

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

FACULTAD DE DERECHO



GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS  
TRABAJO FIN DE GRADO

---

*EXPEDIENTE DE REGULACIÓN  
TEMPORAL DE EMPLEO EN TIEMPOS  
DE COVID-19*

---

Autora:  
María del Mar García Cuevas

MAYO 2021

---

Trabajo que para la obtención del Título de Grado,  
presenta Dña. María del Mar García Cuevas bajo la  
dirección de la Dra. Dña. Raquel Dominica Bonachera  
Villegas, profesora de Derecho Procesal *de la Universidad  
de Almería*

---

---

*Vº Bº. Directora*

---

## Resumen

Entendemos por Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, más conocido como ERTE, a aquellos procedimientos de suspensión o reducción de la jornada laboral de los contratos de trabajo, con carácter temporal. Estos procedimientos han cobrado suma relevancia debido a la crisis sanitaria en la que estamos inmersos, tras la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia del Covid-19.

Así pues, con este trabajo de Fin de Grado se pretende dar una visión global de la figura de los ERTES como medida rescatadora, que permite seguir manteniendo la economía y el empleo. Estudiaremos las distintas prórrogas que el Gobierno ha ido decretando. Y, analizaremos las posibles situaciones a las que deberán hacer frente los tribunales. En este sentido, pretendemos realizar un pequeño análisis jurisprudencial, para constatar la problemática que pueda surgir cuando las distintas normativas puedan ser interpretadas de infinitas formas.

**PALABRAS CLAVE:** ERTE, ETOP, fuerza mayor, Covid-19, procedimiento, impugnación, sentencia.

## Abstract

We understand Temporary Employment Regulation File, better known as ERTE, as a temporary suspension or reduction of working hours of workers' contracts. This procedure is of paramount relevance due to the health crisis in which we are immersed, following the declaration of a Covid-19 virus pandemic.

And so, on this end-of-degree work aims to give an overview of the figure of ERTES as a rescue measure to continue maintaining the economy and employment. We will consider the several extensions that the Government has been decreed. And we will look at the possible situations that the courts will have to face. In this sense, we intend to carry out a small jurisprudential analysis, to find the problems arising when the different regulations could be interpreted in infinite ways.

**KEY WORDS:** ERTE, ETOP, Force Majeure, Covid-19, process, contestation, judgment.

## INDICE

<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS</b> .....	<b>5</b>
<b>1. INTRODUCCION</b> .....	<b>6</b>
<b>2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: DIFERENCIA ENTRE ERE Y ERTE</b> .....	<b>8</b>
<b>3. EVOLUCION GENERAL DE LAS DISTINTAS REFORMAS LABORALES SOBRE LOS ERTES</b> .....	<b>10</b>
<b>4. EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO TEMPORAL RESPECTO AL COVID-19</b> .....	<b>15</b>
4.1 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL POR CAUSA MAYOR.....	15
4.2 OTROS TIPOS DE ERTES .....	20
4.2.1 <i>Requisitos para acogerse a un ERTE</i> .....	22
4.3 ERTES POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE LA PRODUCCIÓN ETOP.....	22
<b>5. PROCEDIMIENTO GENERAL DE LOS ERTES CON RESPECTO A LOS ERTES DE FUERZA MAYOR Y ERTES ETOP POR COVID-19</b> .....	<b>24</b>
<b>6. EL DERECHO DE ACCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR ERTES</b> .....	<b>27</b>
6.1. IMPUGNACIÓN DE LOS ERTES DERIVADOS DEL COVID-19 .....	29
6.2 TRAMITACIÓN PROCESAL DE ERTE POR ETOP .....	30
6.2.1 <i>Modalidad Procesal</i> .....	30
6.2.2 <i>Legitimación para promover procesos colectivos</i> .....	33
6.2.2.1 Legitimación activa .....	33
6.2.2.1.1 Efectos de la omisión de la comunicación a los sindicatos en el periodo de consultas .....	35
6.2.2.2 Legitimación pasiva.....	37
6.2.2.3 Procedimiento judicial .....	37
6.3 TRAMITACIÓN PROCESAL DE ERTE POR FUERZA MAYOR.....	38
6.3.1 <i>Modalidad Procesal</i> .....	38
6.3.2 <i>Tramitación de la suspensión temporal asociados a causa de Fuerza Mayor Covid-19</i> .....	38
6.3.2.1 Resolución administrativa expresa .....	39
6.3.2.2 Silencio Administrativo en los ERTES de Fuerza Mayor .....	40
6.4 INTENTO DE CONCILIACIÓN O DE MEDIACIÓN .....	42
6.5 EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN LOS ERTES COVID-19 .....	42
6.6 RECURSOS .....	43
<b>7. MEDIDAS IMPLEMENTADAS EN DEFENSA DEL EMPLEO EN EL ESTADO DE PANDEMIA</b> .....	<b>44</b>
7.1 SUSPENSIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES .....	44
7.2 CLÁUSULA DE SALVAGUARDA DEL EMPLEO.....	45
7.3 PROHIBICIÓN DE REALIZAR DESPIDOS POR CAUSA DEL COVID-19.....	45
<b>8. PRIORIDAD DE PERMANENCIA DE LOS REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES</b> .....	<b>49</b>
<b>9. ANALISIS ESTADÍSTICOS SOBRE LOS ERTES COVID-19</b> .....	<b>50</b>
<b>10. CONCLUSIONES</b> .....	<b>53</b>
<b>11. BIBLIOGRAFIA/WEBGRAFIA</b> .....	<b>57</b>
<b>12. JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>60</b>

## Abreviaturas y Siglas

ASDE .....	Acuerdo Social para la Defensa del Empleo
BOE .....	Boletín Oficial del Estado
CE .....	Constitución Española, de 27 diciembre 1978
CNAE .....	Clasificación Nacional de Actividades Económicas
EGSS.....	Entidad Gestora de la Seguridad Social
ERE.....	Expediente de Regulación de Empleo
ERTE.....	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
ERTES ETOP.....	Expediente de Regulación de Empleo Temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
ET.....	.Estatuto de los Trabajadores
LGSS.....	Ley General de la Seguridad Social
LPAC .....	Ley de Procedimiento Administrativo Común
LRJS.....	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
RD .....	Real Decreto
RDL.....	Real Decreto Ley
RDLeg.....	Real Decreto Legislativo
SAN .....	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPE .....	Servicio Público de Empleo Estatal
SJSO .....	Sentencia del Juzgado de lo Social
STS .....	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ .....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

## 1. INTRODUCCION

El presente trabajo trata de exponer y analizar los denominados ERTES, o expedientes de regularización temporal de empleo, esto es, los procedimientos para la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de la jornada laboral, de carácter temporal, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Expedientes estos que en los últimos tiempos han cobrado una fuerza capital, no en vano es una de las palabras más buscadas en tiempo de pandemia por los internautas, dando lugar a la necesidad de la inclusión de una nueva voz en el Diccionario de la RAE<sup>1</sup>.

Y es que, si algo caracteriza la crisis sanitaria en la que estamos inmersos, tras la declaración de pandemia por virus del Covid-19, es la crisis económica y social que la ha acompañado. Situación está que ha obligado, primero, al Estado; y, más tarde a las Comunidades Autónomas a tomar una serie de medidas, con el objetivo de evitar el colapso de nuestra sanidad pública. Medidas estas que han ido en crecimiento desde que el día 14 de marzo de 2020, se publicara el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma.

Partiendo de este Real Decreto se han ido estableciendo una variada normativa, no sólo a nivel estatal, sino también a nivel autonómico, que continuamente se está llevando a revisión, ampliando, aclarando y prorrogándose en base a las circunstancias y la evolución de la pandemia, siendo la prioridad combatir dicha enfermedad.

Pues bien, en atención a estas medidas, al Estado se le ha presentado un nuevo reto, el de reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables, compaginando con la protección de los ciudadanos frente al covid-19, ello le ha llevado a verse en la tesitura de apoyar la actividad productiva con mantenimiento del empleo, siendo en este punto donde centraremos nuestra atención, tanto en materia laboral como social. Para ello, vamos a proceder a estudiar los mecanismos que el Estado ha implementado para dicho mantenimiento del empleo, como es el Real Decreto Ley 8/2020<sup>2</sup>, que fue corregido por el RD-Ley 9/2020 de 27 de marzo, así como las posteriores prórrogas, como el RDL 18/2020, que estableció nuevos condicionantes, y una segunda prórroga con eficacia hasta el 30 de septiembre de 2020, que nuevamente se prórroga ya que la situación no va mejorando, hasta el

---

<sup>1</sup> Obsérvese que hasta mediados del año 2020, el Diccionario de la RAE no incluyó esta voz (Fuente: <https://www.rae.es/noticia/las-palabras-mas-buscadas-en-el-diccionario-durante-la-cuarentena>).

<sup>2</sup> RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18-03-2020).

31 de enero de 2021 en base al Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de Medidas Sociales en defensa del Empleo, y volviendo nuevamente a prorrogarse con eficacia hasta el 31 de mayo de 2021, donde se estableció la prórroga automática de los ERTES, en base al Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

En resumen, a lo largo del presente proyecto nos vamos a centrar en explicar la figura de los ERTES como medida rescatadora para seguir manteniendo la economía y el empleo.

La finalidad de los ERTES es evitar los despidos, como se puede interpretar en virtud de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de las distintas normas que se han ido aprobando, como por ejemplo, el RDL 9/2020<sup>3</sup>. Nuestro objetivo a lo largo de los distintos apartados de nuestro trabajo fin de grado, es profundizar en la figura de los ERTES a través de los cambios en nuestra legislación laboral, así como, analizar las consecuencias de la aplicación de estos expedientes, centrándonos en el impacto que estos tienen en las relaciones laborales en cuanto a su modificación coyuntural. Por otra parte, también analizaremos el control por parte del Juez de lo Social de estas medidas de regularización de empleo, sin olvidar que su implementación puede dar lugar a una regulación extraordinaria de la prestación de desempleo.

La figura de los ERTES pretende dotar a las empresas de herramientas de flexibilidad interna a través de reducciones de jornada o suspensiones de los contratos, medidas que permitan al empresario afrontar la disminución de la actividad de su empresa. Para ello, se le ha dado al empresario la opción de la utilización de estos mecanismos temporales, en lugar de los denominados ERES, pues a través de determinadas ventajas públicas, lo que se persigue es que los trabajadores puedan proseguir con su actividad laboral una vez esta crisis haya sido superada.

El problema surge cuando las distintas normativas pueden ser interpretadas de infinitas formas, debido a ello los tribunales se verán obligados a valorar caso por caso, si se cumplen los requisitos para este tipo de expedientes. En este sentido, pretendemos realizar un análisis jurisprudencial, de la denominada jurisprudencia menor, no en vano hemos de decir que no

---

<sup>3</sup> Se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el RDL 8/2020, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstos en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que refieren los artículos 22 y 23 del RDL 8/20, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actuales.

existe jurisprudencia reiterada y consolidada sobre esta materia por parte de nuestro Tribunal Supremo.

Debido al constante cambio de la normativa durante la realización de este proyecto, analizaremos las distintas prórrogas que el Gobierno ha ido decretando. Y, estudiaremos las posibles situaciones a las que deberán hacer frente los tribunales (colapso en los juzgados), tal como ocurrió con la reforma laboral por el RDL 3/2012, donde la legislación Española promovió la flexibilización y liberación de los despidos colectivos sobre todo en la supresión de la autorización administrativa en los Expedientes de Regulación de Empleo. Y, analizaremos las posibles soluciones a tales situaciones, como es la posibilidad de acumular autos o procesos, o la posibilidad de extender la eficacia de la cosa juzgada.

En esta coyuntura que nos encontramos, lo que se pretende es una agilización de los trámites, con reducción de los plazos, que se consigue gracias al carácter potestativo de los informes de la Seguridad Social, exoneración de cuotas a la seguridad social en los supuestos de los ERTES por fuerza mayor, y con una modificación de las causas por las que se puede plantear un ERTE, como es el caso de **fuerza mayor**, ocasionados por recientes cierres empresariales de distintos sectores económicos derivados del COVID-19 (Art. 22.1).

## **2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: DIFERENCIA ENTRE ERE Y ERTE**

En la actual crisis sanitaria que estamos viviendo, está apareciendo con mayor transcendencia la figura de los Expedientes de Regulación de Empleo Temporal, en adelante, ERTES, siéndonos familiares estas siglas en los medios de comunicación, en las conversaciones cotidianas con nuestros vecinos, amigos, etc...

Este instrumento se ha utilizado desde el minuto cero por el Gobierno tras decretar el estado de alarma mediante el RD 463/2020 de 14 de Marzo. Si bien, su pormenorización se encuentra en el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medias urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En concreto en su capítulo II, artículos 22 y 23, relativos a las medidas extraordinarias de flexibilización de los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornadas. Estas medidas se consideran imprescindibles para hacer frente a la crisis sanitaria, y cuyo objeto principal, es frenar la profunda crisis económica y social. Así pues, se configuran jurídicamente como una medida estrella, que permitirá dar un respiro a trabajadores y empresas, y que posibilitará la menor pérdida de puestos de trabajo por el cierre o la reducción de la actividad productiva o empresarial.



Por ello, entendemos que es fundamental definir o conceptualizar los términos ERE y ERTE, que aunque puedan parecer instrumentos semejantes o parecidos, se plantean en escenarios muy distintos.

Bajo las siglas ERE, se aglutina los expedientes de regularización de empleo, expedientes estos que según el Ministerio de trabajo son “*los procedimientos administrativo-laboral de carácter especial dirigido a obtener de la Autoridad Competente autorización para suspender o extinguir las relaciones laborales cuando concurren determinadas causas y garantizando los derechos de los trabajadores*”.

Si observamos, para la siglas ERTE ofrece otra definición distinta, pues por tal entiende “*el procedimiento que han de realizar las empresas cuando, como consecuencia de causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor, tengan que suspender temporalmente la totalidad o parte de su actividad, con la consiguiente suspensión de los contratos de trabajo o la reducción temporal de la jornada de trabajo de las personas trabajadoras en dicha empresa*”<sup>4</sup>.

Analizando las dos definiciones, encontramos que la principal diferencia entre ambas figuras es la temporalidad.

Donde el ERE es un despido colectivo, que conlleva la extinción del contrato del trabajador, es decir, DESPIDOS MASIVOS, generando una indemnización, una prestación por desempleo o subsidio, por lo tanto, implicando destrucción de empleo. El ERTE, en cambio, como su nombre indica **es temporal**. Por lo tanto, ello supone que no quedando roto el vínculo contractual que mantiene la empresa con el trabajador. Así pues, la finalidad de optar por un ERTE en lugar de un ERE, es posibilitar el derecho al reingreso y a la reserva del puesto de trabajo, para el momento en que desaparezcan las causas que motivaron la suspensión, ello implica que no genere indemnización a cargo del empresario y que se puede compaginar con la prestación por desempleo.

El propósito de un ERTE es proteger al trabajador, por la suspensión temporal de la actividad o bien de una reducción de la jornada con reducción del salario mientras concurren determinadas causas, con la finalidad, como venimos reiterando, de intentar reflotar la actividad económica de las empresas, para no ser un drama el que se queden en la calle miles y miles de

---

<sup>4</sup> Ministerio de Trabajo y Economía Social Español E.T.D.M.Y .2020. (Fuente: [https://www...mites.gob.es/ficheros/ministerio/contacto\\_ministerio/FAQ\\_ERTES\\_derivados\\_coronavirus.pdf](https://www...mites.gob.es/ficheros/ministerio/contacto_ministerio/FAQ_ERTES_derivados_coronavirus.pdf)).

trabajadores, que en la coyuntura que nos encontramos, sería catastrófico tanto socialmente como económicamente.

