográficas o audiovisuales, habida cuenta la evidente vinculación directa de los contratos de este sector con eventos o espectáculos concretos que, obviamente, vinculan su duración al evento concreto.

Esta valoración se desarrolló, de algún modo en los criterios administrativos que tendremos oportunidad de exponer más adelante, pero está claro que dicha valoración deberá ser moldeada de forma mucho más profunda en forma de circulares o instrucciones concretas de la Autoridad Laboral a las Administraciones encargadas de velar por el cumplimiento del mantenimiento de empleo y de hacer valer las consecuencias de su incumplimiento, por las propias resoluciones que éstas adopten, y finalmente por la jurisprudencia que lo desarrolle, pero hasta ahora desconocemos la existencia de directrices concretas al respecto.

### *3. Delimitación Temporal*

Parece claro, seis meses.

Pero no lo es, porque no es nada claro el *dies a quo* del cómputo de esos seis meses.

El precepto nos da como punto de arranque la reanudación de la actividad, y entiende como tal la reincorporación al trabajo efectivo de las personas afectadas por el expediente, aún cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

Como siempre, la realidad, tan llena de matices y de infinita casuística, supera claramente la previsión legal, porque el supuesto de que, en unas circunstancias como estas, todos los trabajadores se incorporen a la vez y a tiempo completo tras un ERTE es ciertamente anómala.

El ERTE se ha revelado como una medida que ha dotado de extraordinaria flexibilidad a las empresas permitiéndoles reducir o suspender contratos para adaptarse a unas

circunstancias sumamente cambiantes en función de las diversas oleadas de la pandemia y de las diversas medidas de las Autoridades Sanitarias con afectación regional o local muy concreta, de ahí que los ERTEs se hayan venido prorrogando a golpe de RD Ley, el último hasta 31 de mayo, el 2/2021, siendo incierta la posibilidad de una tercera prórroga. Pero este efecto positivo de dotar de mecanismos de adaptación a la realidad cambiante a las empresas, supone el surgimiento de algunas dudas respecto de ese *dies a quo*.

En efecto si consideramos que el mantenimiento del empleo durante seis meses, concierne únicamente a aquellos trabajadores afectados por el ERTE, podría pensarse que el plazo computa desde que dicho trabajador dejó de estar afectado por el ERTE, pero el precepto legal no parece ir por este camino.

Si leemos con atención la definición que da la ley, podemos comprobar cómo habla de «*las personas afectadas*» en plural y es más recalca este sentido colectivo de la reincorporación al hablar de que debe estar incorporadas al trabajo efectivo todas las personas «*aún cuando solo afecte a parte de la plantilla*». Parece que el legislador ha optado por los números absolutos exigiendo que el plazo no comience hasta que la situación en la empresa sea de normalidad absoluta, es decir no haya un solo afectado por ninguna medida de Fuerza mayor. Los criterios de la Autoridad Laboral también coinciden con esta análisis como se verá después.

#### 4. *Excepción a la regla general*

La existencia de riesgo de concurso para la empresa. OJO no estamos hablando de que estén concursadas, sino simplemente que exista un riesgo de concurso, remitiéndose para valorar la existencia de este riesgo al [artículo 5.2 de la derogada Ley Concursal de 2003 \(LA LEY 1181/2003\)](#).

Es decir, no resulta siquiera necesario que se haya presentado un precurso, o se hayan iniciado los trámites para dicha declaración, simplemente que se cumplan los requisitos que fijaba el artículo 5.2 que a su vez se remite al [2.4 \(LA LEY 1181/2003\)](#) de la misma Ley. A saber:

*«4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:*

- 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*
- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*
- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*
- 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e*

*indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.»*

La concurrencia de estas causas en la empresa concretamente afectada, será cuestión a valorar primero por la autoridad administrativa y finalmente por la autoridad judicial, ciertamente en una curiosa forma de prejuzgar la posible existencia de causa legal de concurso necesario para la empresa, con la inherente trascendencia que ello puede tener para su administrador.

Es de resaltar que la norma a que hace alusión el precepto legal fue derogada poco después y sustituida por la actual Ley Concursal (RD Legislativo 1/2020) por lo que tendremos que dar por hecha la alusión al [5.2 \(LA LEY 6274/2020\)](#) de esa nueva ley, en relación con el [2.4 \(LA LEY 6274/2020\)](#) del mismo texto legal:

*«4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:*

*1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.*

*2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.*

*3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*

*4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*

*5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*

*6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.»*

Sirviendo las mismas reflexiones efectuadas respecto al texto derogado, respecto de este texto vigente.

## **5. Consecuencias del incumplimiento**

En este caso, aún pudiendo parecer desproporcionadas parece que están claras, el reintegro total del importe exonerado con los correspondientes recargos e intereses, previa instrucción de expediente de comprobación y determinación de cantidades por la Inspección de Trabajo.



El artículo supone una auténtica delegación competencial a favor de una Autoridad Administrativa muy concreta, a efectos de evitar cualquier tipo de confusión que pueda dar lugar a actuaciones, por ejemplo, por parte de Tesorería o de cualquier otra entidad.

De esta forma será Inspección de Trabajo quien tenga que incoar, conforme a su propio reglamento de actuación ([RD 138/2020 \(LA LEY 1485/2020\)](#)), tramitar y decidir si concurre vulneración del «compromiso de mantenimiento de empleo» y el alcance económico de tal vulneración, siempre con sujeción a los plazos y principios fijados por el referido reglamento.

### III. Criterios administrativos emitidos

Con fecha once de abril de dos mil veinte, la Dirección General de Trabajo emitió informe, conforme al [artículo 10.1 ñ del RD 903/2018 \(LA LEY 12125/2018\)](#), resolviendo la consulta planteada en fecha treinta de marzo anterior. **La referencia es DGT-SGON-850CRA (LA LEY 279/2020)**.

La consulta versaba sobre aquellas empresas cuya actividad no había sido paralizada por la declaración del Estado de alarma pero que no obstante, se habían visto obligadas a reducir su actividad a mínimos o incluso a parar la producción.

En el caso de esta consulta, en lo que aquí interesa, la Autoridad Laboral establecía el siguiente criterio:

*«4. Queda por despejar la última cuestión planteada relativa al compromiso de mantenimiento del empleo prevista en la [disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo \(LA LEY 3655/2020\)](#): Salvaguarda del empleo: Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.*

*A este respecto hay que señalar que resulta inédito en nuestro ordenamiento prever beneficios que se vinculan de manera específica al uso de medidas de ajuste interno que tienen como objetivo la preservación del empleo.*

*Lo anterior por tanto se vincula al beneficio o la ventaja **extraordinaria —por no prevista de manera expresa—** que las empresas obtienen durante este período excepcional y como consecuencia de la aplicación de medidas laborales excepcionales. Esta ventaja extraordinaria es la prevista en el [artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#): "En los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 definida en el [artículo 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#), la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el [artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre \(LA LEY 16531/2015\)](#), así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras dure el período de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado en base a dicha causa cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 trabajadores o más, en situación de*

alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial."

*A partir por tanto de la reanudación de la actividad, entendida como la fecha en que de acuerdo con el [artículo 28 del Real Decreto-ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), y la [disposición adicional primera del Real Decreto 9/2020, de 27 de marzo \(LA LEY 4271/2020\)](#), termina el período de vigencia de las medidas extraordinarias, la empresa deberá mantener el empleo de manera que **no podrán producirse extinciones —sin perjuicio, por tanto de suspensiones o reducciones de jornada—**, salvo aquellas que resulten ajenas a la voluntad del empresario o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el artículo 49.1.c), teniendo en cuenta, no obstante, lo previsto en el [artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#) a propósito de la extensión del período suspendido, debiendo en caso contrario reintegrarse las cuotas dejadas de ingresar.»*

Como podemos ver más allá de justificar las razones que han llevado al legislador a condicionar las ayudas públicas al compromiso de mantenimiento del empleo, no resuelve ninguna de las que se pueden plantear y que ya hemos visto anteriormente, echándose ciertamente en falta que se fijase un criterio claro sobre el *dies a quo* del cómputo de los seis meses.

Otra consulta evacuada por la Autoridad Laboral es la que lleva referencia **DGT-SGON-863 CRA, de fecha 7 de abril de 2020 (LA LEY 278/2020)**, a consulta de la CEOE de seis de abril, que dice así:

#### **«4. En cuanto al alcance de la disposición adicional sexta en sus diferentes aspectos**

*4.1 En primer lugar y respecto de la medida extraordinaria concreta que se vincula al mantenimiento de empleo es la exoneración prevista en el [artículo 24 del Real Decreto ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), sólo así puede entenderse el objetivo de "evitar la salida del mercado de empresas solventes y afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional, contribuyendo a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica."*

*Aunque la [DA 6ª \(LA LEY 3655/2020\)](#) no prevé de manera específica un mecanismo concreto de reintegro, es lógico pensar que cuando se habla de que "las medidas están sujetas", establece un vínculo necesario entre el disfrute o aplicación de aquéllas y el compromiso que se describe. Interpretación que se ve confirmada por el [Real Decreto-ley 11/2020 \(LA LEY 4471/2020\)](#), cuando se dice "incumplimientos", lo que nos remite a obligaciones y no a una mera declaración de voluntad, por lo que no puede entenderse como una mera disposición programática sin efectos directos.*

*4.2 En segundo lugar y puesto que se refiere a la citada medida excepcional, el ámbito subjetivo del compromiso de mantenimiento se extiende a las empresas que han suspendido o reducido la jornada por causas de fuerza mayor basada en el COVID-19, esto es, las empresas que han sido autorizadas por la autoridad laboral en base a la causa descrita en el [artículo 22 del Real Decreto-ley \(LA LEY 3655/2020\)](#) y que se aplican la exoneración o reducción en las cuotas previa comunicación a la TGSS.*

4.3 En relación con lo que ha de entenderse por mantener el empleo, se dice en la exposición de motivos del [Real Decreto-ley 11/2020 \(LA LEY 4471/2020\)](#), que dicho compromiso, tal y como se recoge en una disposición final (sic, ya que es la disposición adicional decimocuarta), deberá cumplirse y verificarse teniendo en cuenta las características y circunstancias de la empresa o del sector correspondiente, atendiendo en especial a la estacionalidad o variabilidad del empleo, así como su correspondencia con eventos concretos, acontecimientos u otras especificidades sectoriales como las de, por ejemplo, las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual. Igualmente deberá tenerse en cuenta la normativa laboral aplicable.

