

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE  
EMPLEO POR FUERZA MAYOR DERIVADOS DEL COVID-19

*TEMPORARY REGULATION OF EMPLOYMENT DUE TO FORCE  
MAJEURE DERIVED FROM COVID-19*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 724-733*



Karen  
SANTARUFINA  
NATIVIDAD

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

**RESUMEN:** En el presente artículos exponemos la regulación y tramitación de los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor derivados de la crisis sanitaria causada por el COVID-19. Para ello, revisaremos el concepto de fuerza mayor, la regulación de los expedientes temporales de empleo, las modificaciones causadas por el COVID, los beneficios específicos previstos para este tipo de ERTE y la obligación de mantenimiento de empleo.

**PALABRAS CLAVE:** ERTE; estado de alarma; fuerza mayor; autoridad laboral; compromiso de mantenimiento de empleo; silencio positivo.

**ABSTRACT:** *In this article we explain the regulation and processing of temporary employment regulation files due to force majeure resulting from the health crisis caused by the COVID-19. To achieve this, we will review the concept of force majeure, the regulation of temporary employment files, the modifications caused by the COVID, the specific benefits foreseen for this type of ERTE and the obligation to maintain employment.*

**KEY WORDS:** *ERTE; state of alarm; force majeure; labour authority; commitment to maintain employment; no response is treated as a positive response.*

1. Contexto. El 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 por un período de quince días naturales que, posteriormente, se ha ido prorrogando. Esta decisión se tomó por parte del Gobierno con unas cifras oficiales de 136 fallecidos, 293 ingresados en UCI y más de 5.700 contagiados.

En el citado RD 463/2020, se acordó la prohibición de apertura al público en todo el territorio nacional de determinados locales, establecimientos, negocios y actividades.

Con anterioridad, el 13 de marzo de 2020, la Comunidad de Madrid ya ordenó el cierre de una gran parte de comercios y negocios para intentar evitar la propagación del virus en dicho territorio, al ser la comunidad más afectada en ese momento por el virus, a través de la Orden 367/2020 de 13 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19).

Así pues, con la declaración del estado de alarma se tomaron una serie de medidas restrictivas tanto para ciudadanos como para empresas -limitación de la libertad deambulatoria de los ciudadanos y prohibición apertura de negocios que no fueran esenciales- con la finalidad de aislar al máximo número de personas en sus domicilios e intentar frenar la propagación de la enfermedad y evitar así que el sistema de salud pública sufriera un colapso.

Estas circunstancias excepcionales desembocaron en que algunos sectores económicos tuvieron que cerrar sus puertas al público obligatoriamente al estar incluidos en el listado de actividades del anexo del RD 463/2020. Sin embargo, no solo los negocios incluidos en dicho listado se vieron afectados por la gestión de la crisis sanitaria, sino que gran parte de la actividad económica e industrial del país se vio perjudicado directa e indirectamente por la declaración del estado de alarma y sus consecuencias, tales como: la caída de ventas, falta de libertad deambulatoria de los ciudadanos, falta de suministros, contagio de parte de las plantillas y falta de equipos de protección y EPIS para dotar a los trabajadores durante la prestación de servicios.

• **Karen Santarrufina Natividad**

Abogada. Directora del Departamento de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de Durán & Durán Abogados. Correo electrónico: karen@duranyduranabogados.com

Por ello, muchas empresas se vieron en la obligación de llevar a cabo expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE) en aras de poder garantizar la futura viabilidad empresarial.

**2.** Expediente de regulación temporal de empleo. Los ERTE son procedimientos colectivos de suspensión de contratos o reducción de jornada que afectan temporalmente a una parte o a la totalidad de la plantilla de una empresa. Se trata, en definitiva, de una medida de reestructuración empresarial temporal.

El ERTE puede ser de suspensión o de reducción de jornada, es decir, que se puede tomar la decisión tanto de suspender contratos de trabajo como reducir la jornada de trabajo entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada ordinaria. Una medida no es excluyente de la otra, esto es, puede afectarse a una parte de la plantilla con reducción de jornada mientras a que a otra parte se le suspende.

Existen dos causas para llevar a cabo un ERTE, a saber: a) causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, ETOP); y, b) fuerza mayor.

En este artículo nos vamos a centrar en los ERTE por fuera mayor exclusivamente derivados del COVID-19. Ha de tenerse en cuenta que la tramitación de un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es distinta a la de un ERTE por fuerza mayor.

Su regulación la encontramos en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en 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.

Con posterioridad a la declaración del estado de alarma, se dictaron nuevas normas sobre la tramitación de expedientes de regulación temporal de empleo como consecuencia exclusiva del COVID-19. Así los artículos 22, 23, 24 y disposición adicional sexta 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 o el artículo 3 del 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, entre otros.

**3.** Fuerza mayor. El concepto de fuerza mayor ha sido tratado en numerosas ocasiones por los Tribunales. Así, la Sala Social del Tribunal Supremo en su

Sentencia de 20 noviembre de 2018 (ECLI ES:TS:2018:4241) afirmó que “La fuerza mayor equivale, desde luego, a un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable”.

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, definió la fuerza mayor a efectos de la aplicación de ERTES derivados del COVID-19 en los siguientes términos: “Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”

Muchas de las empresas que se vieron afectadas directa o indirectamente por la declaración del estado de alarma iniciaron expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor:

**4.** Beneficios para las empresas y para los trabajadores de los ERTE por fuerza mayor por COVID-19. El mayor beneficio para las empresas ha sido la exoneración del 100% del abono de la cotización a la Seguridad Social para las empresas de menos de 50 trabajadores, y la exoneración del 75% para las empresas de 50 trabajadores o más.