Ambas figuras, se encuentran reguladas en los artículos 45, 47, 49 y 51 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, donde establece que la suspensión del contrato de trabajo puede acogerse a dicha figura, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y de fuerza mayor.

### **3. EVOLUCION GENERAL DE LAS DISTINTAS REFORMAS LABORALES SOBRE LOS ERTES**

En esta apartado, a modo de introducción, vamos a observar las últimas reformas que han tenido más transcendencia sobre los expedientes de regulación de empleo entre las distintas partes implicadas, centrándonos sobre todo en aquellos aspectos que inciden en la eterna lucha de los trabajadores y sus representantes, con el fin de mantener el empleo, y las reivindicaciones de la empresa; y, todo ello, sin dejar de lado la función encomendada a los poderes públicos, que deben controlar el proceso de regulación de empleo y asumir el coste económico de las distintas medidas que se adopten para superar la distintas crisis que hemos vivido y estamos viviendo, tanto social como económicamente.

Hasta la reforma del año 2012, las distintas reformas que se adoptaron partieron de una perspectiva social, especialmente de seguridad social, utilizando las reducciones de jornada laboral por la suspensión de la actividad económica.

Así, por ejemplo, podemos citar la reforma producida por el RD-Ley 10/2010<sup>5</sup>, posteriormente convalidado por la Ley 35/2010. En esta reforma se modificaron algunos conceptos, así por ejemplo, se modificó el concepto de “causa económica” como *lex motiv* del expediente de regularización de empleo. Así mismo, se modifica algún aspecto del procedimiento, abordándose también el concepto de “*flexibilidad interna*”<sup>6</sup>, todo ello, para ofrecer a la empresa herramientas ante situaciones de crisis coyuntural, que permitiera mantener el empleo.

En términos generales, esta reforma podemos decir, que se caracteriza por el mantenimiento de la regulación básica de la regulación anterior, con la intervención administrativa, que

---

<sup>5</sup> RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 35/2010 de 17 de septiembre, publicado en el BOE 18 de septiembre de 2010, vino a sustituir el anterior RD.

<sup>6</sup> CRUZ VILLALÓN, J, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*”, Relaciones Laborales, nº 21, 2010, pág.1 y ss.

creemos que es un seguro muy importante para los trabajadores. No obstante, se da una nueva redacción al art. 51.1 del ET, para modificar las causas que justifican la medida.

Por otra parte, se da una mayor precisión al artículo 47 del ET, en cuanto a las suspensiones temporales y a las reducciones de jornada, que antes estaban previstas en la legislación de seguridad social, pero no en el Estatuto de los Trabajadores.

Y es que, se establecía la protección social de los trabajadores, mediante las prestaciones por desempleo en base a la modificación de los artículos 203 y 208 de la LGSS (Ley General de la Seguridad Social), al regular las bonificaciones empresariales. El propio legislador justifica en el preámbulo de dicha Ley esta medida señalando que “(...) *la crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad económica y social de este modelo, que ha generado la rápida destrucción de cientos de miles de puestos de trabajo. A su corrección se dirigen esencialmente las medidas contenidas en esta Ley, que suponen una continuación coherente de las actuaciones que el Gobierno ha puesto en práctica en materia laboral desde el inicio de la crisis financiera (...)*”.

Hemos de decir, que las medidas establecidas en el año 2010 fueron coyunturales, pues obedecieron a la crisis financiera que atravesó nuestro país ese año. En este aspecto, queremos resaltar que las medidas adoptadas para superar aquella crisis, se asemejan en varios aspectos a las adoptadas a consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En este aspecto, se pronuncia la Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona, Carolina Gala Durán, al realizar varias reflexiones sobre la normativa adoptada en tiempo de pandemia, considerando que las medidas laborales adoptadas se deben a una voluntad por parte de los poderes públicos de mantener el empleo, mediante la opción de las alternativas de la suspensión temporal del contrato de trabajo o de la reducción de la jornada laboral, opción preferible a la de la extinción definitiva de la relación laboral. Medidas estas que van acompañadas de otras herramientas que permita a las empresas hacer frente a una situación temporal de crisis, compaginándolas con el mantenimiento del empleo de los trabajadores, que seguirán percibiendo unos ingresos. Sea el salario por la jornada de trabajo realizada (en el caso de la reducción de la jornada) y/o la vía prestación por desempleo (si es una suspensión temporal del contrato), sin verse perjudicado el mantenimiento de su derecho futuro a la prestación por desempleo (a través del derecho de reposición)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Vid. GALA DURÁN, C. “La suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada como estrategias empresariales frente a la crisis”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, N° 53, 2011, págs. 25-56.

Como contraprestación a la adopción de estas medidas por parte del empresario, la Administración Pública se compromete a una bonificación parcial (de entre 50% y 80%) de sus cuotas empresariales a la Seguridad Social. Podemos decir, sin riesgo a equivocarnos que estas medidas son coyunturales, pues al igual que las medidas adoptadas en el año 2010, no pretenden la incorporación de reformas estructurales en materia laboral, sino que constituyen “remedios de tipo puntual y urgente”, basados en la convicción de que el verdadero problema no se encuentra en el mercado de trabajo, sino en los turbulentos escenarios financieros, en el caso de la crisis financiera de 2010, así como en un anquilosado e ineficiente sistema productivo, siendo necesario el eterno debate del cambio de modelo productivo en nuestro país.

Superada la crisis del 2010, tras muchas reivindicaciones empresariales, que consideraban a los expedientes de regulación de empleo unos trámites demasiado formalistas por el alto grado de intervención de la Autoridad Laboral, dado que esta debía dictar resolución previa autorizando el ERE o el ERTE. Se volvió a modificar los expedientes de regularización de empleo, a través del RD 801/2011, por el que se aprobó el Reglamento sobre Procedimientos de Regulación de Empleo, que a su vez derogó el Real Decreto 43/1996, que regulaba el Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de traslados colectivos.

A partir de ese momento, toda la normativa relativa a los procedimientos de regulación de empleo quedaba reducida a lo previsto en los artículos 47 y 51 del ET. Tras la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado laboral, y su convalidación posterior por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado laboral, desarrollada por el Real Decreto 1483/1012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, se vuelve a modificar los expedientes de regularización de empleo.

En este punto, queremos avanzar que las novedades que se introducen, tienen como premisa general dotar a los expedientes de una mayor celeridad, así como la de redefinir las causas motivadoras de los expedientes de regularización de empleo.

Celeridad que se consigue, con la eliminación de la autorización administrativa previa a la regularización del empleo, potenciándose el control judicial a *posteriori* de la regularización,

siendo este el tema muy debatido y discutido de la reforma laboral del 2012, por mermar las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Finalmente, otro de los aspectos más controvertidos de la reforma de 2012, se refiere al contenido del período de consultas, es preciso resaltar que tiene la naturaleza de “*mínimo de derecho necesario*”, esto es, se señala que no es necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores y la empresa, ello posibilita incluso la reiterada negativa de la empresa a negociar sobre todo o parte de ese contenido mínimo del periodo de consultas. Así, podríamos convenir, que la reforma del 2012, configura este periodo de consultas como un mero formalismo, incompatible con la finalidad que le atribuye el propio Estatuto de los Trabajadores, téngase en cuenta que su inexistencia a los efectos previstos en el art. 124.11 LRJS, supondría la nulidad del despido que se hubiera acordado<sup>8</sup>.

Planteada así los expedientes de regularización de empleo, llegando a la actualidad, aparece un nuevo escenario, que arranca el día 14 de marzo de 2020, cuando el Gobierno decreta el Estado de Alarma para intentar frenar la pandemia del COVID-19. Como consecuencia de la restricción de los derechos, aprobada por el Real Decreto 463/2020, se produce una paralización casi total de la economía. Ello ha traído consigo, la necesidad de legislar a marchas forzadas, para establecer medidas extraordinarias que permitan paliar los efectos perjudiciales de la declaración del estado de alarma, medidas tendentes a hacer frente al impacto social y económico, derivado de la pandemia.

En cuanto a lo que a nosotros nos interesa, los ERTES se regulan en el Real Decreto-Ley 8/2020<sup>9</sup>, que establece una serie de medidas urgentes y extraordinarias, con la finalidad, como hemos dicho de reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo, así como reforzar la lucha contra la enfermedad (v.gr. Exposición de Motivos del RDL).

Lo más destacable en relación con el tema que nos ocupa, se encuadra en el Capítulo segundo, en donde se establece la flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de la jornada laboral y el contrato de trabajo, con la finalidad de mantener el empleo y la actividad empresarial.

---

<sup>8</sup> En este aspecto, vid. PRECIADO DOMÉNECH, C. H., y PURCALLA BONILLA, M. A.: “Comentarios de urgencia al RD 1483/2012, de 29 de octubre, regulador de los procedimientos de despido colectivo, suspensión contractual y reducción de jornada”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, núm. 33, pág.154. .

<sup>9</sup> RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-03-2020).

Las novedades que introduce esta Ley en materia de ERTES, inciden en los siguientes aspectos:

- En la calificación de los supuestos de fuerza mayor, a efectos de la suspensión de contrato de trabajo y/o la reducción de la jornada laboral de aquellas situaciones de pérdidas de actividad empresarial consecuencia del COVID-19 (art. 22.1).
- En la tramitación procedimental, se recogen especialidades en la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, tanto por fuerza mayor (art. 22.2), como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En concreto, las previstas en el art. 23.
- En aspectos de Seguridad Social, y es que se exonera o reduce la cotización empresarial a la Seguridad Social en casos de ERES por fuerza mayor. (art. 24).
- En materia de prestaciones de la Seguridad Social, y es que se establece especialidades en materia de protección por desempleo de los trabajadores afectados por un ERTE (art. 25), entre estas especialidades se permite:
  - De un lado, el acceso por parte de los trabajadores afectados por un ERTE, a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario para tener acceso a ella [art. 25.1.a)]; y,
  - De otro lado, se sanciona que no computa el periodo de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada, a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos (art. 25.1.b).
- También se establecen reglas específicas en materia de base reguladora y duración de la prestación (art. 25.3).
- Se prevé la extensión de todas estas medidas a los trabajadores de sociedades laborales (art.25.2) y cooperativas de trabajo asociado (art. 25.2 y 5), y a los trabajadores fijos-discontinuos, en lo que afecta a las prestaciones por desempleo. (Art. 25.6).

Finalmente, se señala que las exenciones y bonificaciones de la Seguridad Social, estarán supeditadas a la salvaguarda del empleo durante seis meses (Disp. Adicional Sexta).

## **4. EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO TEMPORAL RESPECTO AL COVID-19**

Haciendo eco de lo expuesto, el RDL 8/2020, establece en el capítulo II, en sus artículos 22 y 23, medidas extraordinarias de flexibilización de los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornadas, diferenciando dos supuestos, como ocurre en la regulación ordinaria, siendo estos:

### **4.1 Suspensión del contrato y reducción de la jornada laboral por causa mayor**

Hasta el RDL 8/2020, las causas de fuerza mayor en que la empresa podía fundar la solicitud de extinción, suspensión del contrato y reducción de la jornada, se entendería como aquellas circunstancias que afectasen al normal desarrollo de la empresa. (Art. 22).

Ello significa, que el término fuerza mayor puede ser categorizado como un concepto jurídico indeterminado, debiendo examinar lo que nuestro ordenamiento jurídico entiende por causa mayor. En este aspecto, debemos remitirnos a lo señalado por el art. 1105 del Código Civil, que por ley establece que “*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”, donde la causa de incumplimiento de las obligaciones debido a acontecimientos imprevisibles e irresistibles que impiden al deudor llevar a cabo la prestación debida<sup>10</sup>.

En base a la doctrina jurisprudencial, y en concreto a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y a su Sentencia de 23 de junio de 2003<sup>11</sup> se entiende por fuerza mayor, a:

*“Un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible”.*

En cambio en esta situación que nos encontramos de pandemia, el concepto de fuerza mayor ha sido un tema de controversia, tanto es así que uno de los pronunciamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Salamanca de 25 de mayo 2020 (REC. 252/2020), llega a afirma

---

<sup>10</sup> Esta sentencia exonera de la responsabilidad por daños y perjuicio, STS 31-05-1999 (Fuente: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/fuerza-mayor/fuerza-mayor.htm>). En igual sentido, vid. la STS (sala 3ª) de 31 de mayo de 1999, (REC.2132/1995), que al interpretar este concepto exonera a la administración pública de la responsabilidad patrimonial, siendo reproducida esta interpretación entre otras en la STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 2000, (REC. 424/1999); y, en la STSJ del País Vasco (Sala de lo Cont-Adm) de 28 de marzo de 2003, (Resolución: 310/2003) y en la STSJ de Andalucía (sala de lo Cont-Adm. de Granada) de 18 de junio de 2001, (Resolución: 431/2001). En concreto esta última distingue entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

<sup>11</sup> STS Andalucía (Sala de lo Cont-Adm. de Granada) de 18 de junio de 2001, (Resolución: 431/2001). En concreto esta última distingue entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

que: “el artículo 22 RD-Ley 8/2020, identifica por tanto la fuerza mayor con la pérdida de actividad por causa directa por el Covid-19. Existiendo por tanto, una relación directa entre la pérdida de actividad y el Covid-19, aunque no con la declaración del estado de alarma, de donde cabe deducir que, los supuestos de fuerza mayor son más amplios que los supuestos de pérdida de actividad por la declaración del estado de alarma (...)

*En definitiva, la reforma operada por el RD Ley 15/2020 en el RD Ley 8/2020, dejando claro que el concepto de fuerza mayor se configura como vinculado de forma directa e irremediable a la situación de crisis sanitaria, pudiendo ser parcial y afectar a parte de la plantilla o de la actividad, cuando se trata de empresas cuya actividad se considera esencial, o en las que no se ha impuesto en cierre como medida de contención”<sup>12</sup>.*

Del mismo modo, la Dirección General de Trabajo<sup>13</sup>, ha entendido que el concepto de la fuerza mayor temporal se caracteriza por la imposibilidad de que pueda prestarse el contenido del contrato de trabajo, ya sea de manera directa o bien de manera indirecta al afectar el suceso catastrófico, extraordinario o imprevisible de tal manera a la actividad empresarial, impidiendo mantener las prestaciones básicas que constituyen su objeto.

La nueva normativa anticovid, precisa el concepto de fuerza mayor, ante esta situación de alerta, siendo el propio RDL 8/2020 el que lo delimita al establecer los fundamentos para apreciar la causa, y así como el papel de la autoridad laboral en la comprobación de su concurrencia.

Tratándose de un concepto de creación legal y concreción administrativa, por lo que se consideran provenientes de fuerza mayor temporal con los efectos previstos en el artículo 47.3<sup>14</sup> que remite al artículo 51.7<sup>15</sup>, ambos del Estatuto de los Trabajadores, las suspensiones y

---

<sup>12</sup> Véase ERTE Suspensivo y de Reducción de Jornada, Una Mirada Crítica a las relaciones laborales por BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I, Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social. <https://ignasibeltran.com/modificacion-sustancial-de-las-condiciones-de-trabajo-y-reduccion-de-jornada>.

<sup>13</sup> En este aspecto el Oficio del Ministerio de Trabajo y Economía Social, estable el criterio sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por covi-19, destinado a las autoridades laborales de las comunidades autónomas, nº/ref.: DGE-SGON-811bis CRA de fecha 19.03.2020.

<sup>14</sup> Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo. [BOE núm. 76, 29-3-1995, p. 44].

<sup>15</sup> La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento. La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa,



reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el Covid-19, y de manera concreta las debidas a las siguientes situaciones:

- Declaración del Estado de Alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
- Decisiones vinculadas en el Covid-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas.
- Las debidas a situaciones urgentes y extraordinarias provocadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo que queden debidamente acreditadas.
- 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 mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del Covid-19.