Así —de acuerdo con dicha exposición de motivos— el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. En el caso de contratos temporales, el compromiso tampoco se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

En suma, lo previsto en dicha disposición adicional puede entenderse aplicable al resto de sectores.

4.4 Respecto a los trabajadores concretos en relación con los cuales se extiende el compromiso son aquellos incluidos en el ámbito personal de la medida coyuntural adoptada por la empresa, esto es, los trabajadores afectados por la medida de suspensión o reducción de jornada.

La reanudación de actividad y el momento en el que el compromiso de mantenimiento despliega sus efectos se refiere a cuando termine el estado de alarma

4.5 Por último, la reanudación de actividad y el momento en el que el compromiso de mantenimiento despliega sus efectos se refiere a cuando termine el estado de alarma, esto es, el plazo de los 6 meses se computa desde la finalización de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos basadas en el COVID-19 cuya duración

máxima, de acuerdo con el [artículo 28 del Real Decreto-ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y la [disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#), será la del estado de alarma decretado

por el [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo \(LA LEY 3343/2020\)](#) y sus posibles prórrogas. (La negrita es nuestra).

Lo anterior se ve confirmado por el ámbito de aplicación temporal del [artículo 2 del Real Decreto 9/2020, de 27 de marzo \(LA LEY 4271/2020\)](#), que limita las extinciones o despidos por causa del COVID-19 durante el período al que se extiende la vigencia de las medidas previstas en los [artículos 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y [23 del Real Decreto 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

*5. En conclusión, las empresas deben comprometerse a mantener el empleo durante los 6 meses posteriores a la finalización de la suspensión o reducción, esto es, al 100 por cien de los trabajadores afectados por la suspensión de contrato o la reducción de jornada por fuerza mayor basada en el COVID-19, sin que se tenga por incumplido el compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, y en el caso de contratos temporales cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto procediendo, en caso contrario, el reintegro de las aportaciones empresariales y de recaudación conjunta dejadas de ingresar.»*

En este caso la Autoridad Laboral sí ha clarificado el aspecto esencial del *dies a quo* en el cómputo de los seis meses, dejando claro que los mismos computan desde que finaliza la suspensión o reducción del 100% de los trabajadores afectados por la medida, tal y como habíamos anticipado al inicio de esta exposición. A la vista de ello parece poco prudente acogerse a cualquier otra posibilidad interpretativa más laxa con el compromiso de mantenimiento de empleo.

#### **IV. Postura propia y conclusiones**

La enorme trascendencia económica de esta disposición supuso un auténtico cataclismo para las asesorías de las empresas, en los momentos más duros de la pandemia, que se unía a un piélago de dudas que iban surgiendo en la interpretación cotidiana de las medidas más propias de los ERTes. Si podían incluirse en los ERTes de Fuerza mayor, esas empresas cuya actividad no había estado paralizada directamente por orden de la Autoridad Sanitaria pero su actividad pendía de la movilidad del tráfico de mercancías o de otros sectores directamente afectados, los trámites concretos en las no siempre fáciles de manejar herramientas informáticas de las distintas Consejerías de Trabajo, los efectos del silencio (que todos presumíamos positivo, pero tampoco estaba claro), y para rematar esta norma, que, por una parte, empatizaba claramente con el horroroso momento económico que vivían las empresas y el desplome de sus balances ahorrándoles costes de seguridad social, pero por otra amenazaba con la Espada de Damocles de reclamar esas ayudas con los draconianos recargos e intereses de demora que prevén las implacables normas de recaudación.

Una reclamación de este tipo podía hundir definitivamente a una empresa.

En tales circunstancias es lógico que las lecturas serenas y sosegadas del texto legal fueran más bien escasas y la reclamación de claridad y concreción en la interpretación de la norma se convirtiera en un auténtico clamor que dio lugar a las dos consultas evacuadas por la Autoridad Laboral.

En realidad, si nos fijamos bien, salvo en algún aspecto aislado dichas consultas no hacen sino reproducir el texto legal y explicarlo pero, excepción hecha del *dies a quo* de los seis meses, tampoco fijan criterios claros, por ejemplo en lo referido a las empresas sumidas en causa de concurso o los sectores afectados de la especial estacionalidad, más allá de transcribir otro texto legal, en lo referido a las actividades musicales, audiovisuales etc.,

Actualmente, y a pesar de lo que se comentaba en algunos círculos del sector de la Asesoría, no parece que Autoridad Laboral se esté empleando con demasiada dureza, ni muchísimo menos, antes bien se está primando la necesidad de proteger el tejido productivo patrio en unas circunstancias tan catastróficas como las actuales, frente a la tentación de intentar regenerar las dañadas Arcas Públicas a costa de exigir devoluciones a las ya maltrechas empresas. Si bien, como es lógico, cada cual lo verá según su propia experiencia.

En resumidas cuentas, aquí hemos tratado de desgranar los aspectos más esenciales de esta norma, sin salirnos demasiado del texto legal dado que no hay actualmente criterios interpretativos más allá de los expuestos y la jurisprudencia que pueda haber sobre la materia es todavía muy incipiente; como siempre, el tiempo dará y quitará razones, aunque esperemos que para algunas empresas no sea demasiado tarde.

# ERTE-COVID por fuerza mayor: última hora

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y Consejera de GA-P

Diario La Ley, Nº 9811, Sección Tribuna, 16 de Marzo de 2021, **Wolters Kluwer**

- ÍNDICE
- [I. La causa de fuerza mayor en los ERTE](#)
- [II. Suspensión y extinción contractual](#)
- [III. La insolvencia empresarial y los ERTE por fuerza mayor](#)
- [IV. Los ERTE por fuerza mayor en el sector público](#)
- [V. Otros](#)

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

Resumen

Son muchas las cuestiones controvertidas en relación a este instrumento, otrora temporal, ahora permanente. Al menos durante la extensión de la crisis del COVID, el ERTE se ha convertido en un «acompañante laboral» que tiende a paliar las consecuencias sociales y económicas pero que no evita el posible fraude en su utilización. Aunque el fraude es de difícil persecución, —ante la connivencia o ante la «resignación» del trabajador que, incluido en el ERTE, sigue prestando servicios para su empresa—, lo cierto es que se mantienen algunos puntos críticos aplicativos, si bien ya con soluciones judiciales destacadas.

Considerando exclusivamente del ERTE por fuerza mayor, este estudio analiza algunos aspectos que, en una situación postpandemia, probablemente permanezcan

## *I. La causa de fuerza mayor en los ERTE*

### *1. La nueva «fuerza mayor» de los ERTE*

La pandemia no ha creado la figura del ERTE por fuerza mayor pero sí ha desarrollado un nuevo concepto de fuerza mayor para los ERTE de la pandemia. El [artículo 22 del RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) define lo que, a efectos de esta regulación, debe considerarse fuerza mayor, tanto en la normativa inicial como en las sucesivas prórrogas, ahora hasta el 31 de mayo de 2021. Básicamente, se trata de una situación con causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, ya por suspensión o cancelación de actividad, cierre temporal, restricción de movilidad, falta de suministros o bien «*en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados*». De ser así, el ERTE se tramitará conforme a lo previsto en el [artículo 47 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) y, por tanto, previa autorización administrativa en la que se constate la fuerza mayor que origina la suspensión.

La nueva regulación no elude la intervención de la autoridad laboral, pero amplía el concepto de fuerza mayor. El empresario podrá fundarse en que las pérdidas de su actividad tienen como «causa directa» la situación derivada del COVID-19; también puede recurrir a la declaración del estado de alarma en cuanto contribuya a suspender o cancelar su actividad. Asimismo, podrá basar esta causa en la falta de suministros, en el contagio de la plantilla o en el aislamiento preventivo y preceptivo. Además, el RD-L 18/2020 regula la modalidad de fuerza mayor «parcial», posibilitando que la fuerza mayor sea una «causa» que no afecte a toda la plantilla pues parte de la misma podrá seguir trabajando ([artículo 1.2 \(LA LEY 6687/2020\)](#)). En definitiva, una serie de «*circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por la ley*» ([Exposición de Motivos RD-L 15/2020 \(LA LEY 5476/2020\)](#)). Circunstancias que han llevado al legislador a incorporar, en una regulación próxima al régimen previsto para los ERTE por fuerza mayor, a aquellos supuestos en los que exista «impedimento» o «limitación» de la actividad empresarial (desde su inicial regulación en el RD-L 24/2020 (LA LEY 10664/2020) y en el [RD-L 30/2020 \(LA LEY 17497/2020\)](#), principalmente, hasta la más reciente en el [RD-L 2/2021 \(LA LEY 1002/2021\)](#)).