El beneficio para los trabajadores afectados por ERTE de fuerza mayor por COVID-19 es que se encuentran en situación legal de desempleo y tienen derecho a cobrar dicha prestación aun cuando no cumplieran los requisitos previos de cotización. Además, el periodo de cobro de dicha prestación no se tendrá en cuenta para futuras prestaciones, es decir, que el tiempo consumido en desempleo se tendrá como no consumido para aquellos trabajadores que tuvieran que pedir la prestación de desempleo.

**5.** Tramitación de ERTE por fuerza mayor derivada del COVID-19. El ERTE por fuerza mayor se inicia mediante solicitud de constatación de existencia de fuerza mayor a la Autoridad Laboral.

A dicha solicitud debe acompañarse:

i) Memoria explicativa de la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19

En la memoria se exponen los datos de la empresa, la estructura de la plantilla, las causas que motivan la presentación del expediente de regulación temporal de empleo, el alcance del mismo, la redistribución de la jornada de trabajo y el objetivo de las medidas.

ii) Comunicación a los trabajadores o, en caso de que exista, a la representación legal de los trabajadores de la voluntad empresarial de iniciar un ERTE por fuerza mayor.

En dicha comunicación se indicará la medida concreta que se va a solicitar (suspensión de contratos o reducción de jornada), la fecha inicial de efectos y las razones por las que se toma esa decisión.

iii) Documentación acreditativa de la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19.

No existe una documentación específica o números clausus. Las actividades incluidas en el anexo del RD 463/2020, de 14 de marzo, solamente tendrán que aportar la decisión gubernativa. Sin embargo, las empresas afectadas por cierre de proveedores, contagio de plantilla, falta EPIS, etc., pueden aportar toda la documentación acreditativa de dichos extremos.

Una vez presentada la solicitud con la documentación descrita, las empresas deben presentar la solicitud colectiva de prestaciones por desempleo para sus trabajadores afectados ante el Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de los cinco días siguientes desde la solicitud del ERTE, aun cuando no hayan recibido Resolución de la autoridad laboral.

Tras resolución, ya sea expresa o por silencio administrativo, la empresa dará traslado de las medidas concretas de suspensión o reducción de jornada, así como de la estimación de la resolución a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

**6.** Plazo para resolver. Efectos del silencio positivo. La autoridad laboral tiene un plazo de 5 días para resolver sobre la existencia de la causa de fuerza mayor de carácter temporal, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Si en dicho plazo no ha resuelto y notificado la resolución, la

solicitud se entiende estimada por silencio positivo en aplicación del artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Del mismo modo es de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre los efectos del silencio administrativo positivo de las resoluciones dictadas por el Fondo de Garantía Salarial fuera de plazo. Así, la STS 13 febrero 2020 (Roj 2020, 785) afirma:

“a. La normativa aplicable al efecto, está recogida en el art. 43.1, 2 y 3 de la Ley 30/1992, que resulta de indudable aplicación al FOGASA y es cronológicamente pertinente.

b. El alcance del silencio positivo administrativo que viene reconociendo esta Sala, diciendo que “no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado”, y siguiendo la interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal según la cual: “una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos *contrarios* al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad”.

c. Igualmente, se ha considerado la doctrina constitucional que se contiene en la STC 52/2014, de 10 de abril, confirmando que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración Pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.

d. Esta regulación es la que se mantiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24, sobre el “Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado” se establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos que identifica. También dispone que, en los casos de estimación por

silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

e. Del mismo modo, se ha puntualizado que: “Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en la normativa vigente en cada momento. - Por el contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo -resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que ‘en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo’”.

**7.** Duración de un ERTE por fuerza mayor: A diferencia de los ERTE por causas ETOP que pueden tener una duración relativamente larga en el tiempo, los ERTE por fuerza mayor están vigentes mientras dure esa fuerza mayor que los motivó. En este caso se mantienen mientras duren las prórrogas del estado de alarma, aunque ya existe un preacuerdo entre Gobierno, sindicatos y asociaciones empresariales para alargarlos hasta el 30 de junio de 2020 con independencia de si se prorroga o no el estado de alarma hasta esa fecha. Una vez alcanzada la fecha límite, las empresas deberán reincorporar a toda su plantilla y volver a hacerse cargo de las cotizaciones y salario.

**8.** Compromiso de mantenimiento de empleo. La disposición adicional sexta del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo dispone “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.”

El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 también regula en su disposición adicional decimocuarta que: “las medidas previstas en los artículos 22 a 28 de Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, resultarán de aplicación a todas las personas trabajadoras, con independencia de la duración determinada o indefinida de sus contratos”.

La Dirección General de Trabajo, a preguntas formuladas por las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, ha publicado su criterio (criterio orientativo, no vinculante) sobre esta cuestión, entendiendo que "el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. En el caso de contratos temporales, el compromiso tampoco se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación."

A este respecto no se han regulado las consecuencias de este incumplimiento.

Conviene precisar que en el borrador de acuerdo entre el Ministerio de Trabajo, sindicatos y asociaciones empresariales que todavía debe ratificarse y publicarse en el Boletín Oficial del Estado se prevé una excepción a la cláusula de compromiso de mantenimiento de empleo y se regulan las sanciones para las empresas que lo incumplan.

En este sentido, el texto recoge que no están sujetos a la cláusula de mantenimiento las empresas en las que concurra riesgo de concurso de acreedores.

Las sanciones por el incumplimiento pasarían por la devolución de las cotizaciones no ingresadas junto con el correspondiente recargo e intereses de demora, sin perjuicio de la aplicación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