Todo ello nos indica que las empresas se pueden acoger a un ERTE por fuerza mayor, tanto si su actividad ha sido suspendida por el Gobierno como una medida sanitaria, como cuando su actividad no haya sido suspendida o cancelada pero que se ven afectadas por las limitaciones de movilidad, restricciones en el transporte, falta de suministros, etc. Situaciones todas ellas, derivadas de la declaración del estado de alarma, o de las medidas de protección adoptadas frente al Covid-19<sup>16</sup>.

No debemos olvidarnos de que el concepto de fuerza mayor debe ser constatado por la Autoridad Laboral competente, (Dirección Generales de Trabajo de las Comunidades Autónomas), que son las que tienen que autorizar los ERTES.

Es preciso advertir que los ERTES de fuerza mayor, a lo largo de la pandemia, ha tenido varias regulaciones que han delimitado con sólidas diferencias el concepto, empezando por el RDL 8/2020, posteriormente modificado por el RDL 9/2020, que añadió a las anteriores

---

correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario. [BOE núm. 76, 29-3-1995, pág. 51].

<sup>16</sup> Como por ejemplo, vid. la Sentencia del Juzgado de lo Social, Núm. Uno, de Murcia, de 1 de junio de 2020. (Resolución: 72/2020), que considera que la actividad de asistencia de vehículos en carretera, debido a la baja movilidad registrada durante el estado de alarma, puede dar lugar a una suspensión por este motivo. O la Sentencia del Juzgado de lo Social, Núm. Uno, de León, de 3 julio 2020, (REC. 249/2020), que aprecia la fuerza mayor respecto de una empresa concesionaria de transporte público, por la reducción significativa del servicios de transporte urbano.

medidas nuevas previsiones, entre otras, las que señalaron que las causas de los arts. 22 y 23 de RD Ley 8/2020 no pueden entenderse como justificativas de la extinción de los contratos de trabajo.

Se decretó una **primera prórroga** hasta el 30 de junio tras el RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. En esta prórroga se introdujeron novedades destacables, señalamos las siguientes:

- *“Continuarán en situación de fuerza mayor, aquellas empresas y entidades que contaran con un expediente de regulación temporal de empleo basado en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y estuvieran afectadas por las causas referidas en dicho precepto que impidan el reinicio de su actividad.*
- *“Se encontrarán en situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19, aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo autorizado en base al artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad”<sup>17</sup>.*

Debemos tener en cuenta la importancia que está teniendo en esta crisis sanitaria el dialogo social, a la hora de llevar a cabo todas estas medidas, se comprende que el 26 de junio de 2020, se firmará un nuevo acuerdo entre los agentes sociales y el Gobierno, el *II Acuerdo Social para la Defensa del Empleo (ASDEII)*<sup>18</sup>.

En esta nueva fase se crea la Comisión de seguimiento tripartita laboral<sup>19</sup>, regulada por la Disposición adicional segunda del RDL 18/2020, esta comisión se encargaría de controlar la gestión del proceso, ampliándose posteriormente sus competencias en virtud de lo expuesto en el RDL 24/2020.

Por otro lado, se aprueba una **segunda prórroga** de los ERTES, con vigor hasta el 30 de septiembre. Así pues, según lo prescrito por el art. 1 del Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de

---

<sup>17</sup> RD-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. (Fuente: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4959](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4959))

<sup>18</sup> Un estudio completo y una interesante valoración en BAYLOS GRAU, A. “*El necesario cambio en la regulación de las relaciones laborales en España*”, en *Revista Temas para el Debate. El Trabajo en Tiempos de Pandemia*. Núm. 312, 2020, págs. 25-27.

<sup>19</sup> Integrada por representantes de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de las organizaciones de empresarios CEOE y CEPYME y de los sindicatos UGT y CCOO, que tendrán como función principal el seguimiento de las medidas que, en el ámbito laboral, se están adoptando, con intercambio de los datos e información, como propuestas y debate de aquellas medidas que se propongan por cualquier de las organizaciones que la integran.

junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, se prorrogarían los ERTES por fuerza mayor que hubieran sido solicitados antes del 27 de junio, hasta el 30 de septiembre, pudiéndose reincorporar a trabajadores a su puesto de trabajo, según las necesidades para poder desarrollar la actividad de la empresa, primando la reducción de jornada sobre otro tipo de medidas. Con ello, se pretendía lograr que el mayor número de trabajadores trabajase, es decir, siendo preferente que la incorporación de varios trabajadores a media jornada, que un solo trabajador a jornada completa.

Llegados a este punto, del RDL 24/2020, se deduce el mantenimiento de los ERTES por fuerza mayor parcial como medida preferente, al igual que ocurrió con el RDL 18/2020, la reincorporación parcial de la plantilla es “la medida necesaria para el desarrollo de su actividad”. Por otra parte, este RDL también sanciona la obligación empresarial de comunicar a la autoridad laboral, en el plazo de quince días, la renuncia total del ERTE, así como la comunicación al SEPE de las variaciones ocasionadas por el reingreso de los trabajadores.

También introduce como novedad, la posibilidad de tramitar un ERTE ETOP mientras se encuentre en vigor uno por fuerza mayor (art. 2.2.).

Por lo que se refiere al régimen de exoneración de cotizaciones, se determina en función del tipo de ERTE del que se trate. En el siguiente gráfico se incluye un resumen de las condiciones de los ERTES aplicables hasta el próximo 30 de septiembre.



Figura 1: Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones<sup>20</sup>.

En cuanto a la posibilidad de realizar horas extras, el RDL 24/2020 impide tal posibilidad, así como la posibilidad de realizar externalizaciones de la actividad tanto directa como indirecta, y contratar nuevo personal mientras duren los ERTES. Todo ello, con la finalidad de evitar fraudes, abusos, y de incentivar la vuelta al trabajo de las personas que se encuentran en dichos expedientes de regulación temporal de empleo.

Por lo que se refiere a la posibilidad de realizar un nuevo ERTE por fuerza mayor en caso de rebrote, la Disposición adicional 1ª, párrafo 2º, establece *“Las empresas y entidades que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo, podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados, de los porcentajes de exención previstos a continuación, previa autorización de un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor en base a lo previsto en el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores”*<sup>21</sup>. Las exoneraciones específicas de cuotas a la Seguridad Social alcanzarán el 80%, y el 60% en el caso de cierre de centro de trabajo, estando derogada dicha posibilidad por el posterior RDL 30/2020.

#### 4.2 Otros tipos de ERTES

Conforme ha avanzado el tiempo se ha firmado un tercer Acuerdo Social en Defensa del Empleo, debido a que la situación de la pandemia no da respiro, y se está alargando más de lo esperado en el tiempo, siendo necesarios mantener las medidas para seguir intentando evitar la destrucción de empleo y garantizar la viabilidad futura de las empresas. Acuerdo que ha dado lugar a una **tercera prórroga** de los ERTES, prolongándose hasta el 31 de enero de 2021, mediante el artículo 1 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre de medidas sociales en defensa del empleo, prorrogándose automáticamente los ERTES acordados *“en base al artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020”*.

---

<sup>20</sup> Gráfico resumen de las nuevas condiciones de los ERTE aplicables hasta el próximo 30 de septiembre. ( Fuente: <https://revista.seg-social.es/2020/06/26/el-gobierno-prorroga-las-ayudas-a-empresas-y-autonomos-hasta-el-30-de-septiembre-con-nuevas-exoneraciones-en-las-cotizaciones-sociales/>

<sup>21</sup> RD-Ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo en protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. (BOE 27-06-2020).

Como novedades más destacadas del RDL 30/2020 está la creación de los denominados ERTE por impedimento y los ERTE por limitaciones de actividad, que se rigen por lo establecido en el art. 47.3 ET (art.2 RDL)<sup>22</sup>

Se entiende **ERTE por impedimento**, aquellos expedientes que dirigen a empresas que no puedan desarrollar su actividad, como consecuencia de las nuevas restricciones o medidas adoptadas, tanto por autoridades nacionales como extranjeras a partir del 1 de octubre de 2020.

Para estos ERTES, se prevé que las empresas tendrán exoneraciones en sus cotizaciones a la Seguridad Social durante el periodo de cierre y hasta el 31 de enero de 2021 del 100% de la aportación empresarial si tienen menos de 50 trabajadores y el 90% si tienen 50 trabajadores o más.

Se entiende **ERTE por limitaciones**, aquellos ERTES que se dirigen a empresas que vean limitado el desarrollo de su actividad en algunos de sus centros de trabajo como consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por autoridades españolas.

En este caso las exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social para los trabajadores suspendidos serán decrecientes entre los meses de octubre de 2020 y enero de 2021.

En ambos supuestos se requiere la autorización de la autoridad laboral conforme al art. 47.3 ET.

Llegados a este punto, y estando vigentes aún medidas estatales y autonómicas de regulación del Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de Enero, de medidas sociales en defensa del empleo, que aprueba hasta el momento la última prórroga de los ERTES de fuerza mayor, y que tendrán vigencia hasta el 31 de mayo de 2021.

Lo más destacable de esta última norma es:

- La prórroga automática de los ERTES de fuerza mayor, no siendo necesario solicitar un nuevo ERTE a la autoridad laboral, en base al artículo 22 del RDL 8/2020.
- También se prorrogan automáticamente, hasta el 31 de mayo de 2021, los ERTES por impedimentos o limitaciones de la actividad, vigentes a partir del 1 de octubre de 2020.
- Y deja abierta la puerta a la posibilidad de solicitar nuevos ERTES por impedimentos y limitaciones de actividad, entre el 1 de febrero y el 31 de mayo de 2021.

---

<sup>22</sup> Art. 47.3 ET, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 y normas reglamentarias de desarrollo.

En cuanto a las exoneraciones de cuotas a la seguridad social, las empresas seguirán con las mismas que para las anteriores prórrogas, así como la prórroga de la cláusula de mantenimiento de empleo, no pudiéndose realizar horas extraordinarias, ni realizarle el reparto de dividendos de la empresa.

En el caso de los trabajadores afectados por un ERTE, se sigue manteniendo la protección de desempleo, pudiendo acceder a la prestación sin periodo de carencia, no computándose el periodo consumido hasta enero de 2022 y la prestación equivaldrá al 70% de la base reguladora.

#### 4.2.1 Requisitos para acogerse a un ERTE

Pueden acogerse a un ERTE las personas incluidas a todos los efectos en el Régimen General de la Seguridad Social, como requisito se establece que el inicio de la relación laboral hubiera sido anterior a la fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020.

En este apartado, hemos de concluir que va a afectar a muchos trabajadores por cuenta ajena, porque según los datos facilitados por Europa Press *“los últimos datos de la Seguridad Social, a cierre de diciembre estaban en ERTE más de 755.610 trabajadores, aunque en el pico alto de la pandemia los trabajadores protegidos llegaron a ser más de 3,4 millones a fecha 19-1-21”*<sup>23</sup>.

#### 4.3 ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción ETOP

Lo que diferencia un ERTE ETOP, de los ERTES vistos en los apartados anteriores, son las supuestas o causas motivadoras de este tipo de expedientes, que en concreto son:

- **Razones económicas:** Cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, como puede ser, la existencia de pérdidas actuales o previstas, o disminución de ingresos ordinarios o ventas.
- **Razones técnicas:** Cuando se produzcan cambios en los medios o instrumentos de producción.

---

<sup>23</sup> Esta noticia puede consultarse en el siguiente enlace. (Fuente:<https://elderecho.com/ceoe-da-el-visto-bueno-a-la-prorroga-de-los-erte-hasta-mayo-y-facilita-un-nuevo-acuerdo-social>).

- **Razones organizativas:** Cuando se produzcan cambios, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; o,
- **Razones productivas:** Cuando se produzcan cambios, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado<sup>24</sup>.

Con estos ERTES, se trata de establecer la mejor medida para que la empresa pueda subsistir, reduciéndose la jornada de trabajo entre un 10% y un 70% de la jornada laboral computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

Por lo que afecta específicamente a los ERTES ETOP relacionados con la pandemia, la singularidad es que las anteriores razones para acordar el ERTE tienen que encontrar su causalidad última en las medidas acordadas frente al COVID-19. Pues estas han provocado una escasez o falta de aprovisionamiento de elementos o recursos necesarios para poder desarrollar la actividad, o también descenso de la demanda: imposibilidad de prestar servicios. En cualquier caso, la carga de la prueba sobre la situación motivada del ERTE que atraviesa la empresa corresponde a la propia empresa, exigiendo en este tipo de ERTES el periodo de consulta con los trabajadores y sus representantes.

Al igual que lo acaecido en los anteriores ERTES, los ERTES ETOP derivados de la pandemia, se han ido prorrogando en los distintos Reales Decretos Leyes, permitiéndose la aplicación de las especialidades previstas en el artículo 23 del RD-L 8/2020, en cuando a la simplificación de los plazos para la constitución de la Comisión Negociadora y en el período de consultas.

El Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, prorrogó los ERTES hasta el 30 de junio y la novación de ERTES FM en ERTES ETOP, así como la Disposición final 2ª del RDL 18/2020, ha modificado la disposición final tercera del RDL 9/2020, de 27 de marzo, al establecer:

- La prohibición de despidos y extinciones por la fuerza mayor y las causas ETOP. Y,

---

<sup>24</sup> BLASCO PELLICER, Á. et al. *Esquemas ERES y ERTES [Recurso electrónico] : despidos colectivos y suspensiones de contratos* / Ángel Blasco Pellicer, Magistrado Tribunal Supremo, Sala IV. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Mercedes López Balaguer, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia, Francisco Ramos Moragues, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

- La suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 RDL 8/2020, esto es el ETOP supondría interrupción del cómputo del periodo duración, de este tipo de contratos.

Se vuelven a establecer otras prórrogas con la aplicación del artículo 23 del RDL 8/2020, como se indica en el RDL 24/2020, siendo la fecha límite para acogerse a las medidas flexibilizadas hasta el 30 de septiembre, con la novedad del beneficio de exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, en este caso, si existen nuevas restricciones o medidas de contención donde las empresas no puedan desarrollar su actividad, podrán acudir a la vía del artículo 47.3 ET, mencionándose en la disposición Adicional 1ª de dicho RDL.

Debido a la persistencia de los efectos negativos sobre las empresas y el empleo de la situación de emergencia sanitaria causada por la Covid-19, se vuelven a establecer otras prórrogas, con el mantenimiento de las medidas excepcionales previstas en los art. 22 y 23 del RDL 8/2020, prorrogándose tanto las medidas en materia de protección de desempleo, no pudiéndose realizar reparto de beneficios y la exigencia de transparencia fiscal, dictándose para ello el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, siendo fecha límite para acogerse a las medidas flexibilizadas hasta el 31 de enero de 2021, *“con la única especialidad de la prórroga de los expedientes que finalicen a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, y añade la posibilidad de prorrogar estos expedientes siempre que exista acuerdo para ello en el periodo de consultas, en base al art. 3 del RDL 30/2020”*<sup>25</sup>.

Llegados a este punto, debemos indicar que la última prórroga de los ERTES, se extiende hasta el 31 de mayo de 2021, en virtud del Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, respecto a esta última prórroga podemos destacar que la normativa se centra en la simplificación de la gestión, no siendo necesario presentar nuevamente la solicitud colectiva de acceso a la prestación por desempleo, y por otra parte, amplía las actividades (CNAE) que pueden acogerse al ERTE por sectores.

## **5. PROCEDIMIENTO GENERAL DE LOS ERTES CON RESPECTO A LOS ERTES DE FUERZA MAYOR Y ERTES ETOP POR COVID-19**

Como ya hemos dicho, el Estado español a través de los ERTES intenta que no se produzcan despidos masivos, agilizando la regulación de los ERTES y simplificando los expedientes de regulación temporales de empleo por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas,

---

<sup>25</sup> Ref. BOE-A-2020-11416



organizativas y productivas, al tiempo que prevé determinadas ventajas fiscales para las empresas sujetas a dichas medidas a cambio de la obligación de mantenimiento del empleo una vez superada la crisis, así como, una regulación extraordinaria de la prestación por desempleo.