## 2. La «vieja» interpretación de la «nueva» definición

Aunque se mantiene la intervención de la autoridad laboral, el legislador confiesa la necesidad de ofrecer, en una coyuntura económica como la actual, una tramitación más ágil, «prácticamente inmediata en caso de fuerza mayor», garantizado el acceso a los mismos ([RD-L 11/2020 \(LA LEY 4471/2020\)](#)). Se impone, así, una huida de la «*referencia a la construcción doctrinal y clásica de dicho concepto en nuestro ordenamiento civil. Se trata de un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediamente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes a la que se enfrentan nuestro país y todo el planeta*» ([RD-L 15/2020, Exposición de Motivos \(LA LEY 5476/2020\)](#)).

Sin embargo, son muchos los ERTE denegados con base en la aplicación tradicional del [artículo 47 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) y, por ende, del concepto asimismo clásico de fuerza mayor. Eso significa que la definición empleada en esta situación «de emergencia» sobre lo que se considera, «a estos efectos», fuerza mayor no está siendo todo lo útil que inicialmente se preveía. Tal vez porque, al margen del alcance que establece el [artículo 22 del RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) para este nuevo concepto, se siguen manteniendo los antiguos parámetros interpretativos de la fuerza mayor. Allí se distinguía entre la fuerza mayor —imprevisión e inevitabilidad— y el caso fortuito —previsión y evitabilidad—. De esta manera, la fuerza mayor resultará una causa extraña al empresario, una acción externa que queda fuera de su control. Lo que no supone, no obstante, que todo elemento ajeno a la voluntad del empresario represente por sí mismo una causa de fuerza mayor, porque lo relevante será su carácter imprevisible e inevitable.

Pero, ahora, requerir la imprevisión o la inevitabilidad en estos casos puede no resultar coherente con la nueva legislación. Sobre todo, cuando existen circunstancias cambiantes que obligan a las empresas a adaptarse en días, incluso en horas, a las nuevas restricciones de actividad o de movilidad. Si se realiza una interpretación excesivamente rigorista de la fuerza mayor, la nueva legislación fracasará. Ahora bien, si se flexibiliza en exceso no será fácil distinguir el ERTE derivado de fuerza mayor del ERTE derivado de otras

causas, habiendo advertido la jurisprudencia social que la contraposición entre la fuerza mayor y estas otras causas no puede ser simplista. La fuerza mayor no constituye una causa extintiva por sí misma, sino un «acontecimiento susceptible de provocar esa causa», y la norma laboral identifica dicho acontecimiento en la imposibilidad de continuar con la prestación, hecho que también podría venir derivado de las otras causas indicadas. Mas el elemento diferenciador es el grado de imprevisión o inevitabilidad de la fuerza mayor frente a la posible previsión de las otras causas. No obstante, esta nueva regulación no permite aplicar con ese rigor el concepto de fuerza mayor porque, de ser así, ni la regulación laboral de la pandemia tendría sentido («a estos efectos») ni la tramitación de los ERTE resultaría fluida («casi automática»).

### 3. *¿Impugnar la resolución administrativa o acudir al procedimiento de conflicto colectivo?*

Puesto que la existencia de fuerza mayor debe ser apreciada por una resolución administrativa —o por silencio administrativo—, se cuestiona si el cauce idóneo debería ser el de los [artículos 151 y ss LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) o si, por el contrario, puesto que se trata de una decisión de naturaleza colectiva, es el proceso de conflicto colectivo el más adecuado ([artículos 153 y ss LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#)). No cabe duda de que el [artículo 47.3 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) relativo a la suspensión del contrato de trabajo por causa de fuerza mayor remite al procedimiento establecido en el [artículo 51.7 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#). En atención a este último, la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a ésta finalmente la decisión sobre la suspensión de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. Eso significa que no bastará con la constatación de la fuerza mayor por parte de la autoridad laboral —siendo ésta una intervención preceptiva— sino que resultará determinante la decisión empresarial posterior. De ahí que se faciliten dos vías procesales, la impugnación de la resolución o la impugnación de la decisión empresarial, en principio como mecanismos procesales independientes.

La práctica demuestra, con todo, que esta diferenciación no resulta tan nítida. Porque si se pretende impugnar la decisión empresarial —porque no ha sido esa la causa, por la desproporción de la misma, por no haber seguido el procedimiento adecuado evitando el período de consultas, etc.—, parece inevitable cuestionar directa o indirectamente la existencia o no de fuerza mayor. Normalmente, lo que se demandará es que el ERTE por fuerza mayor debería haber sido tramitado como un ERTE por causa económica, técnica, organizativa o productiva y no por fuerza mayor. De ahí que algunas decisiones judiciales ([SSAN 29 de julio de 2020 \(LA LEY 81937/2020\)](#), y más recientemente [22 de diciembre de 2020 \(LA LEY 188348/2020\)](#), entre otras) pongan de manifiesto que, no habiendo sido impugnada la resolución administrativa, no cabe entrar en el fondo del asunto planteado en el conflicto colectivo. Si no se cuestiona la causa —la existencia o no de fuerza mayor—, la vía procesal idónea es la del conflicto colectivo. Pero si, en este último proceso, se pretende revisar la causa, ya validada administrativamente, semejante pretensión quedaría «extramuros» —en términos judiciales— de este cauce procesal. Sorprende, pues, que si lo que se persigue es delimitar la proporcionalidad de la decisión empresarial —en cuyo caso habría que acudir al conflicto colectivo— no sea necesario cuestionar la concurrencia de la causa que provoca la decisión —situación en la que procedería impugnar la resolución administrativa—. Porque, ciertamente, si lo que se



intenta dilucidar es el hecho de que la «causa» no responde a la definición de fuerza mayor incluida en el [artículo 22 del RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) sino en otro de sus apartados, será inevitable referirse a aquella por lo que, cautelarmente, resultará aconsejable cuestionar, en todo caso, la resolución administrativa para garantizar que no existen decisiones judiciales posteriores que rechazan la pretensión «impugnatoria» en conflicto colectivo.

## II. *Suspensión y extinción contractual*

### 1. *¿Se puede extinguir un contrato laboral suspendido por un ERTE?*

La suspensión y la extinción del contrato parecen figuras sobre las que pesa un natural desencuentro en tanto la una persigue mantener el vínculo contractual, aunque sea en suspenso, y la otra destruirlo. Hasta 1994, el despido de un trabajador con un contrato suspendido debía calificarse nulo. Sin embargo, la legislación laboral de la pandemia ha permitido ([artículo 5 RD-L 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#)) la suspensión de los contratos temporales, interrumpiendo el cómputo tanto en la duración de estos contratos, como en los periodos de referencia equivalentes al período suspendido. ¿En todo caso? Porque el [artículo 49.c\) LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) prevé la extinción contractual por expiración del tiempo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Evidentemente, y dadas las circunstancias, un contrato de duración determinada (temporal) puede sufrir los efectos de la suspensión contractual. Ahora bien, la conclusión puede ser diferente según nos encontremos con una duración de tiempo cierto expreso (una fecha de finalización) o con una duración incierta (la prestación de un servicio o la realización de una obra). En el caso de una obra o un servicio, pudiera defenderse que la imposibilidad de su realización como consecuencia de la suspensión, impide admitir la finalización de la relación —al menos, por esta causa—. Y, dado el carácter temporal pero causal de los contratos laborales, prevalecerá la necesidad de atender a la causa —obra, servicio, eventualidad, interinidad— antes que a cualquier otra consideración. Pero, en el caso de la fijación de un plazo cierto o término final de la obligación contractual, nada parece impedir que, cumplido el plazo, el contrato se extinga. Salvo determinación legal en contrario ([artículo 5 RD-L 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#)), el contrato no se extinguiría hasta que finalizara la fecha prevista. En definitiva, la causa de extinción se ha producido, ha llegado el término del contrato y éste finaliza. Por lo tanto, la dicción del artículo 5 RD-L 9/2020 (interrupción de los contratos temporales por las causas previstas en los [artículos 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y [23 del RD-L. 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), con interrupción del cómputo tanto de la duración como del período de referencia equivalente al período suspendido), con tener una cobertura laxa en relación a la contratación temporal, admite una cierta relativización en su aplicación, al menos, respecto de los supuestos extintivos del [artículo 49.c\) LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) y, en particular, por lo que se refiere a la finalización de la obra o servicio acordado.

### 2. *ERTE sobre ERTE pero no ERE sobre ERTE por fuerza mayor*

Una de las características propias del ERTE por fuerza mayor derivado de la COVID es la prohibición de despedir o, al menos, la reversión de los beneficios obtenidos durante el mismo si se decide despedir a los trabajadores. Ese compromiso de mantenimiento del empleo supone que la empresa, una vez reanudada la actividad, deberá mantener el

empleo salvo por causas ajenas a la voluntad del empresario. Quizá por eso, ni las sucesivas prórrogas de los ERTE inicialmente aprobados ni el tránsito de un ERTE —por fuerza mayor— a otro —por causas económicas, técnica, organizativas o de producción (básicamente, [artículo 3 RD-L 30/2020 \(LA LEY 17497/2020\)](#))—, han sido impedidos. No así el recurso al despido colectivo desde el ERTE por fuerza mayor, línea roja en toda la negociación y posterior adopción de esta legislación laboral de emergencia. Obviamente, la empresa podrá reiniciar su actividad y, con posterioridad, solicitar un despido colectivo, con la dificultad añadida de tener que demostrar que no se trata de una medida en fraude de ley para impedir, precisamente, la devolución de los beneficios obtenidos con el ERTE por fuerza mayor.

### *3. Pero sí ERE tras ERTE por otras causas*

Sin embargo, dado que la principal «sanción» por despedir, de forma colectiva o no, se centra en el reintegro de las cuotas dejadas de ingresar y, en tanto la aplicación del [artículo 24 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) mantiene la exoneración de cuotas a la Seguridad Social únicamente para los ERTE por fuerza mayor y no para el resto, se podría dar la situación de un tránsito entre ERTE por fuerza mayor a ERTE por otra causa distinta y un pase posterior al despido colectivo, sin sanción. Por lo que, al menos en lo que a esta sanción respecta, si la suspensión colectiva se presentó por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas o si el despido colectivo se plantea por dichas causas, la sanción expuesta no sería aplicable aun cuando pudieran derivarse otras consecuencias distintas como, en su caso, la aplicación de una indemnización mayor por considerar el despido improcedente, siendo la nulidad una difícil calificación.

## *III. La insolvencia empresarial y los ERTE por fuerza mayor*

### *1. La insolvencia empresarial exceptúa el compromiso de empleo tras los ERTE*

Una de las excepciones a la cláusula de salvaguarda de empleo se encuentra en la [DA 6ª.4 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) para aquellas empresas «*en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LA LEY 1181/2003)*». Si se tiene en cuenta la regulación concursal citada, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario. Con todo, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, entre ellas las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso o el pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Teniendo en cuenta que la [nueva Ley Concursal \(LA LEY 6274/2020\)](#) (RD-Leg.1/2020) ha entrado en vigor en plena pandemia (el 1 de septiembre de 2020, *ex* [DF 2ª \(LA LEY 6274/2020\)](#) de la citada norma), coincidiendo con el cumplimiento del compromiso de empleo que se analiza, y aun cuando el legislador de emergencia siga aludiendo a la norma de 2003 y no a la de 2020, conviene precisar que el nuevo texto concursal

refundido también hace mención en su [artículo 2 \(LA LEY 6274/2020\)](#) a estos últimos aspectos de naturaleza laboral y de Seguridad Social, si bien exige que se trate de «hechos externos reveladores del estado de insolvencia». Mas, el que la referencia sobre la insolvencia recaiga en la normativa concursal supone o bien que el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones o bien que acumula incumplimientos, entre otros, de naturaleza laboral o de Seguridad Social «en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso». Una situación que podría afectar a muchas empresas, lo que permitiría extender la excepción sobre el compromiso de empleo, relativizando su operatividad.

## *2. Duración de la excepción de compromiso de empleo ante una insolvencia empresarial*

La salvaguarda de empleo se mantiene *«durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla»* ([DA 6ª RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#)). Y, puesto que la actividad se va recuperando progresivamente, en virtud del carácter y sector de la empresa y que, en principio y atendiendo a la última prórroga contenida en el [RD-L 2/2021 \(LA LEY 1002/2021\)](#), la vigencia de las normas excepcionales sobre ERTE por fuerza mayor finalizaría el 31 de mayo de 2021, la extensión de dicho compromiso sobre el mantenimiento del empleo alcanzará hasta, al menos, finalizar el año en curso.

Pero la excepción de la [DA 6ª.4 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) no se refiere a las empresas que se hallen en situación de insolvencia sino a aquellas en las que «concurra un riesgo de concurso de acreedores» en los términos del [artículo 5.2 de la Ley Concursal/2003 \(LA LEY 1181/2003\)](#). Si se atiende a este último precepto *«el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia»* y el estado de insolvencia derivará, como se expusiera y entre otras posibilidades, del incumplimiento de obligaciones laborales o de Seguridad Social durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso o, si se tratara de una insolvencia inminente, de la propia previsión empresarial de no poder cumplir con sus obligaciones.

Ocurre, sin embargo, que si antes del 31 de diciembre de 2020, el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, *«no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación»* (30 de junio de 2021), con lo que la aplicación sobre la excepción en torno al compromiso de empleo se complica.

Porque si el estado de insolvencia supone tres meses de incumplimiento de obligaciones de naturaleza laboral o de Seguridad Social, no será difícil para una empresa demostrar la presencia y persistencia de dificultades de pago a la Seguridad Social o a los trabajadores en los últimos tres meses, incluso en los últimos tres meses anteriores al 31 de diciembre de 2020. Podrá eludirse, así, la obligación de mantener el empleo tras haber percibido ayudas públicas en ERTE por fuerza mayor. En tal caso, la excepción sobre la aplicación de la cláusula de mantenimiento de empleo se generalizaría, convirtiéndose ésta —la excepción— en la regla y aquella —la cláusula— en una condición inoperante.

### *3. La norma laboral exceptúa la aplicación del compromiso de empleo cuando concurra un riesgo de concurso de acreedores, no cuando se solicite el concurso*

Ahora bien, la precisión de la norma «laboral» sobre el compromiso de empleo no alude ni al estado de insolvencia ni a la solicitud de concurso porque se refiere únicamente a «aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores». Y una de las posibles interpretaciones de este inciso es que la empresa se halle en estado de insolvencia («en riesgo de concurso») sin necesidad de solicitar el concurso («en concurso»). Es decir, o bien que la empresa declare que no podrá hacer frente a sus obligaciones de forma inminente o bien que la empresa haya dejado ya de cumplir, entre otras, sus obligaciones salariales, indemnizatorias o de Seguridad Social durante tres meses. En este caso, la excepción sobre la salvaguarda de empleo se generalizaría a todas aquellas empresas que manifestaran estas dificultades de impago.

*La norma laboral prolonga muy hacia atrás el «estado de concurso» que exonera mantener el empleo*

Cosa distinta es el momento en que se deba demostrar la concurrencia de dicho riesgo pues, si bien la cláusula de salvaguarda de empleo comienza a computar el plazo de seis meses sin despidos desde que la empresa «reinicie» su actividad, el «riesgo de concurso» podrá sobrevenir con posterioridad. Pues, obviamente, la empresa que hubiera solicitado ERTE —primero, por fuerza mayor y, después, por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas— ha debido demostrar dichas dificultades para acceder al mismo. Por lo que, la concurrencia de «riesgo» de concurso sobrevendrá al reinicio de la actividad de la empresa. E, incluso, dada la complejidad expuesta, pudiera ocurrir que, en estos casos, los tribunales del orden social admitan como justificación no una situación de insolvencia previa a la obligada declaración del concurso sino una situación económica negativa de la empresa, lo que dificultaría diferenciar estos supuestos con la causa económica que podría justificar el mantenimiento de un ERTE por una causa distinta a la fuerza mayor. Obsérvese que, además, el [artículo 2 de la nueva Ley Concursal de 2020 \(LA LEY 6274/2020\)](#) prevé que la insolvencia pueda ser actual o inminente, siendo esta última la del estado de insolvencia en el que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Por lo tanto, la norma laboral prolonga muy hacia atrás el «estado de concurso» que exonera de mantener el empleo. No en vano, la insolvencia inminente supone un período muy inferior al del «riesgo de insolvencia» que se puede alejar mucho más del punto de insolvencia actual, haciendo que prácticamente todas las empresas se encuentren dentro de este riesgo en el año del COVID y el posterior o, lo que es lo mismo, que prácticamente todas las empresas se encuentren en el supuesto de hecho de la exoneración de continuidad laboral.

En consecuencia, el mantenimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo en los términos expuestos supone poder eludir su aplicación con cualquiera de las combinaciones señaladas (concurrencia del riesgo, pero no solicitud del concurso o situación de concurso, pero aplazamiento de la solicitud del mismo por aplicación del citado precepto, entre otras), convirtiéndose la exclusión en la regla y no en la excepción.

### *4. Los ERTE por fuerza mayor en las empresas concursadas aplican la legislación laboral*

Como consecuencia de la nueva legislación COVID-19, las empresas concursadas podrán tramitar los ERTE por fuerza mayor como el resto de empresas. La norma laboral retoma protagonismo frente a la norma concursal que, también en el ámbito procesal, retrocede restando competencias al juez del concurso. El [RD-L 11/2020 \(LA LEY 4471/2020\)](#) confiesa ser sensible a la dificultad actual para suscribir o cumplir un convenio en sede concursal o para transmitir una unidad productiva viable, lo que conduciría a la liquidación masiva de empresas. Para paliar estos efectos, el legislador permite que las empresas se beneficien de las medidas del RD-L 8/2020 para los ERTE por fuerza mayor. Pero dejarán de aplicarse la normativa concursal para recuperar la referencia al ordenamiento laboral, *ex* [DA 10ª RD-L 8/2020, \(LA LEY 3655/2020\)](#) con las especificidades propias de las medidas laborales recogidas en el citado RD-L 8/2020. Con todo, permanece la necesidad de que cualquier impugnación se sustancie por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral y la sentencia que recaiga sea recurrible en suplicación. Comoquiera que el incidente concursal no parece ajustarse plenamente a la mayor celeridad, impresa ahora en la tramitación y resolución de los ERTEs por fuerza mayor, el legislador exceptúa de este trámite a aquella resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor y que podrá ser impugnada directamente por el empresario ante la jurisdicción social.