En virtud lo dispuesto en el art. 47 del E.T aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en relación con el RDL 8/2020, se establecen dos modalidades de regulación temporal de empleo, en función de la causa que motiva la suspensión del contratos o la reducción de la jornada laboral.

- De un lado, el procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor, a la consecuencia directa de las pérdida de actividad productiva ocasionada por los cierres decretados por las medidas administrativas para contener el Covid-19 (art. 22); y,
- De otro lado el procedimiento de regularización temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (art. 23), llamados ETOP. Expedientes estos que se producen por la necesidad de ajustar la plantilla laboral en virtud del descenso de la carga de trabajo, en aquellos casos en los que no se pueda establecer otras medidas alternativas, como es, por ejemplo el Teletrabajo, o en caso de adoptarlas, estas fuesen insuficientes, teniendo como origen indirecto del descenso de la productividad de la empresa a consecuencia del covid-19.

Así pues, podemos decir que el legislador a igual que en el procedimiento ordinario sobre los ERTES, regula dos procedimientos diferenciados en función de la causalidad: si es ETOP o por fuerza mayor.

Hemos de recordar que la Ley entiende por suspensión de contrato o reducción de jornada que se establece por fuerza mayor, aquellas situaciones inevitables que imposibilitan el cumplimiento de la actividad laboral, como son: por ejemplo, un incendio, una inundación o, en el caso que nos ocupa, el cierre de la actividad empresarial por una pandemia, derivado de la declaración del estado de alarma decretado por el Gobierno (RD 463/2020 derivado del Covid-19). En ambos casos, como hemos dicho, el procedimiento a seguir es el que aparece regulado en el art. 47.3 del ET que remite al 51.7 de la misma disposición, preceptos estos, que se refiere al despido colectivo, con la particularidad de que respecto a estos se exige la intervención administrativa previa, otra particularidad de este expediente es que no se puede aplicar a la Administración pública ni a otras entidades de Derecho público.

Por consiguiente, los requisitos necesarios, para la tramitación con éxito de un ERTE por fuerza mayor, es: de un lado, la necesaria intervención de la administración laboral con carácter previo, a su adopción, sea cual sea el número de trabajadores afectados, esto es, la empresa habrá de solicitar el ERTE a la Autoridad laboral, y además acreditar la existencia de esa situación de fuerza mayor, (arts. 31 a 33 RD 1483/2012. En cuanto a su impugnación judicial, de la denegación de la autoridad laboral, avanzamos que seguirá los cauces establecidos en el apartado 11º del art. 151 de la LRJS<sup>26</sup>.

Como hemos dicho, el ERTE, se inicia mediante la solicitud de la empresa, al que habrá de acompañar los medios de prueba que estime oportunos. Simultáneamente a la presentación de esta solicitud, se habrá de comunicar a los representantes legales de los trabajadores el inicio del ERTE, disponiendo la Autoridad Laboral de un plazo de cinco días para dictar resolución, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De estimar la Administración la solicitud del empresario, las medidas de regularización temporal de empleo serán efectivas desde la fecha del hecho causante de la regularización y no desde la fecha en que se dicte resolución.

En cambio en el procedimiento de los ETOP, se establece un periodo de consultas con la representación de los trabajadores y aunque se debe informar a la autoridad laboral, esta no tiene por qué autorizarlo previamente. De tal forma que una vez finalizado el periodo de consultas, el empresario decidirá las medidas a adoptar. Por su parte, el control judicial del expediente de regularización temporal de empleo, se realizará después del hecho causante, en virtud de los trámites regulados en los artículos 16 a 29 del RD 1483/2012.

En este caso, la jornada de trabajo podrá reducirse entre un 10% y un 70% de la jornada de trabajo, computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, siendo el empresario quien comunicará a los trabajadores o sus representantes su intención de iniciar un ERTE, estableciéndose un plazo de siete días para constituir la comisión representativa, a no ser que no se cuente con representantes legales de los trabajadores en la empresa, en cuyo caso el plazo será de quince días. Simultáneamente, se comunicará a la autoridad laboral el inicio de trámite de consultas, así como el resultado final de las mismas.

---

<sup>26</sup> La sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo derivadas de fuerza mayor declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo.

Lo que diferencia los expedientes de regularización de empleo generados por el covid-19 de los que ya existía con anterioridad, es que el Gobierno para aquellas ha establecido medidas excepcionales que permiten flexibilizar y agilizar los trámites, respecto a los procedimientos previstos en el artículo 47 del ET y en el Título I, capítulo II, del RD 1483/2012. Y ello, con la única finalidad de que no existan demoras a la hora de solicitar un ERTE, dando respiro a los empresarios, y estableciendo garantías a los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.

Agilización esta que se logra cuando al inicio del procedimiento se facilita la comunicación con los representantes de los trabajadores, se reducen los plazos y mecanismos de control y se establece la premisa general de que son las empresas quienes tienen que gestionar las prestaciones de desempleo de los trabajadores (Capítulo II, del RD-Ley 8/2020 arts. 22 a 28). Hemos de decir, sin embargo, que dichos cambios no modifican sustancialmente las causas justificativas de estos expedientes.

## **6. EL DERECHO DE ACCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR ERTES**

En el RD 463/2020 que declara el estado de alarma con la limitación a la circulación de las personas, siendo también afectada por la suspensión, la Administración de Justicia, con carácter general, de los términos y plazos procesales para todos los órganos judiciales, en virtud de la Disposición Adicional Segunda en el punto 1, señala: *“Se suspenden los términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órganos judiciales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o en su caso las prórrogas del mismo”*

Afectando también por el estado de alarma, la suspensión de los plazos administrativos (Disposición Adicional Tercera), así como los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio de acciones y derechos (Disposición Adicional Cuarta).

En cuanto a la reanudación de los plazos, decretada en virtud del art. 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, aunque se deroga la disposición adicional segunda, y ello supondría que se reanudan los plazos administrativos y judiciales con plenos efectos desde el 4 de junio de 2020.

Llegado a este punto hemos de indicar que, la regulación de los efectos procesales de los ERTES debido al aluvión de normativa, han hecho surgir serias dudas, pudiendo ser una amplia materia de estudio. Recayendo dichas dudas en gran parte de la materia tratada en nuestro

trabajo. Por lo que refiere a la suspensión de plazos, la norma establecía que quedarían excluidas de la suspensión de los plazos procesales, algunos de los procesos especiales, como es nuestro caso, los procedimientos derivados de un ERTE, y aquellos en los que se reclamase las prestaciones por desempleo.

En base a lo anterior, los procedimientos especiales no quedaron afectados por la suspensión que afectaba al resto de procedimientos del orden social, continuándose computándose el plazo de prescripción o caducidad de acciones conforme a las reglas generales, ello acaecía por ejemplo con el **conflicto colectivo** regulado en los artículos 153<sup>27</sup> y ss. de la LRJS<sup>28</sup> y con el procedimiento de **tutela de los derechos fundamentales** de la persona ejercitada en el proceso laboral. Así como, ocurría en el orden contencioso, en el que también se exceptuaba de la suspensión a los procesos de derechos fundamentales especiales en dicho orden jurisdiccional o la impugnación de las medidas administrativas adoptadas a consecuencia del Covid-19, que afectasen a derechos fundamentales como la libertad ambulatoria. Procesos todos ellos no exentos de dudas.

En cuanto a las acciones que podemos plantear con respecto a la decisión del ERTE, el Congreso ha adoptado una serie de medidas para agilizar la tramitación de los procesos judiciales, estableciéndose un régimen específico para **la impugnación de los ERTES derivados del COVID-19**, con la finalidad de prevenir la posible avalancha de procesos judiciales derivados del Covid-19, y más aún cuando los Juzgados de lo Social de por sí ya se encuentran bastantes saturados.

Es preciso advertir que en este tipo de procesos, independientemente de que la causa sea de fuerza mayor o ETOP o si la acción es individual, colectiva o de oficio, tienen carácter urgente y tramitación preferente, en base al articulado 1 d) y 2) RDL 16/2020 y el art. 2 Ley 3/2020, entendiéndose la urgencia *“a todos los efectos y la preferencia en relación con todos los procedimientos que se tramiten en el juzgado”*, estando el órgano judicial obligado a dar curso a las actuaciones y señalar la vista.

---

<sup>27</sup> Esta modalidad procesal se regula en los at. 153 a 162 LRJS (libro II, título II, Capítulo VIII, se tratan los procesos que afectan a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, y versen sobre aplicación e interpretación de una norma.

<sup>28</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

## 6.1. Impugnación de los ERTES derivados del covid-19

Haciendo eco de lo expuesto, así como el propio art. 6 del RD Ley 16/2020, para la impugnación de expedientes de regulación de empleo, se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo, siempre que afecten las medidas a más de cinco trabajadores en el caso de los ERTE ETOP, siendo el objeto a impugnar; la inexistencia de la causa justificando la modificación acordada, el incumplimiento del procedimiento a cumplir, como defectos de forma, o la mala fe a la hora de negociar, etc.

Debe indicarse igualmente, que en el apartado 1 d) del art. 7, se establece una preferencia especial de los procedimientos para la impugnación individual y colectiva de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas reguladas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020.

Por ello, y en base a lo dispuesto en la Ley 36/2011, debemos distinguir entre la impugnación de los acuerdos y de la resolución administrativa de la autoridad laboral en los procedimientos de suspensión contractual o reducción de jornada, teniendo en cuenta una diferente regulación en función si se trata de un ERTE por ETOP o si se trata de un ERTE por Fuerza Mayor.

Con esta perspectiva, la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 13 de noviembre 2020<sup>29</sup>, establece la existencia de una tramitación procesal diferente según la causa, entre un ERTE por FM y un ERTE por ETOP.

*“Esta diferente regulación lleva a una tramitación procesal también diferente según la causa que sustente el ERTE, ya que mientras en el primer caso (causas económicas, organizativas, técnicas y productivas) se impugna exclusivamente la decisión empresarial (ya que no hay resolución de la Autoridad Laboral) los cauces a seguir son los del art. 153 y siguiente (conflicto colectivo) o la del art. 138 LRJS (individuales), mientras que en el ERTE la decisión de la autoridad laboral que aprecia la concurrencia de la fuerza mayor se ha de impugnar por la vía del art. 151 de la LRJS (impugnación de actos administrativos en materia laboral) tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, rec. 65/2014 mientras que la aplicación o individualización que el empresario realice de esa medida para cada trabajador en concreto ha de ser impugnada por la vía del art. 138 de la LRJS o en su caso del 153 LRJS según se superen o no los umbrales fijados en el art. 51 del ET”.*

---

<sup>29</sup> TSJ de Coruña (Sala de lo Social, Sección 1) de 13 de noviembre 2020 (REC. 3195/2020).

## 6.2 Tramitación procesal de ERTE por ETOP

### 6.2.1 Modalidad Procesal

La determinación del procedimiento adecuado para tramitar las pretensiones impugnativas que se deduzcan frente a los ERTES por ETOP, en virtud del RD Ley 16/2020, de 28 de abril<sup>30</sup>, será la de la modalidad procesal del conflicto colectivo en relación con los expedientes temporales de suspensión de contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que como hemos señalado anteriormente se impugna por la vía de conflicto colectivo.

En este sentido, el artículo 6, menciona que: *“1. Se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo, las demandas presentadas por los sujetos legitimados a los que se refiere el apartado 2 de este artículo, cuando versen sobre las suspensiones y reducciones de jornada adoptas en aplicación de lo previsto en el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y dichas medidas afecten a más de cinco trabajadores.”*

Como ha señalado Miguel Ángel Falguera, *“nos encontramos ante una regulación ciertamente desconcertante, en evidente que –por la referencia al art. 23 RDL 8/2020–este precepto se aplica únicamente en el caso de ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas derivados de la pandemia. Pese a ello, difícilmente de dicho articulado puede referirse únicamente a un recordatorio de la posibilidad de acudir a la vía del conflicto colectivo, en tanto que ello ya está implícitamente contemplado en el art. 138.4 LRJS...y ha sido expresamente aceptado por la doctrina judicial). Por tanto, esa expresa regulación de la “tramitación” por esa vía no es novedad de ningún tipo.*

*Sin embargo, también puede entenderse que aquello que el precepto impone es que la impugnación de los ERTES por causas ETOP derivados de la vigente crisis sólo pueden efectuarse por la vía de la acción colectiva (en línea con la formulada en su día del CGPJ), salvo en el caso de que la medida afecte a cinco o menos personas asalariadas. En*

---

<sup>30</sup> RD-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 29-04-2020), ratificado por acuerdo del Congreso de 13-05-2020.

*consecuencia, carecerían de legitimación activa los trabajadores y las trabajadoras incluidos en un ERTE por dichas causas si se superara esa frontera numérica”<sup>31</sup>.*

De ello, podemos deducir, que se reduce la exigencia del número de trabajadores mínimos que deben quedar afectados cuando se trate de ERTES por causas ETOP, en relación con los ERTES ordinarios, esto es que no serán aplicables los umbrales del art. 51.1 ET<sup>32</sup>, en relación con el art. 153 de la LRJS, estableciéndose el umbral a más de cinco trabajadores.

Cuando el número de los trabajadores afectados es menor de cinco, se entiende que la modalidad procesal a la que debemos acudir al procedimiento especial regulado en el art. 138 LRJS, esto es, el procedimiento de reclamación individual a consecuencia de la modificación de las condiciones laborales o reducción de la jornada laboral independientemente de la posibilidad de que afecte a más de un trabajador. En virtud de ello, se aplica el plazo de caducidad de 20 días hábiles desde la notificación de la empresa de la modificación o, si ésta no ha existido, en este caso opera la suspensión de los plazos para el ejercicio de la acción decretado por la declaración del estado de alarma, en base a su Disposición Adicional cuarta, donde se contempla la suspensión de todos los plazos de caducidad o prescripción, tanto de las acciones como de los derechos.

En este aspecto, nos parece de especial transcendencia las consideraciones realizadas por la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 2 de febrero de 2021<sup>33</sup>, que transcribimos a continuación: *“De las consideraciones expuestas se infiere con claridad que la acción para impugnar una decisión empresarial de suspensión colectiva de contratos de trabajo o de reducción de jornada, se encuentra sujeta a un plazo de caducidad de veinte días a contar desde la notificación de la decisión a los trabajadores afectados y a sus representantes legales, debiendo tramitarse por los cauces de la modalidad procesal de conflicto colectivo, plazo este*

---

<sup>31</sup> FALGUERA BARÓ, M.A.: *Los ERTES en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria, Albacete 2020, págs. 119-120.*

<sup>32</sup> Artículo 51 despido colectivo señala que: A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores («BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015 Referencia: BOE-A-2015-11430)”.

<sup>33</sup> SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1) de 2 de febrero 2021, (REC. 151/2020) En el mismo sentido SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1) de 12 de noviembre 2020 (REC.162/2020).

*que no debe entenderse suspendido ni por la vigencia del Estado de Alarma, ni por la interposición de papeleta de mediación o conciliación previa”.*

Así pues, dicha sentencia establece: que un ERTE ETOP adoptado a instancia de la empresa *ex art. 23 RD Ley 8/2020*, tramitándose a través del procedimiento de conflicto colectivo en base al art. 153.1 LRJS, y a la luz de los arts. 59.3 y 4 ET, sobre el plazo especial de prescripción y caducidad se interpreta que la impugnación de la decisión empresarial en virtud de lo señalado en la disposición adicional segunda del 463/2020, y el art. 6 RD Ley 16/2020, no le afecta la suspensión de los plazos, y se siguen los criterios de caducidad como se indica en la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero 2017** (REC. 326/2016) y de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre 2014** (REC. 251/2013), estimando la Audiencia Nacional la caducidad de la acción, transcurrido 22 días hábiles desde la presentación de la demanda, entendiéndose que dicho plazo no se suspende por la vigencia del Estado de Alarma.