La prevalencia de la legislación laboral de emergencia en estas situaciones está presente en muchos extremos —remisión a las leyes sustantivas y procesales laborales, reducción de competencias del juez del concurso, potestad para la tramitación de estos ERTE por fuerza mayor únicamente del empleador concursado o de la administración concursal—, pero uno de ellos sobresale especialmente. Y es que, aun cuando en sede concursal se había establecido un expediente judicial para estas suspensiones colectivas cuando ya en el derecho sustantivo laboral había desaparecido el expediente administrativo, ahora se retoma la fórmula ordinaria y se volverá al expediente administrativo para los ERTE por fuerza mayor y al procedimiento ordinario —sin autorización laboral— para los que se deriven de otras causas —la referencia a los [artículos 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y [23 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) así lo impone—, aunque se trate de empresas concursadas.

#### *IV. Los ERTE por fuerza mayor en el sector público*

##### *1. Suspensión de la concesión o del contrato público y fuerza mayor «automática»*

El [artículo 34 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) señalaba, en su dicción originaria, que aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, celebrados por las entidades pertenecientes al sector público cuya ejecución deviniera imposible como consecuencia del COVID-19 quedarían «automáticamente» suspendidos desde que se produjese la situación de hecho que impidiera su prestación y hasta que dicha prestación pudiera reanudarse. Con posterioridad, desaparecería la consideración «automática» de esta suspensión ([DF10ª RD-L 11/2020 \(LA LEY 4471/2020\)](#)), siendo ahora rogada en tanto el órgano de contratación conserva la prerrogativa de suspender de oficio el contrato si aprecia que, por la crisis sanitaria vinculada al COVID-19, la ejecución del contrato deviene imposible. Para aquellas empresas con contratos públicos cuyos ingresos se han visto directamente afectados por los efectos de la pandemia, la suspensión permitía, pues, presentar directamente el ERTE por fuerza mayor.

No obstante, se ha planteado si la suspensión del contrato o de la concesión —automática, primero y ahora rogada—, supone directamente la suspensión laboral por entender que la fuerza mayor se considera constatada. A estos efectos, los tribunales entienden que si la documentación aportada por la empresa, exigida con los mismos cánones que para el resto de las empresas, acredita que los ingresos de esta última se han visto reducidos o han desaparecido por la suspensión del contrato o la concesión administrativa, la causa se estima acreditada.

## *2. La asunción de los gastos laborales y de Seguridad Social de la Administración que suspende su contrato o su concesión y la repercusión en el ERTE por fuerza mayor*

Procede analizar, en este mismo ámbito, si la asunción por parte de la Administración Pública de los gastos laborales por incumplimiento contractual ([artículo 208 LCSP \(LA LEY 17734/2017\)](#)), determina la nulidad del ERTE por fuerza mayor tramitado. Si, en tal caso, los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social son objeto de compensación íntegra por disposición legal, constituiría un fraude de ley tramitar un ERTE del que se benefician no sólo los trabajadores sino también la empresa que, para este supuesto, ya no tendría que asumir dichos costes. Sin embargo, el contratista, con derecho a indemnización, no puede exigir todos los conceptos establecidos en el [artículo 208.2.a\) LCSP \(LA LEY 17734/2017\)](#) porque la normativa especial aplicable a esta situación de pandemia ([artículo 34.1 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#)) lo impide (STS 25 de enero de 2021 (LA LEY 139/2021)), obteniendo únicamente una parte de la indemnización y no la totalidad de sus gastos.

En idéntica línea, el [artículo 34.4 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) establece una serie de medidas que, en su caso, darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, compatible con el ERTE por fuerza mayor. El contratista deberá dirigir solicitud al órgano de contratación para que pueda adoptarse el pronunciamiento sobre la imposibilidad de ejecución del contrato.

## *3. Si los recursos de los que depende la empresa no son de naturaleza privada sino pública*

Especial atención merecen aquellas empresas que, dentro del sector público, obtienen ingresos de derecho privado, es decir, que no están remuneradas por un precio público contractual sino por la prestación de tales servicios públicos en el mercado. Algunos servicios públicos se han visto reducidos e incluso anulados como consecuencia de la pandemia, lo que ha propiciado que empresas o entidades públicas que desarrollaban los mismos se hayan visto compelidas a solicitar ERTE por fuerza mayor, no siempre con idéntica suerte. Puesto que desde la reforma de 2012 se permite el recurso al despido colectivo en el ámbito público (actual [DA 16ª LET \(LA LEY 16117/2015\)](#)) y en tanto el [artículo 47 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) que regula los ERTE por fuerza mayor se remite precisamente al [artículo 51 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) que recoge el procedimiento de despido colectivo, no es de extrañar que también las empresas del sector público planteen ERTE por fuerza mayor. Sin embargo, algunas decisiones judiciales entienden que, pese a la constatación de fuerza mayor por disminución del servicio público prestado, el [artículo 47 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) no es aplicable ya que así se deriva tanto de la [DA 17ª LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) como de la [DA 3ª RD-L 1483/2012 \(LA LEY 18153/2012\)](#). Como es sabido, en estas dos normas se rechaza la aplicación del citado

artículo 47 LET y, por tanto, se impide la presentación de ERTE en el sector público, salvo que se trate de entidades o empresas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

En consecuencia, el criterio delimitador 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 ERTE, pero si se tratara de recursos de naturaleza privada por provenir de ingresos comerciales, podría tramitarse dicha medida. A estos efectos, los parámetros utilizados para elaborar la contabilidad nacional indican que, cuando una entidad se financia mayoritariamente con ingresos de mercado no se incluye en el sector público, lo que permitirá comprobar de una forma accesible, pública y objetiva si un determinado organismo o entidad —incluidas las sociedades mercantiles— forman parte o no del sector público. En consecuencia, si no se obtuviera más del cincuenta por ciento por ingresos del mercado, no procederá el recurso al ERTE por fuerza mayor del [artículo 47 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#).

#### 4. *¿Se prioriza el despido sobre la suspensión en las empresas públicas?*

El sector público huye de soluciones coyunturales y opta, generalmente, por soluciones definitivas, de ahí que se permita la aplicación del despido colectivo, no así la suspensión colectiva. Sin embargo, esta interpretación resulta excesivamente rígida y no se ajusta a la pretensión flexibilizadora del legislador laboral de la pandemia. Porque podría parecer que, si bien 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. Máxime cuando la nueva legislación laboral no contiene ninguna limitación en su aplicación al sector público, salvo la indicada anteriormente. De hecho, el [artículo 22 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) resulta aplicable por sí mismo y sin remisión a la [DA 17ª LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) —que es la que sí contiene dicha prohibición—. Previsiblemente el hecho de que el citado artículo 22 se remita al [artículo 47 LET \(LA LEY 16117/2015\)](#) haya influido en esta interpretación tan restrictiva, aun cuando la situación de excepcionalidad de la nueva regulación justificaría una consideración distinta. Señálese que el artículo 22 RD-L 8/2020 indica que los ERTE 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 \(LA LEY 16117/2015\)](#)*» pero nada más.

Podría entenderse que, tratándose de una medida que supone coste directo para la cobertura por desempleo, no resulta idónea su 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 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 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 parecerá defendible el mantenimiento de un servicio público deficitario.

## V. Otros

### 1. Cuando la fuerza mayor depende de otro

Cabe cuestionar la tramitación de un ERTE por fuerza mayor cuando una empresa deriva dicha causa de la paralización de la actividad de su único o principal cliente. Para resolver estos conflictos, los tribunales del orden social distinguen dos vertientes de esta modalidad. Por un lado, las circunstancias relacionadas con las actividades suspendidas directamente por el estado de alarma y, por otro, las circunstancias relacionadas con el [artículo 22 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

Y, así, cuando la empresa argumenta que su única y principal actividad es la ejecución de un contrato suscrito con un cliente que ha visto paralizada o disminuida su actividad como consecuencia del estado de alarma, plantea la tramitación del ERTE por fuerza mayor derivada. En tal caso, los tribunales tienden a valorar la impugnación no desde la perspectiva de la actividad paralizada por el estado de alarma y que, de forma mediata, ha supuesto consecuencias gravosas para la empresa que tramita el ERTE, sino analizando si, en esta última, concurren las causas del citado [artículo 22 RD-L 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#). Y para ello se requiere acreditar: a) el carácter inevitable de la circunstancia sobre la actividad productiva; b) la imposibilidad objetiva para la solicitante de seguir prestando servicios; y c) que el medio instrumental en virtud del cual se producen las anteriores consecuencias sea por la existencia de una suspensión o cancelación de actividades, o por un cierre temporal de locales de afluencia pública, o por restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, o, en fin, por falta de suministros. De esta forma, si no quedara suficientemente acreditada alguna de estas circunstancias y, en particular, si no se probara que se trata de un único cliente o que la pérdida del mismo determina una situación de fuerza mayor, el ERTE se entenderá injustificado, al menos por causa de fuerza mayor, pudiendo ser tramitado, en su caso, por causas económicas, técnicas, organizativas o productiva.

### 2. Sobre las sanciones previstas para los ERTE por fuerza mayor que resulten fraudulentos

En la [DA 2ª RD-L 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#) se establece que, para aquellas solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados, se estará a las sanciones correspondientes previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Será sancionable igualmente la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo, que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas. Precisamente, el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos empresariales antes indicados, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones. En tal caso, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora.