Debe indicarse igualmente, que al presentarse demandas individuales y se inicia un proceso por la vía del conflicto colectivo, se procede a la suspensión de las demandas individuales, hasta la resolución de la demanda colectiva, una vez firme tendrá eficacia de **cosa juzgada** sobre el proceso individual, como indica el art. 138.4 LRJS<sup>34</sup>.

Entendiéndose como **cosa juzgada**, el efecto que producen las resoluciones judiciales firmes, en el mismo proceso o en otro. Siguiendo al profesor De la Oliva, la cosa juzgada la define “*como el especial estado jurídico alcanzado por un asunto cuando éste ha sido enjuiciado*”<sup>35</sup>.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1997 establece que: “*Respecto al concepto de cosa juzgada: siendo cosa juzgada formal el efecto de la sentencia que ha ganado firmeza, la cosa juzgada material es el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído la sentencia firme (con autoridad de cosa juzgada formal), que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. Esta eficacia es negativa o excluyente, cuando se repite la misma cuestión y en este otro proceso no se entra en el fondo*

---

<sup>34</sup> En este sentido, vid. BONACHERA VILLEGAS, R., “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso laboral”, en Derecho, Justicia, Universidad, liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, Tomo 1, Madrid, 2016, págs. 403-426.

<sup>35</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada: (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1991, págs.17-19.



*por acogerse la cosa juzgada como excepción. Y la eficacia es positiva o prejudicial cuando dicha cuestión no es el objeto único del otro proceso, sino que forma parte de este, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida, y en ningún caso contradecir, lo resuelto en la anterior sentencia”<sup>36</sup>*

## **6.2.2 Legitimación para promover procesos colectivos**

### **6.2.2.1 Legitimación activa**

En cuanto a la legitimación activa y partiendo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos:

- a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
- b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa.
- c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior.
- d) Las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores.
- e) Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que reúnan el requisito de la letra a) anterior, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

En todo caso, los sindicatos representativos, en el plano nacional o de las CCAA, las asociaciones empresariales representativas en los términos del art. 87 ET, y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo

---

<sup>36</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1) de 18 de noviembre de 1997, (REC. 2290/1993).

hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (art. 155 LRJS).

Debido al COVID-19, queremos señalar un cambio en la legitimación activa. Según la redacción del art. 6 del RDL 16/2020 en el apartado 2 establece: *“Además de los sujetos legitimados conforme al artículo 154 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, estará igualmente legitimada para promover el citado procedimiento de conflicto colectivo **la comisión representativa** prevista en la normativa laboral dictada para paliar los efectos derivados del COVID-19 en relación con los expedientes de regulación temporal de empleo a que se refiere este artículo”*. Por lo que se refiere es de aplicación del art. 23 RDL 8/2020 y no la regulación ordinaria del art. 47.1 ET.

En cuanto a la comisión representativa se establece de la siguiente forma:

- Cuando afecta a un único centro con representantes legales de los trabajadores (en adelante RLT), se negociará con dicha RLT.
- Si afecta a varios centros y todos tienen RLT, se negociará con ellos (o Secciones Sindicales), siguiendo las reglas que marca el artículo 41.4 ET.
- Si hay centros con RLT y otros sin ella, estos últimos pueden optar por ser representados por la RLT ya existente, ceder su representación a los Sindicatos, o bien formar comisiones de tres trabajadores por centro, conforme dispone el artículo 41.4 ET.

Como novedades: deberá “convocarse” con carácter preferente, a los sindicatos más representativos del sector y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación (una forma sencilla para saber de qué sindicatos se trata, es revisar el Convenio de aplicación al centro de trabajo afectado).

La comisión por tanto estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes.

Dicha comisión representativa deberá ser constituida en 5 días, en este punto difiere del procedimiento ordinario que, establecía 7 o 15 días.

Haciendo referencia a este concepto y en palabras de Miquel Àngel Falguera<sup>37</sup>, existe una problemática procesal, “*si se tiene en cuenta la indeterminación en la concreción del sindicato que conforma la mesa negociadora, así como en muchos casos el sindicato como tal estará alejado de la empresa puede ocurrir que en algunos supuestos las personas asalariadas que se opongan al ERTE no puedan impugnarlo si se superan los límites legales. A lo que cabría añadir que en la práctica en la mayoría de la reducciones de jornada y suspensión de contratos han sido pactadas; lo que conlleva un problema adicional respecto a las dificultades de poder oponerse a las causas en la acción individual, como se ha indicado por la doctrina casacional (STS UD 02.07.2018-rec. 2250/2016)*”.

Con esta perspectiva, cuando no existen representantes de los trabajadores, en cuyo caso, a diferencia del art. 47 ET, se coloca, de modo preferente la intervención de la representación sindical, aunque no tenga presencia en el ámbito correspondiente, y, en su defecto por la comisión *ad hoc* constituida por tres personas de la plantilla que ya no depende de la decisión de los trabajadores del centro.

Es preciso advertir que cuando el ERTE afecta a trabajadores que prestan sus servicios en diferentes comunidades autónomas, la sección sindical estará legitimada, aun estando presente únicamente en uno de los centros de trabajo, haciendo referencia a este argumento Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre 2020<sup>38</sup> entiende que: “*El sindicato actor no ha acreditado que su ámbito de actuación se extienda a la totalidad de la empresa demandada- solo consta la constitución de una sección sindical en la ciudad de Cádiz-, ni su implantación en la misma, sin que a la fecha de presentación de la demanda contase con representante unitarios alguno en dicho centro de trabajo pues el preaviso del proceso electoral promovido en dicho lugar fue anulado por laudo de fecha 23-7-2.020*”.

#### **6.2.2.1.1 Efectos de la omisión de la comunicación a los sindicatos en el periodo de consultas**

En cuando a los efectos de la omisión empresarial de la comunicación a los sindicatos legitimados para intervenir en el periodo de consultas, según las consultas planteadas a los

---

<sup>37</sup> FALGUERA BARÓ, M.A: *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria, Albacete 2020, págs. 120-121.*

<sup>38</sup> SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1) 10 de diciembre 2020 (REC. 182/2020)

Servicios Jurídicos de Comisiones Obreras<sup>39</sup>, “en el caso de que la empresa omitiese la comunicación a las organizaciones sindicales que tienen legitimación, se produciría un incumplimiento de la garantía legalmente establecida para llevar a cabo la suspensión de contratos, lo que determinaría la nulidad de la medida, en base al art. 138 de la LRJS, estableciéndose en su apartado 7, cuarto párrafo: Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores”

En la regulación del art. 23 del RDL 8/2020 integra especialidades preferentes sobre lo dispuesto en el art. 47 ET, pero su omisión determina igualmente la nulidad, en una interpretación sistemática de dicho precepto procesal.

En el mismo sentido, el **periodo de consultas** entre la empresa y la representación de los trabajadores o la comisión representativa se establece como máximo 7 días, acortándose la duración del periodo de consultas de 15 días que establece el art. 47.1 del ET.

La validez del acuerdo en el periodo de consultas estará condicionada a la existencia de una negociación real, contando con los representante de los trabajadores con toda la documentación sobre las causas que han motivado las medidas adoptadas, suficiente para que el periodo de consultas cumpla con su fin.

Con esta perspectiva, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de julio 2020**<sup>40</sup> afirma que: “El art. 47.1, del E.T dispone que: «Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

*La presunción posee una doble vertiente: la referida a la carga probatoria (nus probandi) y la restrictiva de los motivos de impugnación. Ya no pesa sobre el empleador la obligación de acreditar la realidad de las causas y, además, quien ataque el acuerdo ha de hacerlo solo a*

---

<sup>39</sup> Estudio del Gabinete de CCOO, informe 63/20/COV/PG, de 23-3-20, CV-3-3 CV-3.11: El periodo de consultas en el ERTE por ETOP, en las empresas sin representación-pág. 5.

<sup>40</sup> SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1) 30 de julio 2020 (REC. 13072020).

*partir de los referidos defectos. Consiguientemente, no habiéndose alegado ni probado, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, procede declarar justificada la decisión empresarial”.*

Así como podemos añadir, que en el caso de que el periodo de consultas sea sin acuerdo, el plazo para presentar la demanda es de 20 días hábiles, siendo un proceso de carácter urgente, en virtud del art. 159 LRJS.

Debe indicarse que la solicitud de informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, será potestativa para la autoridad laboral, en vez de preceptiva y se resolverá en el plazo improrrogable de siete días en vez de en 15 días.

### **6.2.2.2 Legitimación pasiva**

En cuanto a la legitimación pasiva, podemos decir, que no hay una pronunciación expresa, a excepción a la impugnación de convenios colectivos del art. 165.2 LRJS, “*estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio*”. Por lo general, el conflicto se plantea contra el empresario o asociación empresarial, en el caso de que estos sean los demandantes, la legitimación pasiva corresponderá a los representantes de los trabajadores afectados por el conflicto y que están disconformes con la medida.

### **6.2.2.3 Procedimiento judicial**

En cuanto el proceso judicial se iniciará mediante la presentación de la demanda dirigida ante el órgano jurisdiccional competente, formulada por los sujetos legitimados para ello. A lo hora de presentar la demanda deberá cumplir con los requisitos establecidos en el art. 157 LRJS, junto con los contenidos establecidos en el art. 80 LRJS, donde se establece los requisitos generales de la demanda y contendrá:

- 1. La designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto.*
- 2. La designación concreta del demandado o demandados, con expresión del empresario, asociación empresarial, sindicato o representación unitaria a quienes afecten las pretensiones ejercitadas.*
- 3. Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada.*

4. *Las pretensiones interpretativas, declarativas, de condena o de otra naturaleza concretamente ejercitadas según el objeto del conflicto.*
5. *Así como la demanda deberá acompañarse certificación de haberse intentado la conciliación o mediación previa a la que se refiere el artículo anterior o alegación de no ser necesaria ésta.*

Pudiéndose iniciarse el proceso judicial también, según art. 158 LRJS mediante comunicación de la autoridad laboral, a instancia de las representaciones que tengan legitimación activa referidas en el artículo 154 LRJS.

### **6.3 Tramitación procesal de ERTE por fuerza mayor**

Es preciso advertir, que el RDL 16/2020, expresa claramente la vía de impugnación de los ERTES por causas ETOP, y no se postula respecto a los derivados de los ERTES por Fuerza Mayor.

#### **6.3.1 Modalidad Procesal**

En cuanto a la modalidad procesal, en palabras de D. Diego Zafra,<sup>41</sup> Magistrado titular del Juzgado de lo Social de Almería la *“La modalidad procesal a seguir en este caso es la del art. 151 LRJS, prevista tanto para cuando el acto administrativo, esto es, la resolución dictada por la Autoridad laboral, constate la existencia o inexistencia de fuerza mayor en un expediente de regulación temporal de empleo derivado del COVID-19. Tanto la impugnación individual, como la impugnación colectiva del acto administrativo, se ha de regir por lo dispuesto en el art. 151.11 LRJS. Por el contrario, la impugnación colectiva de una extinción colectiva de los contratos de trabajo ha de seguir la modalidad procesal del art. 124 LRJS prevista para los despidos colectivos”*.

#### **6.3.2 Tramitación de la suspensión temporal asociados a causa de Fuerza Mayor Covid-19**

Después de analizar la nueva normativa por COVID-19 que regula los ERTES por FM, vemos que no introducen grandes cambios en la tramitación de los ERTES por fuerza mayor, remitiéndonos al art. 51.7 ET, así como, señalar que en este procedimiento no se contempla un

---

<sup>41</sup> ZAFRA MATA, D., Mayo 2020, “La impugnación de los ERTES y demás procedimientos derivados del COVID-19, Obtenido de Impugnación\_ERTES\_y\_procedimientos\_derivados\_del\_COVID-19.pdf (cgsalmeria.com).

período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, a diferencia de los ERTES ETOP.

El primer paso para llevar a cabo la tramitación de los ERTES por FM, debe iniciarse con la solicitud de la empresa junto con un informe que conste la pérdida de actividad como consecuencia del Covid-19, dirigida a la autoridad laboral competente a efectos de la constatación por ésta de la concurrencia de dicha causa, independientemente del número de trabajadores afectados.

Tras el transcurso de cinco días hábiles desde la presentación de la solicitud, nos encontramos con dos escenarios bien diferenciados: **Resolución Administrativa expresa o tácita.**

Es preciso mencionar que “En cuanto a la necesidad de agotar la vía previa *ex art. 63 LRJS*, es importante tener en cuenta que, en la medida que no se combate la resolución administrativa sino únicamente la sola actuación empresarial, tampoco puede prosperar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa.

Y, al respecto, añade que, a la luz de la nueva redacción del art. 70 LRJS (*ex Ley 39/2015*) queda exonerado del requisito de la reclamación administrativa previa en los casos de conflicto colectivo (argumento que se alinea con la Comunicación Laboral 67/2016 de la Abogacía General del Estado). Razonamientos que también se alcanzan en la **Sentencia de la Audiencia Nacional 15 de junio 2020**<sup>42</sup>”.

### **6.3.2.1 Resolución administrativa expresa**

En cuanto a lo expuesto anteriormente, si la resolución de la autoridad laboral es **desestimada**, cabe interponer demanda ante la jurisdicción social mediante el procedimiento del art. 151<sup>43</sup> de la Ley 36/2011. Dicha demanda contra la resolución desestimatoria puede ser interpuesta tanto por la parte empresarial como por las personas asalariadas y sus

---

<sup>42</sup> SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1), de 15 de junio 2020 (Rec. 113/2020).

<sup>43</sup> Impugnación de (...) actos administrativos en materia laboral dirigida contra el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales u otras Administraciones u Organismos Públicos”. Este aspecto está además contemplado en el art. 33.5 LRJS “...la resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor por la empresa podrá ser impugnada por el empresario ante la jurisdicción social”.

representantes, bien mediante procedimiento de conflicto colectivo, art. 153 y ss. LRJS, o bien de forma individual en base art. 138 LRJS.

En el caso de que la resolución de la autoridad laboral resulta **favorable**, están legitimados para impugnarlo los trabajadores afectados por la decisión empresarial, así como, los estipulados en el artículo 154 LRJS, siendo estos, los sindicatos con suficiente implantación en la empresa y los órganos de representación legal y sindical por ostentar un interés legítimo en la revocación del acto administrativo.

Tenemos que indicar, que la demanda frente a la resolución favorable aprobando la medida de suspensión del contrato y reducción de jornada laboral por causa mayor, tiene que ser interpuesta frente a la Autoridad Laboral que dicta la resolución aprobando el ERTE por fuerza mayor, así como frente a la empresa que solicito dicha autorización.

Debe indicarse, una vez la Autoridad laboral haya constatado la veracidad de la causa alegada por la empresa, se traslada la comunicación a la entidad gestora de desempleo, en el plazo máximo de cinco días desde que se ha presentado la solicitud del ERTE a la Autoridad Laboral, a través de una solicitud colectiva para todos los trabajadores afectados.

### **6.3.2.2 Silencio Administrativo en los ERTES de Fuerza Mayor**

En cuanto al silencio administrativo con referencia a los ERTES de fuerza mayor, han surgido varias interpretaciones judiciales, cuestión debida a la avalancha de solicitudes y del plazo de cinco días que dispone la administración para resolver si autoriza o no las medidas expuestas por la empresa, para ello, en virtud del art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, entiende el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado en **Sentido positivo**.