Para detectar estos supuestos de fraude, la [DA 4ª del citado RD-L 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#) establece una colaboración entre la entidad gestora de las prestaciones por



desempleo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debiendo proceder esta última a la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de los ERTE por fuerza mayor. Lo que supone admitir la revisión *ex post* de una autorización previamente concedida por la autoridad laboral. Porque si esta última observara, *ex ante*, este tipo de irregularidades no podría autorizar el ERTE —sometido, en términos generales, a autorización laboral, al menos los derivados de fuerza mayor—. Pero si lo hace con posterioridad, dado que es posible que, por las circunstancias de desbordamiento de la Administración haya sido aprobado por silencio positivo, deberá seguir la Administración el procedimiento de revisión de oficio o por lesividad [artículo 47.1.f) LPAC (LA LEY 15010/2015), entre otros] previsto para este tipo de actuaciones tanto sancionadoras como de recuperación de prestaciones sociales indebidamente percibidas. Bien es cierto que la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) impide que las entidades u organismos gestores de las prestaciones revisen por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo acudir a un proceso judicial. Sin embargo, el [artículo 146.2.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) exceptúa de esta norma general las revisiones de actos dictados en materia de protección por desempleo, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa.

### *3. La dudosa exclusión del jubilado parcial del ERTE por fuerza mayor*

La jurisprudencia del orden social ha avalado la práctica laboral según la cual el trabajador jubilado parcial puede acumular su jornada durante un período, cesando en su trabajo con posterioridad, pero manteniendo el salario y la cotización hasta su plena jubilación. La proliferación de la crisis ha llevado a que, muchas empresas con jubilados parciales, hayan presentado ERTE por fuerza mayor, rechazando la Administración la inclusión de aquéllos en este procedimiento suspensivo por entender que, si la prestación laboral ya se había efectuado, no procede suspender una actividad ya realizada. Bien es cierto que cabe la interpretación contraria y, así, puesto que el contrato a tiempo parcial que sustenta la actividad laboral del jubilado parcial se halla vigente, nada impediría la suspensión del mismo. En definitiva, la empresa dejaría de abonarle el salario correspondiente al suspenderse el contrato y el trabajador jubilado parcial compatibilizaría su pensión de jubilación parcial con la prestación por desempleo parcial.

Solución esta última que no convence judicialmente por estimar que no procede conceder la prestación por desempleo a quien no se encuentra en situación legal de desempleo porque no trabaja. El hecho de que el empresario deje de abonar el salario mensual durante el período de vigencia del ERTE no implica la existencia de situación legal de desempleo en tanto no se suspende ninguna actividad laboral, ya ejercitada con anterioridad (SSTS de 11 de noviembre de 2020 (LA LEY 171505/2020) y 6 de julio de 2020). Esto significa que, como la empresa no retribuyó inmediatamente los servicios prestados, sino que demoró y prorrateó mensualmente su pago junto con la cotización a la Seguridad Social, es la empresa deberá seguir retribuyendo al trabajador —e ingresando la cotización correspondiente—, aunque el resto de trabajadores se hallen incluidos en un ERTE.

*Cuando se presenta un ERTE por fuerza mayor, la empresa tiene la necesidad de suspender no sólo la actividad, sino el pago de salario y la cotización*

Pero si eso es así, también tendría que considerarse que, cuando se presenta un ERTE por fuerza mayor, la empresa tiene «necesidad» de «suspender» no sólo la actividad, sino el pago de salario y la cotización. Porque en el ERTE hay dos partes implicadas; el trabajador, que deja de obtener su salario para cobrar su prestación por desempleo, pero también la empresa que requiere de ayudas, entre otras, la suspensión o la exoneración en el pago de cotizaciones. Considerar que, una vez que ya ha obtenido todo el rendimiento del trabajador no va a tener la misma necesidad de suspender el pago o la cotización por el jubilado parcial como solicita hacerlo con el resto de trabajadores, carece de sentido. Al menos en la coyuntura actual, pues las empresas, como consecuencia de la pandemia, carecen de liquidez y, por ende, no pueden pagar ni cotizar. Por lo demás, la negativa administrativa a incluir al jubilado parcial en el ERTE obliga al trabajador que se encuentra en esta circunstancia a demandar al empresario por el impago de su retribución y de su cotización, en una exigencia más gravosa que para el resto de trabajadores y, posiblemente, en unas condiciones más adversas también que aquéllos. Quizá la solución debería circunscribirse a aquellas empresas que tienen trabajadores en ERTE y trabajadores en activo; en ese caso, tal vez alcance sentido una solución como la expuesta toda vez que el jubilado parcial deberá ser considerado, a esos efectos y a todos los efectos, como un trabajador más en activo. Mas, de no ser así, se producirá un agravio comparativo para la empresa a la que se le obliga a seguir abonando un salario y una cotización cuando previsiblemente no pueda hacerlo por haber incluido a todos sus trabajadores en ERTE y para el trabajador que, ya jubilado, se ve abocado a reclamar a la empresa su salario y la cotización derivada del mismo.

#### *4. Sobre la jubilación activa de los autónomos con trabajadores en ERTE*

De acuerdo con el [artículo 214.2 LGSS \(LA LEY 16531/2015\)](#), la cuantía de la pensión se reducirá al cincuenta por ciento en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Ahora bien, si la actividad se desarrollara por cuenta propia y se acreditara tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión será íntegra, alcanzando el cien por cien. La pandemia ha obligado a muchos autónomos con trabajadores contratados a tramitar ERTE por fuerza mayor. Y, dado que el ERTE implica la suspensión del contrato, no debería plantearse ningún problema en cuanto a la vigencia de la relación laboral (ahora suspendida) y, por ende, en relación al requisito de tener trabajadores por cuenta ajena contratados para mantener la pensión íntegra.

No obstante, constituye ésta una cuestión nada pacífica. En principio, se parte de considerar este supuesto como un supuesto suspensivo más y si del mismo se deriva la obligación de mantener la cotización, no habrá justificación para no tener en cuenta el contrato suspendido a efectos de reconocer o mantener la pensión de jubilación activa pero si, por el contrario, no existiera tal obligación de cotizar sino únicamente la de reincorporar al trabajador, no resultaría aplicable dicho beneficio derivado de esta modalidad de jubilación activa. Pues bien, dado que las medidas excepcionales adoptadas durante la pandemia han exonerado total o parcialmente a las empresas de efectuar dichas cotizaciones en relación con los trabajadores afectados o rescatados de los ERTE por fuerza mayor, cabría plantearse si estos casos se enmarcan en la primera descripción efectuada —en la que se mantiene la obligación de la empresa de abonar cotización y, por ende, la posibilidad de obtener la cuantía plena de la pensión de jubilación— o en la segunda —esto es, aquella en la que la empresa no debe cotizar y sólo pervive su

obligación de reincorporar al trabajador, en cuyo caso la cuantía de la pensión se vería reducida al cincuenta por ciento—.

La coyuntura económica y social avalaría esta segunda opción pues, en definitiva, la empresa no debe cotizar, sino que ha de mantener la relación con sus trabajadores a efectos de su reincorporación. Pero, con buen criterio, la gestión de la Seguridad Social viene considerando que la exoneración de cotización en los ERTE por fuerza mayor no es la norma general sino que se ha adoptado, como otras muchas medidas, con carácter excepcional y, por tanto, no existe razón suficiente para que dicha coyuntura afecte a la aplicación ordinaria de la pensión de jubilación. En consecuencia, el trabajador autónomo, aunque haya sido exonerado total o parcialmente de la cotización por sus trabajadores incluidos en un ERTE, podrá seguir percibiendo la cuantía íntegra de su pensión de jubilación.

# El silencio administrativo en los ERTEs Covid

Jesús Rodríguez Hernández

Juez sustituto Cuenca y Guadalajara. Experto en Derecho Laboral y Experto universitario en valoración del daño corporal

Diario La Ley, Nº 9823, Sección Tribuna, 6 de Abril de 2021, **Wolters Kluwer**

- ÍNDICE
- [I. Planteamiento de la cuestión](#)
- [II. Normativa concernida](#)
  - [1. Norma especialísima](#)
- [III. Alcance del silencio positivo. Criterios jurisprudenciales previos de la Sala IV](#)
- [IV. La temida Disposición Adicional Segunda o el remedio a los efectos del silencio](#)
- [V. Conclusiones propias](#)

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

Resumen

El artículo 22 del RDL 8/2020 regulaba los denominados ERTEs por Fuerza mayor ligados a la situación excepcional provocada por el COVID19. El momento extremo que se vivió en las semanas sucesivas al primer Estado de Alarma y la indudable trascendencia económica que podía tener cada decisión que se adoptara por las empresas, provocó un enorme desasosiego en los operadores jurídicos. Uno de los elementos principales de aquella máxima incertidumbre fue precisamente el silencio administrativo en los ERTEs. Ahora el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ello.

## *I. Planteamiento de la cuestión*

Como es conocido el [artículo 22 del RDL 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) regulaba un procedimiento de Regulación Temporal de Empleo tendente a paliar la situación extrema que se vive desde marzo de dos mil veinte. Por ser más precisos, se puede decir que dicho artículo regulaba las especialidades a tener en cuenta en la tramitación de estos expedientes siendo la norma base el [artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) y su [Reglamento de desarrollo RD 1483/2012 \(LA LEY 18153/2012\)](#).

Al surgir la norma, una multitud de empresas se vieron abocadas a acogerse a este tipo de medidas y de inmediato las asesorías se pusieron manos a la obra. Uno de los escollos principales que se encontraron era que, en la mayoría de los casos, la Administración no contestaba la solicitud en el plazo de cinco días que se preveía en el apartado c) del precepto legal, y, en consecuencia, surgían las dudas sobre la legalidad de la implantación de la medida.

La solución que se adoptó fue la de considerar constatada la existencia de las causas por efectos del silencio positivo, lo que se hizo por las propias empresas, implantando de plano la medida, y por la propia Administración que finalmente contestaba confirmando los efectos del silencio.

Como suele suceder en Derecho, algo aparentemente sencillo, ha terminado por complicarse, lo que determinó que la interpretación de esta figura haya sido objeto de la [Sentencia del Tribunal Supremo de 25-01-2021 \(LA LEY 139/2021\)](#) que ha zanjado, creo que definitivamente, la cuestión.

## II. Normativa concernida

### 1. Norma especialísima

[Artículo 22 del RDL 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) con su ámbito de aplicación definido en el apartado 1, y que conviene recordar:

*«... causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma , que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria ...»*

El apartado segundo, regula un procedimiento muy sencillo en el que se exige la solicitud, un informe relativo a la vinculación de pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, y, en su caso, la documentación acreditativa, con la comunicación a los trabajadores.

Se exige la constatación de la fuerza mayor por la Autoridad laboral, y finalmente, en lo que aquí interesa, se establece un plazo de cinco días para la resolución.

A nadie se le escapa que es imposible que la Autoridad laboral pueda constatar en cinco días la existencia de todas las causas de Fuerza mayor que se le fueron presentando, y menos aún que pueda recabar y obtener en el mismo plazo el Informe de la Inspección de Trabajo, tal y como prevé el apartado d). De ahí que la figura del silencio administrativo cobre tanta relevancia en este caso.

### A) Norma reglamentaria

[Artículos 31 a \(LA LEY 18153/2012\) 33 del Real Decreto 1483/2012 \(LA LEY 18153/2012\)](#) que poco añaden en este caso, salvo cuestiones meramente competenciales previstas en el artículo 31 que remite al [25 \(LA LEY 18153/2012\)](#) a fin de determinar la Autoridad Laboral competente para resolver, a saber autonómica, en el caso de que el 85% como mínimo de los trabajadores se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados dentro del territorio de una sola Comunidad Autónoma, o estatal en el caso de que se hallen repartidos en menor porcentaje en dos o más Comunidades Autónomas u organismo de la Administración General del Estado.

A nivel procesal la remisión al [artículo 24 \(LA LEY 18153/2012\)](#) de la misma norma reglamentaria supone, sin ninguna duda, la competencia de la Jurisdicción Social para la resolución de los litigios que puedan surgir en esta materia.

Como podemos comprobar, salvo estos dos detalles competenciales y procesales, nada añade la norma reglamentaria al [artículo 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

### **B) Norma legal general**

Lacónico en su redacción, el [artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), después de contemplar la posibilidad legal de suspender los contratos por causas de Fuerza mayor, se remite en todo al [artículo 51.7 \(LA LEY 16117/2015\)](#), que regula un procedimiento que es el que calca casi en su totalidad el [artículo 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#), es decir solicitud de la empresa, con el informe y los medios de prueba y comunicación a los representantes de los trabajadores, constatación de la existencia de Fuerza mayor por la Autoridad Laboral y resolución en cinco días.

En suma, tampoco añade nada en relación con el silencio, lo que nos obliga a continuar con nuestra búsqueda.

### **C) Norma aún más general a nivel de Procedimiento Administrativo**

Que es donde finalmente encontramos la respuesta, en el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LA LEY 15010/2015):

*«1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.*

*El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el [artículo 29 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#), aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*

*El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado.*

*2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.*

3. *La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 (LA LEY 15010/2015) se sujetará al siguiente régimen:*

- **a)** *En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.*
- **b)** *En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.*

4. *Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver.»*

El periplo que hemos realizado por las normas especiales, entendemos que devenía totalmente necesario, en tanto el artículo 24 (LA LEY 15010/2015) que acabamos de transcribir, es ley general y por tanto subsidiaria a cualquier norma especial que pudiera establecerse, así lo dice el propio artículo al establecer como excepción aquellos casos en «*los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario*». En el caso analizado, quizá por omisión o quizá para evitar la redundancia, el legislador no ha establecido el efecto positivo del silencio en el caso de la constatación de la Fuerza mayor de los ERTes derivados del COVID19, pero se hacía necesario su examen para despejar cualquier duda al respecto.

*El Real Decreto Ley 9/2020 establece el efecto positivo condicionado a la limitación temporal de los ERTes a la duración máxima del Estado de Alarma y sus prórrogas*

En descargo del legislador es importante significar que el Real Decreto Ley 9/2020, que desarrolla, en cierto modo, el contenido del [artículo 22 \(LA LEY 3655/2020\)](#), como explicaremos después, ya deja caer este efecto positivo del actor presunto por dos veces, cuando la [Disposición Adicional Primera \(LA LEY 4271/2020\)](#) establece la limitación temporal de los ERTes a la duración máxima del Estado de Alarma y sus prórrogas y dice en su párrafo segundo:

Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta «*Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que*

*sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta».*

De donde quedan claras dos cosas: una principal que es el silencio positivo, por cuanto de lo contrario sobraría este segundo párrafo y una secundaria que es precisamente limitar los efectos de ese silencio al estricto contenido de la ley, evitando con ello que una solicitud empresarial que establezca un plazo mayor de la medida pueda verse amparada en dicha institución del acto presunto positivo. A la vista de la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, corroborada por la que vamos a analizar a continuación este segundo párrafo tiene un efecto práctico enorme.

Como decíamos el RDL 9/2020 habla por dos veces del silencio administrativo, y en el punto II de la Exposición de Motivos lo dice de forma clara y sin ambages para justificar la [Disposición Adicional \(LA LEY 4271/2020\)](#) a la que hacíamos referencia anteriormente *«... se pretende clarificar el límite temporal de las resoluciones tácitas recaídas en los expedientes de regulación temporal de empleo solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio, que es positivo conforme a lo previstos en el artículo 24 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015) , de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no puede suponer una duración máxima diferente que la aplicable a las resoluciones expresas...»*, **ciertamente cuando el legislador quiere hablar claro lo consigue.**

De hecho este Real Decreto 9/2020 como veremos, en gran medida se debe a la prevención del legislador de paliar los efectos de este silencio positivo, y encuentra su plasmación tanto en la [Disposición Adicional \(LA LEY 4271/2020\)](#) referida, como en la temida [Disposición Adicional Segunda \(LA LEY 4271/2020\)](#), como después se verá.

### **III. Alcance del silencio positivo. Criterios jurisprudenciales previos de la Sala IV**

Hemos transcrito el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LA LEY 15010/2015), donde se puede ver el efecto demoledor que tiene el silencio positivo:

**«2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.»**

*3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 (LA LEY 15010/2015) se sujetará al siguiente régimen:*

***a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.***

Ni más ni menos, la Administración, una vez transcurrido el plazo máximo para resolver, no puede sino confirmar la estimación de la solicitud.

Haciendo un poco de memoria, en el ámbito laboral, la Caja de los Truenos se abrió con los procedimientos dirigidos en su día contra el Fondo de Garantía Salarial. Se daba la circunstancia, en plena crisis económica y presupuestaria, el indicado órgano administrativo se eternizaba en resolver las solicitudes de prestaciones que le eran propias. El silencio administrativo, a falta de cualquier norma propia de su ámbito de



actuación, era de carácter positivo y se producía una vez transcurridos tres meses desde la solicitud conforme al [artículo 28.7 del RD 505/1985 \(LA LEY 568/1985\)](#).

Ciertamente, en muy pocas ocasiones se caía en la cuenta de este efecto del silencio. FOGASA contestaba fuera de plazo siempre en lugares como Madrid, y nadie reclamaba más allá de los límites legalmente permitidos, esto es, nadie hacía valer los efectos del silencio positivo, hasta que ya por el lejano año 2012, se recurrió la denegación del FOGASA una vez transcurrido el plazo de tres meses, y tras la doble desestimación del Juzgado de lo Social y de la Sala del TSJ, el Tribunal Supremo estimó su recurso de Casación, haciendo suya doctrina de la Sala Tercera y reconociendo todos los efectos estimatorios del silencio en el sentido expuesto ([STS 16-03-2015 \(LA LEY 38468/2015\)](#)), con interpretación del [artículo 43.1 de la Ley 30/1992 \(LA LEY 3279/1992\)](#), entonces vigente.