En este aspecto, el RDL 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, no se ha pronunciado expresamente sobre el silencio de la solicitud de los ERTES por fuerza mayor, en cambio el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, hace referencia y estima como



positivo el silencio administrativo en la solicitudes de ERTES, en el mismo sentido que la norma general de la LPAC<sup>44</sup>.

Como hemos indicado anteriormente, existe una discusión práctica sobre la existencia o no del silencio positivo en los expedientes de fuerza mayor ante la ausencia de resoluciones, por lo que, se nos remite a lo regulado en el art. 24 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, que, como regla general, tiene carácter positivo, según aclara la Audiencia Nacional de 15 de junio 2020<sup>45</sup>, dictando que: *“Ni el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, ni el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, fijan las repercusiones del silencio administrativo por parte de la autoridad laboral. Esta laguna obliga a acudir al régimen del silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, regulado en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que como regla general, tiene carácter positivo.”*

Recientemente, ha sido resuelto Recurso de Casación frente a la anterior sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 15 de Junio de 2020, donde una de las pretensiones de la Federación Estatal de Enseñanza de Comisiones Obreras sobre conflicto colectivo para que se declarará nula la decisión de la empresa en aplicar un ERTE FM en virtud del art. 7 del RD 463/2020 por la suspensión de la actividad educativa infantil, era la no aplicación del silencio positivo por oposición sindical en el expediente administrativo. Frente a dicha sentencia se interpone Recurso de Casación, dictándose la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de Enero 2021<sup>46</sup> confirmando la sentencia de instancia siendo la misma ajustada a derecho, decretando *“que se ha constatado la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo, ya que en ningún caso se impugna ninguna resolución ni acto administrativo, sino, exclusivamente, la decisión empresarial de los contratos laborales”*, concretando el Juez que queda acreditado la Fuerza Mayor y que es válido el silencio administrativo.

---

<sup>44</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-Boletín Oficial del Estado de 02-10-15, Ref. BOE A-2015-10565.

<sup>45</sup> Vid. SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1) de 15 de Junio 2020, (REC. 113/2020).

<sup>46</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 991) de 25 de Enero de 2021, (Rec. de Casación. 125/2020).

Debe indicarse que los efectos del ERTE por fuerza mayor se producen “*desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor*” lo que implica la posibilidad de efectos retroactivos, anteriores a la resolución, o incluso anteriores a la solicitud.

#### **6.4 Intento de Conciliación o de Mediación**

Debemos indicar, en cuanto a los procedimientos de suspensión del contrato y reducción de jornada laboral, en virtud del art. 64.1 LRJS, está excepcionado de conciliación en cualquier caso. “*Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores...*”.

#### **6.5 Efectos de las sentencias en los ERTES Covid-19**

En cuando a los efectos de las resoluciones judiciales, podemos indicar, que en este estado de alarma con el aluvión de normativa, ha habido bastante conflictividad en el ámbito judicial, dictándose distintas interpretaciones en cuanto a la existencia de fuerza mayor vinculada al Covid-19, o si la medida es justificada, injustificada o nula.

En este aspecto, nos parece de interés comentar algunas sentencias que han tenido repercusión en este estado de pandemia, en cuanto a las distintas interpretaciones judiciales relacionadas sobre si la causa justifica un ERTE por fuerza mayor pueda ser injustificado o nulo, o bien se han seguido los procedimientos adecuados a la hora de solicitar un ERTE por Fuerza Mayor.

Así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del País Vasco 22 de septiembre 2020<sup>47</sup>, en este caso, la empresa plantea un ERTE por ETOP con intención de evitar un ERTE por Fuerza Mayor, lo que el Juez determina la estimación del recurso de suplicación de la entidad sindical recurrente, por falta de concurrencia de la causalidad invocada solicitada y negociada, siguiendo un procedimiento incorrecto para evitar sus compromisos y obligaciones, siendo evidente la aplicación de la causa de fuerza mayor.

---

<sup>47</sup> STSJ de Bilbao (sala de lo Social, Sección 1), de 22 de septiembre 2020 (REC. 987/2020).

Otro ejemplo de nulidad, es la medida adoptada en fraude de Ley, como indica la Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid, 22 de octubre 2020<sup>48</sup>, donde la compañía aérea intento eludir el pago de los salarios a los trabajadores, al plantear un ERTE por fuerza mayor, con posterioridad de la calificación de nulidad de un despido colectivo. *“El fraude de ley que se perpetra por la demandada en el que el art. 22 del RD Ley 8/2.020 opera como norma de cobertura, siendo la norma que se trata de eludir el art. 124.11 de la LRJS”*.

También en este ejemplo, el Juez establece la nulidad del ERTE por incumplimiento a la hora de seguir los pasos en el periodo de consultas, haciendo referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio 2020<sup>49</sup>, la empresa no ha hecho uso de los trámites correspondientes sin aportar la documentación necesaria que respalde su pretensión.

Es preciso advertir, que debido a la saturación de procedimientos que tienen los Juzgados, están empezado a surgir bastante variedad de sentencias sobre si a concurrido o no fuerza mayor, pudiendo ser de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2021<sup>50</sup>, considerando que en un despacho de abogados en relación con puestos de trabajo que son de recepcionista si concurre fuerza mayor, aunque sea una actividad esencial, el juez determina que *“sí concurre en el presente caso la circunstancia de la restricción de movimientos de las personas, que tiene una relación directa e inmediata con el puesto de trabajo de las dos recepcionistas, que fueron las únicas empleadas incluidas en la solicitud de la empresa, pues al no poder acudir presencialmente los clientes, su puesto de trabajo quedó sin contenido”*

En el caso contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha de 22 de Enero de 2021<sup>51</sup>, señala el Juez que no concurre fuerza mayor en un despacho de abogados al considerar que la actividad que se desarrolla es calificada como esencial, aunque se produjera suspensión de las actividades jurisdiccionales.

## **6.6 Recursos**

Haciéndonos eco de las palabras de Miquel Àngel Falguera *“Cabe de notar en todo caso que puede concurrir una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso de conformación legal. En efecto, el art. 191.2 e) LRJS limita el acceso a la*

---

<sup>48</sup> SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1), de 22 de octubre 2020 (REC. 332/2020).

<sup>49</sup> SAN de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1), de 20 de julio 2020 (REC. 128/2020).

<sup>50</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4) de 28 de enero de 2021 (REC. 541/2020). En el mismo sentido la STSJ de Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1) de 24 de septiembre de 2020 (REC. 1132/2020).

<sup>51</sup> STSJ de Burgos (Sala de lo Social, Sección 1) de 22 de enero de 2021 (REC. 435/2020).

*suplicación en aquellos supuestos en los que se supere los límites del art. 51.1 ET. En tanto que las actuaciones individuales sólo parecen permitidas para el supuesto que los afectados no superen las cinco personas en ningún caso se alcanzará el límite mínimo de diez trabajadores, por lo que no será posible el recurso”<sup>52</sup>.*

Con esta perspectiva el art. 6 RD Ley 16/2020, se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo cuando la impugnación afecte a más de cinco trabajadores, parece claro que la decisión tiene carácter colectivo, llegados a este punto, este caso será susceptible de ser recurrida la sentencia dictada en el proceso individual, aun cuando la decisión haya sido impugnada individualmente.

## **7. MEDIDAS IMPLEMENTADAS EN DEFENSA DEL EMPLEO EN EL ESTADO DE PANDEMIA**

En relación con lo ya indicado, para el legislador uno de los puntos más fuertes en este estado de pandemia es, su intento de que no se destruya empleo, legislando para ello una serie de medidas coyunturales, dicha normativa ha dejado bastantes lagunas, siendo difícil por parte de los juristas el interpretarlas, teniendo que acudir para ello a las interpretaciones judiciales, las cuales han sido muy diversas.

Por consiguiente, en virtud de la Disposición Adicional 6ª del RDL 8/2020, que hace referencia a la **salvaguarda del empleo** establece que “*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*”. Es preciso advertir que no se debe confundir los compromisos del mantenimiento de empleo con la prohibición de despedir.

Con esta perspectiva se establece: la cláusula de salvaguarda del empleo, la prohibición de realizar despidos por causas motivadas por el Covid-19 y la Suspensión de los contratos temporales.

### **7.1 Suspensión de contratos temporales**

En cuanto a la suspensión de contratos temporales, en virtud del RD Ley 9/2020 establece en su artículo 5 que “*la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de*

---

<sup>52</sup> FALGUERA BARÓ, M.A. : *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria, Albacete 2020, pág. 122*

*relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas. Téngase en cuenta que el presente artículo permanecerá vigente hasta el 31 de mayo de 2021, según establece el art. 3.6 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero”<sup>53</sup>.*

## **7.2 Cláusula de salvaguarda del empleo**

En Cuanto a la cláusula de salvaguarda del empleo, en virtud del RD Ley 30/2020 establece en su artículo 5 que “1. *Los compromisos de mantenimiento del empleo regulados en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el artículo 6 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, se mantendrán vigentes en los términos previstos en dichos preceptos y por los plazos recogidos en estos.*

*2. Las empresas que, conforme a lo previsto en esta norma, reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedarán comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.*

*No obstante, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido en virtud de los preceptos a los que se refiere el apartado 1, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado”.*

## **7.3 Prohibición de realizar despidos por causa del Covid-19**

En cuanto a la prohibición de realizar despidos por causa del Covid-19, en virtud del RD Ley 9/2020 establece en su artículo 2 “*La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo , no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del*

---

<sup>53</sup> Ref. BOE-A-2021-1130

*despido”. Téngase en cuenta que el presente artículo permanecerá vigente hasta el 31 de mayo de 2021, según establece el art. 3.6 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero”.*

Haciendo referencia a este concepto, la prohibición legal de despedir no alcanza a los despidos disciplinarios declarados procedentes ni a extinciones por finalización contrato, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; y la baja de un trabajador fijo-discontinuo por fin de llamamiento.

Así como, esta medida de la salvaguarda del empleo tampoco afecta a los contratos temporales que se extingan por el transcurso del tiempo estipulado en el contrato de trabajo o por la realización de la obra o servicio determinado.

Es preciso advertir, que existe la **Posibilidad de despido**, dependiendo de las distintas circunstancias que nos podemos encontrar, como puede ser por ejemplo:

- A la finalización del ERTE por fuerza mayor, si existe riesgo de concurso de acreedores, según el art. 5.2 de la Ley 22/2003<sup>54</sup>, de 9 de julio, Concursal, “ 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 conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.” (RD Legislativo 2/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Text Refundido de la Ley Concursal).

- Cuando el trabajador este en periodo de prueba, según el art. 14.2 ET<sup>55</sup> “Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”.

En palabras de Faustino Cavas<sup>56</sup>, la prohibición de despedir puede suponer la calificación de improcedencia del despido, señalando: “La consecuencia práctica de esta prohibición es que su infracción supondrá la calificación de improcedencia del despido por falta de causa (no la

---

<sup>54</sup> Ref. BOE-A-2003-13813

<sup>55</sup> Ref. BOE-A-2015-11430

<sup>56</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. *Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia*, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), Nº. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19), págs. 103-145

nulidad, dado que los motivos de ésta aparecen tasados en la legislación laboral), con derecho a la indemnización correspondiente. Excepcionalmente, las extinciones serán calificadas como nulas si la empresa infringe la prohibición de realizar despidos objetivos, en número superior a los umbrales establecidos en el artículo 51 ET para tramitar un despido colectivo”.

En lo referente a la **improcedencia y nulidad del despido** los tribunales se pronuncian con distintos criterios, para ello vamos a comentar algunas sentencias que creemos que podrían ser de interés para constatar la disparidad de resoluciones.

En cuanto a favor de la improcedencia, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pamplona de 21 de diciembre de 2020<sup>57</sup>, se resuelve un supuesto en que la parte actora pretende la nulidad del despido en base art. 2 del RDL 9/2020, por deberse a la prohibición de despedir al ser las causas derivadas del Covid-19, “En este caso, la trabajadora es dada de baja en la seguridad social, sin recibir carta de despido, no alegando la demandada, ni acreditando que tal medida es derivada por la situación de la pandemia, el juez considera que en la legislación de urgencia no hace referencia, ni distingue entre los efectos jurídicos que deriven de un despido sin causa justa y un despido con causa prohibida, ha situado el debate en el plan procesal de los efectos del despido, conduciendo la conclusión que se obtiene a la declaración de improcedencia y quedando descartada la nulidad, al no concretar los efectos jurídicos como consecuencia del incumplimiento del art. 2 del RDL 9/2020, sin que se hubiera establecido una modificación legal al respecto, no cabe sino considerar que estamos ante una voluntad legislativa favorable a la declaración de la improcedencia y no *a la de la nulidad de la extinción o despido de que se trata, y todo ello porque debemos recordar que la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico queda reservada a despidos con vulneración con de los derechos fundamentales, o relacionados con las situaciones susceptibles de especial protección para evitar, cabalmente, la vulneración de un derecho fundamental ( art. 55.5 CE)*”.

En dicha sentencia el Juez determina que no es un despido prohibido, sino un despido injustificado al no justificarse la extinción, no queda acreditado el presupuesto extintivo por lo que, aplicando el art. 55 del ET, en relación con el art. 108 y 122 de la LRJS, la consecuencia no puede ser sino la declaración de la improcedencia de la medida al quedar reservada en la norma la declaración de nulidad para otros supuestos, calificando en este supuesto el despido

---

<sup>57</sup> SJSO de Pamplona (Sala de lo Social, Sección 3) de 21 de Diciembre 2020, (REC. 637/2020). En el mismo sentido la SJSO de Barcelona (Sala de lo Social, Sección 26) de fecha 31 de Julio de 2020 (REC. 384/2020). En el mismo sentido donde se ha establecido el criterio de improcedencia en la STSJ de Catalunya (Sala General de lo Social) de 31 de marzo de 2021, (REC.3825/2021).

en Covid-19 como improcedente y no como nulo, siguiendo la misma doctrina judicial, como señala, De Castro Marín, “*donde la declaración de nulidad tiene que estar relacionado con los derechos fundamentales, y, además, debe estar expresamente en la Ley*”.

En cuanto a **favor de la nulidad**, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 29 de Barcelona el 28 de julio de 2020<sup>58</sup>, establece que la empresa entregó al actor una carta comunicando el despido el 4-5-20 por concurrir causas económicas y organizativas, sin hacer referencia al Covid-19, sino que las causas preexistían antes del estado de alarma, la parte actora solicita la nulidad de la decisión empresarial debiéndose de aplicar la normativa extraordinaria de la pandemia al producirse durante el estado de alarma, en este caso la Jueza considera que la normativa excepcional, la finalidad es de proceder a nuevos mecanismos para que no se destruya empleo, por tanto, en su pronunciamiento considera que *"la empresa intenta hacer valer una justificación que le impida aplicar las consecuencias que la normativa ha dispuesto para las extinciones de los contratos de trabajo que se produjeran durante el estado de alarma por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RD Ley 8/2020).*" Considerando que las causas de despido derivan de la pandemia a pesar del afán empresarial por eludir este extremo.

En consonancia con ello declara la nulidad del despido en base a la prohibición de despedir por la regulación excepcional imperativa, siendo la decisión empresarial contraria al art. 2 del RD Ley 9/2020 y por ello debe ser declarada nula de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil (*"los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."*).

Como se puede observar, son los propios tribunales los que tienen la difícil tarea de intentar y resolver las dudas sobre la calificación de los despidos en este estado de pandemia, puesto que el legislador ha dejado abierta las puertas a la libre interpretación, no especificando en la norma excepcional la calificación de despido nulo.

---

<sup>58</sup> SJS de Barcelona (Sala de lo Social, Sección 29) de 28 de julio de 2020 (REC. 349/2020).