La doctrina fijada era muy clara y ha sido reiteradísima hasta la fecha en los innumerables pleitos que ha tenido FOGASA:

*«una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el [art. 62.1 f\) de la Ley 30/92 \(LA LEY 3279/1992\)](#) son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad.»*

Como quiera que, por silencio, se dieron situaciones abiertamente ilegales, como el hecho del cobro de cantidades por encima los topes legales, el Tribunal Supremo manteniendo firme e incólume su doctrina aclaró lo siguiente:

*«Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en la normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del [artículo 33 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#). Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento ([Real Decreto 505/1985 \(LA LEY 568/1985\)](#)). Si no lo hace, es la propia ley ([LRJPAC \(LA LEY 3279/1992\)](#)) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo —resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa— y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".*

## **2. Obtención de prestaciones por encima de los topes legales.**

*El hecho de que se hayan otorgado derechos superiores o no previstos legalmente, no significa que no puedan dejarse sin efecto. No obstante, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el entonces vigente [artículo 62.1.f\) LRJPAC \(LA LEY 3279/1992\)](#) (en la actualidad: artículo 47.1 f)*

*LPAC (LA LEY 15010/2015)): "serán nulos de pleno derecho: los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición", podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del [artículo 146 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto.»*

*Se está primando la seguridad jurídica del acto administrativo, sin perjuicio de que se pueda anular el mismo mediante el empleo de los medios previstos*

*O lo que es lo mismo, el acto presunto positivo, aunque sea abiertamente contra ley, cobra eficacia y vigencia en el momento que transcurre el plazo, sin perjuicio de que la Administración acuda a los medios de anulación del mismo previstos legalmente, en tanto cualquier acto contra ley es nulo de pleno derecho. En definitiva, se está primando la seguridad jurídica del acto administrativo, sin perjuicio de que se pueda anular el mismo mediante el empleo de los medios previstos, sea la declaración de lesividad, o como en este caso el [artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#).*

*Esta doctrina, que hemos traído a colación es el auténtico precedente jurisprudencial de la [STS de 25 de enero de 2021 \(LA LEY 139/2021\)](#) que, en lo que aquí nos ocupa, navega de forma recta por esta misma línea.*

*«El [art. 22.2 a\) del RD-Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) cuya infracción se denuncia, dispone que: "El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas."*

*Del inalterado e incombatido relato fáctico de instancia resulta que la documentación esencial fue aportada por la empresa: solicitud a la que se acompaña Memoria o informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, sin que los demás documentos aparezcan como de aportación obligatoria, según resulta del redactado del precepto al señalar "en su caso", o "en caso de existir". En dicha documentación consta, como resalta el Ministerio Fiscal en su informe los siguientes datos con referencia a las correspondientes normas legales: la declaración del estado de alarma, la limitación de la libre circulación de personas a determinadas actividades entre las que no se encuentra la asistencia a escuelas de educación infantil, la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, y la suspensión automática de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes celebrados por las entidades pertenecientes a Sector Público. A ello hay que añadir y así se constata acreditado que la totalidad de ingresos de la empresa proviene de la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros.*

*La empresa cumplió con las exigencias del [art. 22.2 del RD-L. 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), por lo que nada impide que opere el silencio administrativo positivo. Ciertamente*

*es que no se refiere a esta figura el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, pero así resulta del [Real Decreto-Ley 9/2020 de 27 de marzo \(LA LEY 4271/2020\)](#), tanto en el preámbulo con remisión al art. 24 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LA LEY 15010/2015), de 1 de octubre (que como regla general, otorga al mismo sentido positivo, no encontrándonos ante un supuesto en el que se establezca lo contrario), como en el propio articulado en relación a la constatación de la fuerza mayor vinculada al COVID-19 para aplicar medidas temporales de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de la jornada laboral, **se deben entender estimadas por silencio administrativo positivo en el supuesto de que no se dicte una resolución expresa en el plazo de 5 días** ([artículo 22.2.c del RDL 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#)).*

*En consecuencia, debe entenderse constatada la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo positivo, aunque posteriormente en el presente caso, recayó resolución expresa en el ERTE por fuerza mayor, que constata su existencia, reforzando la calificación y efectos del silencio.*

*Por lo que se refiere a la apreciación de la fuerza mayor, negada por la demandante ahora recurrente, cabe señalar que la solicitud de la empresa de autorización de expediente de regulación de empleo temporal de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor, ha de estimarse aprobada inicialmente por silencio administrativo positivo, aunque con posterioridad recayera resolución expresa de la Dirección General de Trabajo que constata la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, con lo cual decae por su propio peso la alegación del recurrente, al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el [artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo \(LA LEY 3655/2020\)](#), lo cual determina pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19 y es causa justificativa de la suspensión de los 187 contratos de trabajo de los trabajadores de su plantilla. Resolución que no consta haya sido impugnada, y que en todo caso, no sería objeto del presente procedimiento.»*

Como podemos comprobar, en sede de ERTE COVID, se confirma punto por punto la doctrina anterior sobre el silencio positivo y sus efectos, si bien hay un pequeño matiz que es preciso que no pase desapercibido y es la reflexión que hace la sentencia sobre el argumento de la parte recurrente en el que se alega que la empresa no habría aportado todos los elementos de juicio bastantes para que el organismo público pueda formar su voluntad. Es importante recalcar esto, puesto que la Sala lo resuelve diciendo que el informe que aporta es suficiente para la formación de esta voluntad, y ello es importante por dos cuestiones, en primer término porque sirve esta salvedad, de freno lógico, a que cualquier solicitud absurda, descabellada o carente de toda fundamentación, pueda crear un acto administrativo presunto de carácter estimatorio, y en segundo lugar por lo que dice claramente la propia resolución, el informe es documento bastante para la formación de esa voluntad del órgano administrativo.

#### **IV. La temida Disposición Adicional Segunda o el remedio a los efectos del silencio**

Adelantábamos que el [Real Decreto Ley 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#), venía de algún modo a atenuar los efectos del silencio positivo, primero limitando en el tiempo los efectos del ERTE, con independencia del contenido de la solicitud empresarial. Ya hemos visto lo que podría haber sucedido de no fijarse expresamente este límite. Una solicitud

que prolongara más allá de los límites legales el ERTE de Fuerza mayor, y que fuera estimada por silencio, tendría una duración mayor que aquellas que hubieran sido expresamente estimadas y además de forma contraria al texto legal. El legislador se cura en salud con esta primera Disposición Adicional y se evita tener que acudir a los siempre largos, tediosos e inciertos procedimientos de revisión de los actos administrativos.

Esta norma matizaba esta cuestión, pero la que verdaderamente venía como remedio a los posibles desmanes de algunas empresas era la [Disposición Adicional Segunda \(LA LEY 4271/2020\)](#).

*«1. En aplicación de lo previsto en el [Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto \(LA LEY 2611/2000\)](#), las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes. Será sancionable igualmente, conforme a lo previsto en dicha norma, la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.*

*La empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios*

*2.El reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos previstos en el apartado anterior, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones. En tales supuestos, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, **la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.***

*3.La obligación de devolver las prestaciones prevista en el apartado anterior, en cuanto sanción accesoria, será exigible hasta la prescripción de las infracciones referidas en el [Texto Refundido de la Ley de infracciones y Sanciones en el Orden Social \(LA LEY 2611/2000\)](#) que resulten aplicables, de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa previstos en este real-decreto ley.»*

Lo que, en suma, abre la puerta a la revisión, de facto, de los ERTEs en busca de posibles falsedades o, lo que puede resultar más preocupante por la carga de arbitrariedad que puede llevar, medidas que no resulten necesarias o **sin conexión suficiente con la causa que los origina**. El análisis de la suficiencia de esta conexión de la medida con la causa puede ser una auténtica pesadilla para las empresas al poder venir inspirada en por criterios muy poco objetivos y conllevar, nada menos que la devolución a cargo de la empresa de todas las prestaciones que hayan cobrado sus trabajadores, además de la imposición de la sanción administrativa correspondiente.

No es que la Administración revise su resolución dictada por silencio positivo, que no puede hacerlo como hemos visto fuera de los cauces legales que se lo permitan y a los

que parece que no tiene ninguna intención de acudir, sino que, para evitar utilizar esos cauces, la propia inspección, directamente, puede declarar indebidas las prestaciones percibidas por los trabajadores durante la situación de ERTE porque simplemente considere que no hay conexión entre la medida y la causa, y verse el empresario obligado a su devolución, además de al pago de lo que reste por salarios a sus trabajadores.

#### *V. Conclusiones propias*

Como hemos visto, la Sala IV del Tribunal Supremo mantiene incólume su doctrina sobre el silencio positivo haciendo suya la más consolidada y antigua de la Sala III. Pocas sorpresas cabía esperar en la sentencia del pasado veinticinco de enero que ha venido a confirmar toda la doctrina anterior aplicando a los ERTEs COVID todo lo que ha repetido hasta la saciedad en los pleitos que han venido enfrentando en los últimos cinco años al FOGASA con los solicitantes de prestaciones a los que se respondía fuera de plazo.

Estos efectos demolidores y absolutos del silencio positivo, son quizá los responsables de que la Administración se haya tenido que defender de la forma tan radical que lo ha hecho al promulgar la [Disposición Adicional Segunda del Real Decreto ley 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#). Es verdad que no nos consta que la Inspección de Trabajo esté actuando de forma inquisitorial ni que se esté comportando de forma arbitraria, pero no es menos cierto que la delegación legislativa abre la posibilidad a que sea la propia Administración quien, de facto, pueda revertir los efectos del silencio por este cauce, con la merma en la seguridad jurídica que ello implica, por cuanto a pesar del necesario control jurisdiccional ulterior, lo cierto es que una resolución administrativa que declare indebidas las prestaciones de los trabajadores puede «mandar a la lona» a una empresa por lo costes desmesurados y de ejecución inmediata que ello conlleva y por la dificultad notoria que tiene la admisión de una medida cautelar que pueda paralizar una ejecución dineraria en el ámbito administrativo.

En definitiva, entendemos que, aunque la medida pueda venir más justificada desde un punto de vista de prevención de un posible fraude masivo, es lo cierto que quizá debieron arbitrase medios legales menos agresivos o amenazantes para con las empresas, como procedimientos especiales de lesividad para este caso concreto que, siendo igualmente eficaces y obteniéndose el mismo resultado final, concedieran mayores garantías al administrado.