## **8. PRIORIDAD DE PERMANENCIA DE LOS REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES**

Una de las premisas que rige el funcionamiento de las buenas prácticas laborales en las empresas es a través de los representantes de los trabajadores, para ello la ley establece una serie de garantías contempladas en el Estatuto de los Trabajadores, en el apartado b) del artículo 68, que estipula la *“Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”*.

Dicha garantía también está contemplada para los despidos colectivos, en el artículo 51.5 ET señalando que *“Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo”*<sup>59</sup>. Ahora bien, en este estado de pandemia, el legislador no ha hecho ninguna referencia distinta en la normativa excepcional al respecto, acogiéndose la empresa a la omisión de la garantía de la permanencia de los representantes de los trabajadores en los ERTES Covid-19, siendo impugnada por los Sindicatos y los delegados de personal por el convencimiento de una necesidad mayor de ejercer sus funciones debido a la difícil situación de pandemia.

De nuevo, tenemos que acudir a la interpretación de los jueces para determinar si es derecho absoluto o relativo sobre la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, en este sentido destacamos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 de julio de 2020<sup>60</sup>, apreciando *“que se ha vulnerado el derecho sindical de la actora al incluirla en un ERTE por fuerza mayor, tramitado de conformidad con el RD 8/2020 por Covid-19, al no haberse respetado la prioridad de permanencia prevista en el art. 51.5 ET considerando que, aunque en el articulado excepcional no establece el derecho de preferencia de los miembros del comité de empresa respecto de otros trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo, tampoco excluye su derecho ni puede ser interpretado extensivamente, por lo que si un trabajador es miembro del comité de empresa no puede ser incluido en el ERTE tampoco en tiempos de Covid-19”*.

En el sentido contrario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Valencia, de 17 de diciembre de 2020, en este supuesto, se trata de la afectación de un ERTE por fuerza mayor planteado por la empresa de forma parcial, alegando los delegados sindicales que se vulnera la garantía de

---

<sup>59</sup> BOE-A-2015-11430

<sup>60</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1), de 16 de julio de 2020 (REC. 295/2020), en el mismo sentido vid. STSJ de Bilbao (Sala de lo Social, Sección 1), de 24 de septiembre de 2020 (REC. 970/2020).

prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores, así como el art 181.2 de la LRJS<sup>61</sup>, el juez determina “*que no consta más que de forma muy débil indicios de violación de los derechos señalados, los cuales han sido suficientemente destruidos acreditando la inexistencia de puestos de trabajo que pudieran ser desempeñados por los actores*”<sup>62</sup>, en este caso la medida de suspensión afectó a la totalidad de las líneas de producción, que es donde desempeñaban los actores el trabajo, a diferencia de la sentencia anterior, donde los trabajadores se podían ubicar en otro puesto de trabajo.

Llegado este punto, podemos deducir de las sentencias anteriormente descritas, que la prioridad de los representantes de los trabajadores no es una obligación absoluta, no suponiendo una vulneración de un derecho fundamental, si es justificada la causa por la que se incluye a dichos representantes en los expedientes de suspensión de empleo temporal.

Con esa perspectiva, la Sala 4ª del Tribunal Supremo insiste en que “*la garantía que reconoce el artículo 68 b) ET es relativa, destacando que la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección, sino que esa alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva*”<sup>63</sup>.

## **9. ANALISIS ESTADÍSTICOS SOBRE LOS ERTES COVID-19**

Llegados a este punto, vamos a indicar de forma general la evolución de los ERTES en este estado de pandemia, haciendo una comparativa a nivel nacional en cuanto los ERTES por comunidades y diferenciando los ERTES **por ETOP y los ERTES por Fuera Mayor**.

---

<sup>61</sup> En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

<sup>62</sup> STSJ de Valencia (Sala de lo Social, Sección 1), de 17 de diciembre de 2020 (REC. 1927/2020), en el mismo sentido vid. STSJ de Granada (Sala de lo Social, Sección 1) de 5 de noviembre de 2020 (REC. 919/2020), en el mismo sentido, vid. SJS de Burgos (Sección 2) de 1 de junio de 2020 (Resolución núm. 95/2020).

<sup>63</sup> STS (Sala de lo Social, Sala Cuarta), de 30 de noviembre de 2005 (REC. 1439/2004).

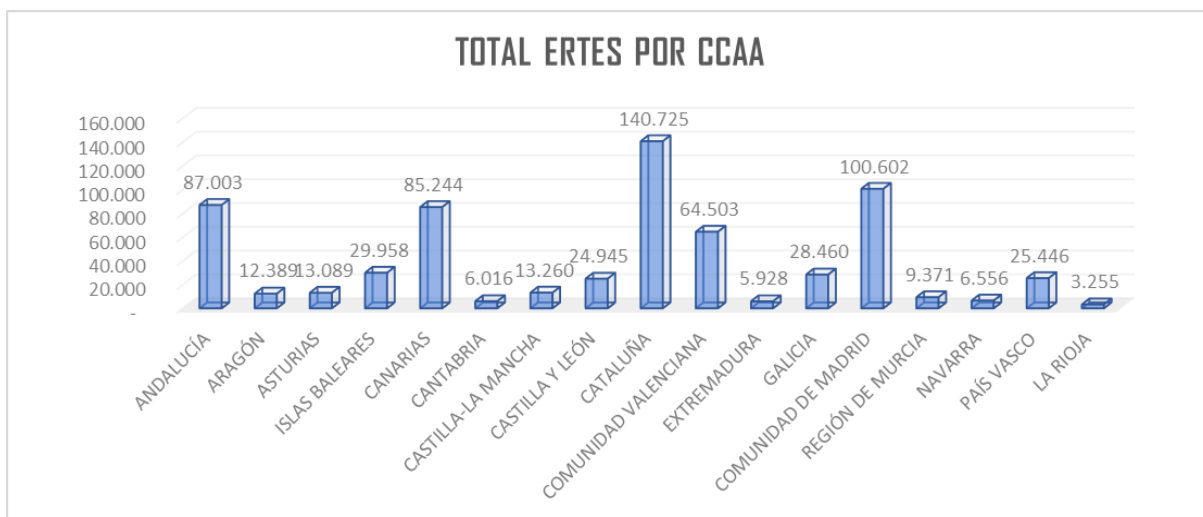


Figura 2: Elaboración propia a través de los datos ofrecidos por Comisiones Obreras (CCOO) de la Comisión Tripartita a fecha 16 de Abril de 2021.

Es este gráfico, podemos observar que la comunidad que más se ha visto afectada por procedimientos de regulación de empleo es Cataluña con 140.725 trabajadores. En el otro extremo, la comunidad menos afectada es La Rioja con 3255 trabajadores en total. Tras Cataluña, Madrid se sitúa en segunda posición con 100.602 trabajadores afectados. Las cifras también son muy altas en Canarias y Comunidad Valenciana.

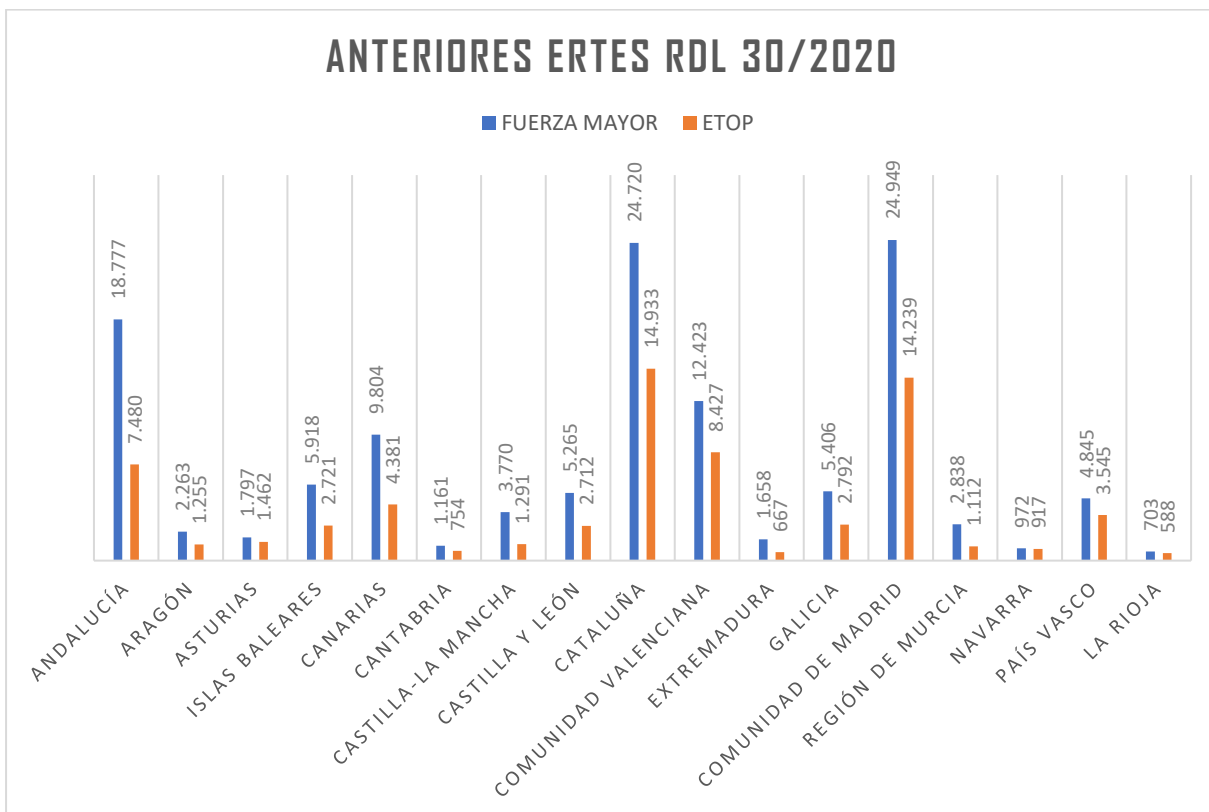


Figura 3: Elaboración propia a través de los datos ofrecidos por Comisiones Obreras (CCOO) de la Comisión Tripartita a fecha 16 de abril de 2021.

En los procedimientos de regulación de empleo anteriores al Real Decreto Ley 30/2020 hay un mayor número de trabajadores afectados por un ERTE de fuerza mayor en todas las comunidades. En Cataluña la diferencia entre los trabajadores de ERTE de FM y los afectados por ERTE ETOP es de 9.787 trabajadores mientras que en Andalucía la diferencia es mayor. 11.297 trabajadores de diferencia.

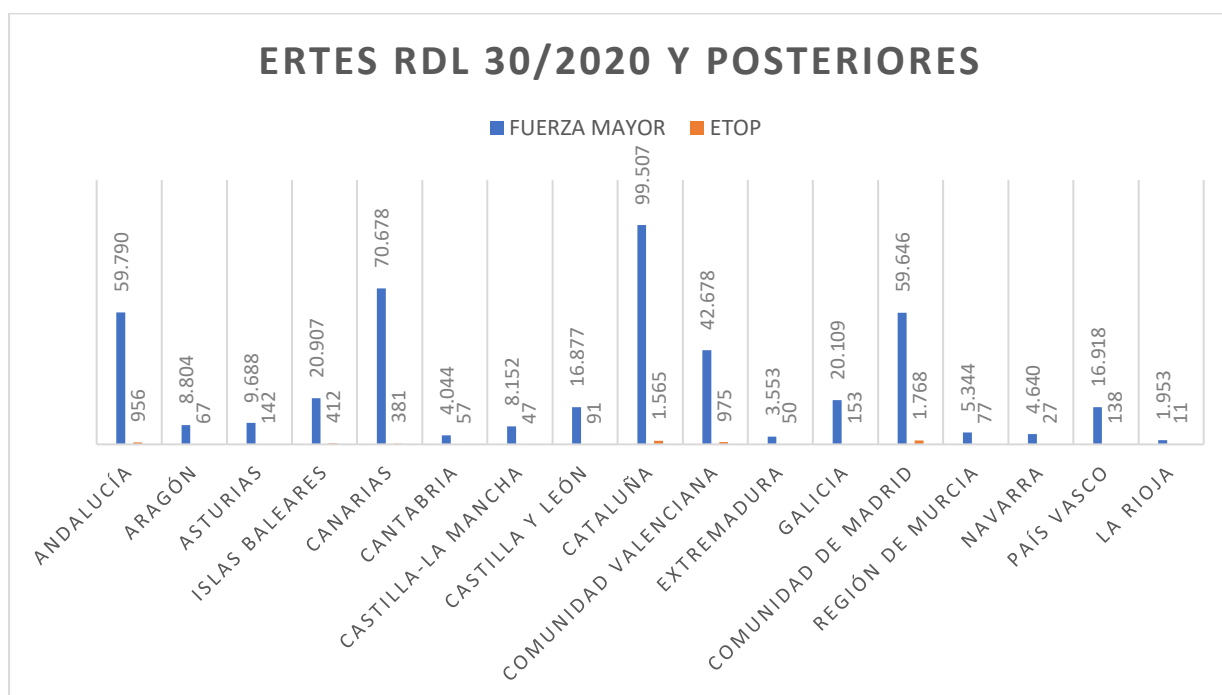


Figura 4: Elaboración propia a través de los datos ofrecidos por Comisiones Obreras (CCOO) de la Comisión Tripartita a fecha 16 de abril de 2021.

Los procedimientos de regulación de empleo posteriores al Real Decreto Ley 30/202 han incrementado la diferencia entre los ERTE por fuerza mayor y los ERTE ETOP, En Cataluña la diferencia entre las dos causas de ERTE es de 97.942 trabajadores.

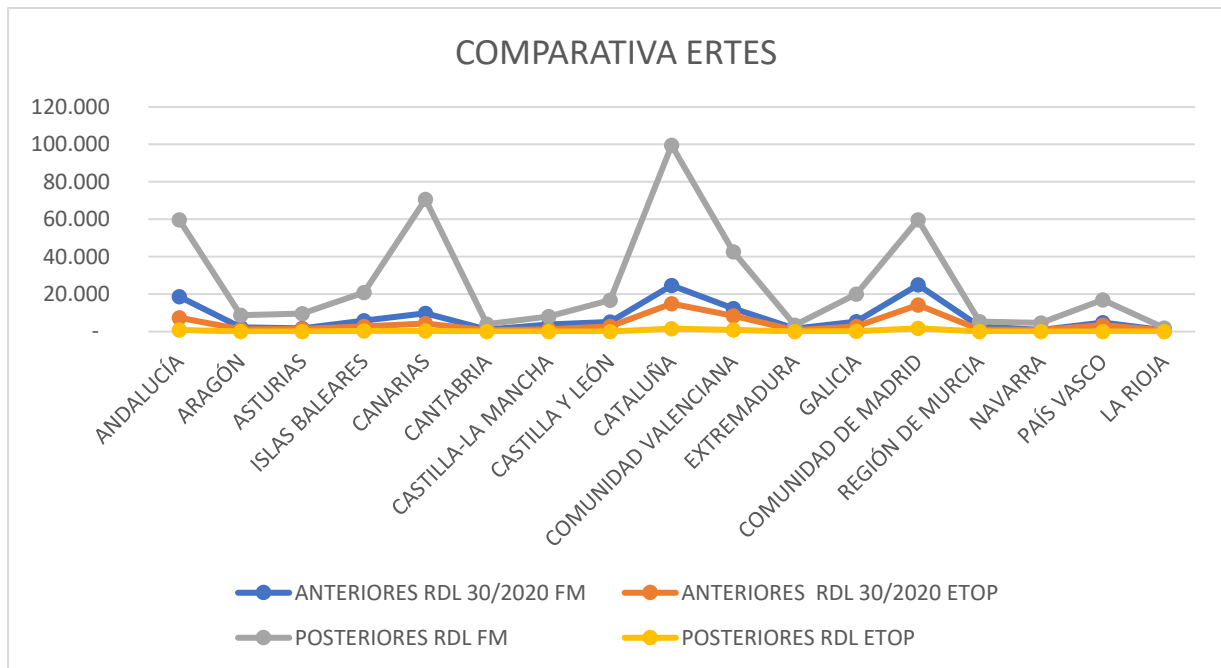


Figura 5: Elaboración propia a través de los datos ofrecidos por Comisiones Obreras (CCOO) de la Comisión Tripartita a fecha 16 de abril de 2021.

En la comparativa de ERTES anteriores y posteriores al Real Decreto Ley 30/2020 vemos que del total de los trabajadores afectados por un ERTE, los posteriores al RDL se han visto incrementados. Podemos concretar, que a la vista de las gráficas, en primer lugar, el aumento de este tipo de procedimiento, es debido a que las empresas se han acogido a la suspensión o reducción de jornada del contrato laboral por Fuerza mayor frente a los ERTES ETOP por la ventaja que supone este tipo de procedimiento, con la exoneración del pago de las cotizaciones a la seguridad social, y con un añadido ventajoso para los trabajadores el poder acudir al desempleo sin los requisitos previos de tiempo de cotización, así como, el periodo generado en pandemia no se contabilizan como días consumidos de paro.

## 10. CONCLUSIONES

Transcurrido ya más de un año desde el inicio de las medidas especiales dictadas por el Gobierno de la Nación para combatir la crisis económica y social originada por la pandemia del Covid-19, ya podemos sacar algunas primeras conclusiones sobre lo que a efectos tanto laborales como procesales ha supuesto o está suponiendo tales medidas en nuestras relaciones laborales, siendo un estudio con variada normativa y con distintas interpretaciones por parte de los Juzgados de los Sociales.

Primera.- Consideramos, y así lo dicen las estadísticas aportadas, que la apuesta por los ERTEs ha sido un notable acierto.

Segunda.- Desde el punto de vista social ha evitado muchísimo despidos, recordemos que quien está en ERTE mantiene la relación laboral, ésta solo se suspende, mientras que el ERE supone el cese de la relación laboral; ese mantenimiento de la relación laboral con la percepción de la ayuda correspondiente para paliar la falta de ingresos por la suspensión del trabajo por cuenta ajena, indudablemente evita también la conflictividad social que generan las situaciones de muchísimos despidos y además suponen la esperanza de que cuando mejore parcialmente la situación se produzca una vuelta al trabajo, y cuando se supere definitivamente la crisis sanitaria la reincorporación al empleo temporalmente suspendido.

Tercera.- Lo mismo ha sucedido con respecto a la litigiosidad en sede judicial. A diferencia de la anterior crisis económica, la iniciada en 2008, donde gubernamentalmente se apostó por los EREs y los despidos individuales, que dieron lugar a una ingente cantidad de conflictos tanto individuales y colectivos que ocasionaron un colapso en la jurisdicción social del cual aún no ha habido recuperación total de dicha crisis, los ERTEs no han ocasionado apenas litigiosidad. En primer lugar porque la gran mayoría han sido tramitados por fuerza mayor, negociados entre la empresa y la representación sindical o de los trabajadores, siendo en una proporción enorme confirmados por la Autoridad Laboral, con lo que muy pocos han sido los que se han recurrido ante la jurisdicción social por el procedimiento establecido en el Real Decreto Ley 8/2020. En segundo lugar, al haberse evitado los despidos de modo general los procedimientos de esta modalidad procesal se han mantenido en un nivel similar a los que se producían antes de la pandemia y de las medidas excepcionales para combatirla, nuestros juzgados de lo social en estos momentos posiblemente no podrían hacer frente a una avalancha de demandas como se produjo a partir del 2008 con la crisis económica anterior.

Cuarta.- Otra de las conclusiones que hemos llegado, podemos decir, que en su momento, al inicio de la crisis y de la aplicación de los RDL que se produjeron en marzo y abril del año pasado había intranquilidad por el hecho de que la tardanza de la autoridad laboral para resolver, por el gran número de solicitudes de ERTEs, cuando se superaban los cinco días desde la entrada de la solicitud, si el silencio administrativo sería positivo o negativo, se apostaba siempre por el positivo, sin embargo seguían existiendo dudas y por ende inseguridad jurídica,

no obstante el criterio judicial analizado en este trabajo está siendo claro en cuanto al valor positivo del silencio administrativo incluso cuando fuera de plazo llegan resoluciones denegando el expediente Temporal de Empleo.

Quinta.- También ha dado mucho que hablar en el periodo comentado, la calificación que se debe dar a un despido sin causa que se produce durante la situación de medidas especiales, principalmente estado de alarma, dictadas durante la pandemia. Así una parte de la doctrina científica consideró que las exposiciones de motivos de los RDL 8/2020 y 9/2020, establecían la “prohibición de despedir”, pues dichos despidos sin causa o con causa ficticia, durante todo el estado de alarma suponen una nueva categoría de despidos prohibidos o vedados por causa de utilidad pública o emergencia nacional que deben tener el mismo tratamiento que los discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales, por lo que tales despidos debían ser calificados como nulos y no como improcedente.

Sexta.- En el anterior sentido y teniendo en cuenta que al inicio del estado de alarma algunas empresas aplicaron despidos, bien por causas objetivas o disciplinarias, que realmente encubrían un fraude de ley al carecer de fundamentos sólidos que pudieran avalar su procedencia, se presentaron demandadas pidiendo la nulidad de los mismos, con los argumentos antes expuestos, además de incidir en el hecho de que si el empleador no justifica que las medidas contempladas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 son insuficientes para superar los efectos que la reducción o suspensión de la actividad vinculadas a la crisis sanitaria la calificación del despido no puede ser otra que la nulidad y ello en base a la interpretación del art. 2 del RDL 9/2020.

Sin embargo el criterio mayoritario que se está manteniendo en las sentencias dictadas hasta ahora por los juzgados de lo social, es que el despido en estos casos deberá ser calificado de improcedente, donde con criterio general interpretando el artículo 2 del RDL 9/2020 no determina la nulidad del despido pues ese precepto no introduce una verdadera prohibición de despedir sino más bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la improcedencia de un despido en esta coyuntura, pues la discusión estaría entre la procedencia y la improcedencia, y no la declaración de nulidad, pues sobre la nulidad nada dice la norma.

En efecto al ser tasadas por nuestro ordenamiento jurídico los motivos de nulidad, todos ellos de carácter discriminatorio, y no haber establecido la norma comentada la nulidad directa del despido en esas circunstancias muy difícil iba a ser que la jurisprudencia optara por la nulidad en estos casos, como se ha comentado en nuestro análisis sobre el tema con la muy reciente Sentencia de 31 de marzo de 2021 de la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya en el Recurso de Suplicación 3825/2020, en Sala General ha establecido el criterio de la improcedencia en estos supuestos.

Séptima.- Llegados a este punto final, nos preguntamos: ¿Qué puede pasar cuando terminen los ERTES? ¿Llegarán los despidos masivos? Esperemos que no, al menos de forma generalizada, aunque en sectores de la hostelería es probable, habrá que tomar medidas para evitarlo, pues como se ha dicho, ni nuestro sistema social ni nuestro sistema judicial están en disposición de soportar una avalancha de procesos de despido, se podría colapsar la justicia en el orden jurisdiccional social, pues actualmente en la Provincia de Almería tenemos señalamientos para mayo de 2025, sería difícil imaginar un incremento desproporcionado de litigios con estos antecedentes, sin olvidar el drama social y económico que supondría.

Consideramos que en el futuro se debería seguir apostando por los ERTES, siendo una figura muy eficaz a la hora del mantenimiento del empleo y de evitar conflictos.



## 11. BIBLIOGRAFIA/WEBGRAFIA

ALONSO ARANA, M. “Nuevas medidas (económicas y sociales) contra el Covid-19. Análisis normativo RDL 8/2020. Aranzadi digital núm. 1/2020 parte estudios y comentarios.

BAYLOS GRAU, A. “El necesario cambio en la regulación de las relaciones laborales en España”, en Revista *Temas para el Debate. El Trabajo en Tiempos de Pandemia*. Núm. 312, 2020, págs. 25-27.

BAYLOS GRAU, A. (2020). “La prórroga del estado de alarma y medidas laborales adicionales de garantía del empleo en la crisis del covid-19”. *Blog del Autor* <https://baylos.blogspot.com/2020/03/la-prorroga-del-estado-de-alarma-y.html>.

BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Covid-19 y medidas socio laborales de emergencia (RD Ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, *IUS Labor* 1/2020, págs. 45-110.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: *ERTE Suspensivo y de Reducción de Jornada, Una Mirada Crítica a las relaciones laborales*, Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social. <https://ignasibeltran.com/indice-de-entradas-por-temas>.

BENAVIDES VICO, A. *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE [Recurso electrónico] / Antonio Benavides Vico, Abogado y graduado social. Profesor de la Universidad Ramón Llull y de la Universidad Abierta de Cataluña. Arbitro del Tribunal Laboral de Cataluña. Ex Inspector de Trabajo y Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BLASCO PELLICER A, LÓPEZ BALAGUER, M. AND RAMOS MORAGUES, F. *Esquemas ERES y ERTES [Recurso electrónico]: despidos colectivos y suspensiones de contratos / Ángel Blasco Pellicer, Magistrado Tribunal Supremo, Sala IV. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Mercedes López Balaguer, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia, Francisco Ramos Moragues, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BONACHERA VILLEGAS, R. “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso laboral”, en *Derecho, Justicia, Universidad, liber amicorum* de Andrés de la Oliva Santos, Tomo 1, Madrid, 2016, págs. 403-426.

CALVO GALLEGO, F.J: “*El tratamiento de los ERTE durante la actual crisis sanitaria. Trabajo, persona, derecho y mercado*”. Obtenido de: <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/02/el-tratamiento-de-los-erte-durante-la-actualcrisis-sanitaria/>

CAVAS MARTÍNEZ, F. “*Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19 Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia*”, Revista de Estudios Jurídico laborales y de Seguridad Social, Núm. 1, 2020, (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19).

CRUZ VILLALÓN, J, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*”, Relaciones Laborales, nº 21, 2010, pág.1 y ss.

FALGUERA BARÓ, M.A.: *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria, Albacete 2020.*

GALA DURÁN, C.” *La suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada como estrategias empresariales frente a la crisis*”, en *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, Nº 53, 2011, págs. 25-56.

GALÁN, C. J. “*¿Existen de verdad la prohibición de despido y el permiso retribuido recuperable?*” Blog Hay derecho (Expansión), 2020, <https://hayderecho.expansion.com>

MOLINA NAVARRETE, C., “*COVID-19 y arte de lo jurídicamente posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo*”, Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 446, 2020.

PEREZ VIDAL, A. “*ERTEs por causas ETOP vinculados al COVID-19: la novedosa composición de la comisión negociadora*”. Aranzadi, Actualidad Jurídica núm. 962/2020 parte comentario.

PRECIADO DOMÉNECH, C. H., y PURCALLA BONILLA, M. A.: “*Comentarios de urgencia al RD 1483/2012, de 29 de octubre, regulador de los procedimientos de despido colectivo, suspensión contractual y reducción de jornada*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, núm. 33, pág.154.

RODRIGUEZ HERNÁNDEZ, J. “*El despido por causas del Covid, ¿Improcedencia o nulo?*”, Diario la Ley núm. 9791, sección tribuna, febrero de 2020.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (con otros) “*Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*” Monográfico respuestas laborales y de protección social a la pandemia por coronavirus. Revista de Estudios sobre ciencias del trabajo y protección social, núm. 1, Sevilla 2020.

ROJO TORRECILLA, E., “Emergencia sanitaria y legislación laboral. Primeras notas sobre el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19”, 2020, blog del Autor, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/emergencia-sanitaria-y-legislacion.html>.

ROQUETA BUJ, R. (2020) *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo [Recurso electrónico] Incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTES por causas relacionadas con el COVI-19 / Remedios Roqueta Buj, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia. Valencia: Tirant lo Blanch.*

SEMPERE NAVARRO, A-V., “El Derecho laboral, la pandemia y las preposiciones”, Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm. 964, 25 de junio de 2020.

ZAFRA MATA, D.: “*La impugnación de los ERTES y demás procedimientos derivados del Covid-19*”, Mayo2020. Obtenido en [https://www.cgsalmeria.com/images/Impugnaci%C3%B3n\\_ERTES\\_y\\_procedimientos\\_derivados\\_del\\_COVID-19.pdf](https://www.cgsalmeria.com/images/Impugnaci%C3%B3n_ERTES_y_procedimientos_derivados_del_COVID-19.pdf)

## **GUIAS CONSULTADAS**

Manual de respuesta sindical ante el Covid-19 de Comisiones Obreras (CCOO), “*Situaciones relacionadas con los ERTE y otras situaciones relacionadas con el Covid-19*”. Mayo 2020.

Gabinete de estudios Jurídicos de CCOO, Actualidad laboral “*Efectos sobre los Expedientes de Regulación de Empleo, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, núm. 8, Marzo 2020.*

Consejo General del poder judicial: <https://www.poderjudicial.es/search/>

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://boe.es/>

Ministerio de Trabajo y Economía Social Español E.T.D.M.Y .2020. (Fuente: [https://www...mites.gob.es/ficheros/ministerio/contacto\\_ministerio/FAQ\\_ERTES\\_derivados\\_coronavirus.pdf](https://www...mites.gob.es/ficheros/ministerio/contacto_ministerio/FAQ_ERTES_derivados_coronavirus.pdf)).

## **12. JURISPRUDENCIA**

STS (Sala de lo Civil, Sección 1) de 18 de noviembre de 1997, (REC. 2290/1993).

STS Andalucía (sala de lo Cont-Adm. de Granada) de 18 de junio de 2001, (Resolución: 431/2001)

STS (Sala de lo Social, Sala Cuarta) de 30 de noviembre de 2005 (REC. 1439/2004).

STS (Sala de lo Social, Sección 991) de 25 de Enero de 2021, (Rec. de Casación. 125/2020).

SAN (Sala de lo Social, Sección 1) de 15 de junio 2020 (Rec. 113/2020).

SAN (Sala de lo Social, Sección 1) de 20 de julio 2020 (REC. 128/2020).

SAN (Sala de lo Social, Sección 1) de 30 de julio 2020 (REC. 13072020).

SAN (Sala de lo Social, Sección 1) de 22 de octubre 2020 (REC. 332/2020).

SAN (Sala de lo Social, Sección 1) de 12 de noviembre 2020 (REC.162/2020).

SAN (Sala de lo Social, Sección 1) de 2 de febrero 2021, (REC. 151/2020).

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1) de 16 de julio de 2020 (REC. 295/2020).

STSJ de Bilbao (Sala de lo Social, Sección 1) de 22 de septiembre 2020 (REC. 987/2020).

STSJ de Bilbao (Sala de lo Social, Sección 1) de 24 de septiembre de 2020 (REC. 970/2020).

STSJ de Granada (Sala de lo Social, Sección 1) de 5 de noviembre de 2020 (REC. 919/2020).

STSJ de Coruña (Sala de lo Social, Sección 1) de 13 de noviembre 2020 (REC. 195/2020).

STSJ de Valencia (Sala de lo Social, Sección 1) de 17 de diciembre de 2020 (REC. 1927/2020).

STSJ de Catalunya (Sala General de lo Social) de 31 de marzo de 2021, (REC.3825/2021).

SJS de Burgos (Sección 2) de 1 de junio de 2020 (Resolución núm. 95/2020).

SJS de Barcelona (Sala de lo Social, Sección 29) de 28 de julio de 2020 (REC. 349/2020).

SJSO de Barcelona (Sala de lo Social, Sección 26) de fecha 31 de Julio de 2020 (REC. 384/2020).

SJSO de Pamplona (Sala de lo Social, Sección 3) de 21 de Diciembre 2020, (REC. 637/2020).