



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

ERTEs suspensivos por fuerza mayor

Presentado por:

Antonio de la Fuente McCauley

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 09 de julio de 2021

RESUMEN

Los ERTes (Expedientes de Regulación Temporal del Empleo)suspectivos por fuerza mayor son un mecanismo de flexibilidad interna que permite a los empleadores suspender temporalmente contratos de trabajo ante situaciones de fuerza mayor, la cual se caracteriza por ser impredecible e inevitable y por escapar a la esfera de control y voluntad del empresario. Procedimentalmente, estos ERTes se caracterizan por la falta de un período de consultas, justificada por la intervención de la autoridad laboral destinada a constatar la existencia de fuerza mayor.

Además, los ERTes por fuerza mayor han sido una herramienta esencial en la protección del empleo durante la pandemia de COVID-19, debido a la paralización masiva de actividad empresarial que esta ha provocado. Esto ha supuesto un gran número de reformas normativas en 2020 y 2021 por la vía de Reales Decretos-leyes, normativa que se analiza en este trabajo.

Palabras clave: flexibilidad interna, ERTes, suspensión del contrato, fuerza mayor, ERTes por COVID, futuro de los ERTes.

ABSTRACT

Force majeure (or overwhelming force) suspensive RTERs (Record of Temporary Employment Regulation) are an internal flexibility mechanism that allows employers to temporarily suspend working contracts in the face of overwhelming force or *force majeure*, which is defined as unpredictable and inevitable, and escapes the employer's control and his will. Procedurally, these records are characterized by the lack of a negotiation phase, which is justified by the intervention of the Labor Authority, destined to verify the existence of a *force majeure* situation.

In addition to this, *force majeure* RTERs have been an essential tool in protecting employment during the COVID-19 pandemic, due to the massive stoppage in businesses. This has provoked a considerable number of regulatory reforms in 2020 and 2021, through the use of Royal Decree laws, which are studied in this essay.

Key words: internal flexibility, RTERs, contract suspension, *force majeure*, COVID RTERs, future of RTERs.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. FLEXIBILIDAD LABORAL INTERNA Y EXTERNA EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS.....	6
2.1. Contexto histórico y concepto.....	6
2.2. Flexibilidad interna frente a flexibilidad externa.....	7
2.3. Situación en las últimas reformas laborales.....	8
2.3.1. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral..	8
2.3.2. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.....	11
2.3.3. 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.	13
3. ERTES SUSPENSIVOS POR FUERZA MAYOR.....	17
3.1. Concepto.....	17
3.2. Suspensión temporal del contrato de trabajo frente a extinción del contrato y reducción de jornada.	17
3.3. Distinción de los ERTES suspensivos por fuerza mayor de otras figuras reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.....	21
3.3.1. ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.....	21
3.3.2. Reducción temporal de jornada por fuerza mayor.....	22
3.4. La fuerza mayor como presupuesto de este mecanismo de suspensión.	24
3.5. Procedimiento.....	28
3.5.1. Iniciación.....	28
3.5.2. Instrucción.....	30
3.5.3. Resolución.....	31
3.6. Efectos.....	35
4. NORMATIVA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR FUERZA MAYOR DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19.....	39
4.1. Pandemia de COVID-19 como causa de suspensión de los contratos.....	39
4.1.1. La fuerza mayor en relación con la pandemia de COVID-19.....	42
4.1.2. Tipos de ERTES por fuerza mayor en relación con la pandemia y especialidades en su tramitación...	48
4.2. Posible proyección de estos cambios en la legislación laboral general.	59
5. CONCLUSIONES.....	64
6. FUENTES.....	68
6.1. Bibliografía.....	68
6.2. Textos normativos.....	69
6.3. Jurisprudencia.....	70
6.4. Webgrafía.....	73
6.5. Bases de datos.....	75
7. ANEXO.....	76
7.1. Estadística de evolución de trabajadores afectados por un ERTE en España en las últimas décadas.....	76
7.2. Trabajadores afectados por medidas de regulación de empleo y variación interanual en enero y febrero entre 2020 y 2021.	77
7.3. Variaciones en la ocupación laboral durante la crisis del COVID-19.	77

ABREVIATURAS

art. – Artículo

CC – Código Civil

Col. – Colaborador

Coord. – Coordinador

COVID-19 – Coronavirus Disease 19 (Enfermedad del Coronavirus 19)

DA – Disposición Adicional

ERE – Expediente de Regulación del Empleo

ERTE – Expediente de Regulación Temporal del Empleo

ERTE ETOP – ERTE por causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción

ET – Estatuto de los Trabajadores

IPREM – Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples

LGSS – Ley General de la Seguridad Social

LJS – Ley de la Jurisdicción Social

LPAC – Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

No. – Número

p. – página

RD-1 – Real Decreto-ley

RDL – Real Decreto Legislativo

ref. – referencia

RPDC – Reglamento de Procedimientos de Despido Colectivo (y de suspensión de contratos y reducción de jornada)

SEPE – Servicio de Empleo Público Estatal

ss. – siguientes

STCT – Sentencia del (extinto) Tribunal Central de Trabajo

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TRLET – Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

1. INTRODUCCIÓN.

Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo (de ahora en adelante, ERTes) son un mecanismo de flexibilidad interna a disposición del empresario, que le permiten suspender temporalmente un contrato de trabajo, exonerando a las partes (trabajador y empleador) de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo. También le permiten reducir la jornada del contrato de trabajo, pero este estudio se centrará en los ERTes suspensivos, y dentro de estos, en los fundamentados en una causa de fuerza mayor.

Aparece regulado de forma general en los arts. 45, 47 y 48 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre (a partir de ahora, ET). Las causas que pueden justificar los ERTes aparecen en el art. 45 del mismo texto normativo.

Pueden darse por dos circunstancias: por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; o por fuerza mayor. En este trabajo se estudiarán los ERTes fundamentados en la segunda, la fuerza mayor.

Con este trabajo se pretende abordar los siguientes aspectos:

- Se hará una aproximación general a los ERTes como mecanismos de flexibilidad interna, analizando las tendencias legislativas en este ámbito en los últimos años.
- Se ofrecerá una visión básica sobre los ERTes suspensivos por fuerza mayor, diferenciándolos de figuras similares y analizando el procedimiento que se lleva a cabo para aprobar estos expedientes y la causa que los justifica: la fuerza mayor.
- Se analizarán los cambios y la evolución normativa de estos mecanismos de suspensión de contratos durante la pandemia de COVID-19, viendo la configuración de la misma como posible causa de fuerza mayor, las modalidades específicas que se han creado para hacer frente al impacto económico de la pandemia y las distintas medidas que se han aprobado para proteger el empleo en esta situación. También se estudiarán controversias que han surgido como consecuencia de estas medidas, por ejemplo la calificación de los despidos que incumplan la denominada “prohibición” de despedir o si la fuerza mayor relacionada con la pandemia es una nueva fuerza mayor o no.

Para concluir, se estudiará cómo pueden influenciar los cambios normativos llevados a cabo durante la pandemia a la legislación general futura, en resumen, analizar el futuro de los ERTes.

2. FLEXIBILIDAD LABORAL INTERNA Y EXTERNA EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS.

2.1. Contexto histórico y concepto.

Para hablar de la flexibilidad interna o externa en el ámbito laboral, primero es necesario examinar qué significa este término en general y de dónde procede.

Para ello, hay que remontarnos al siglo XIX, en el cual se produce el origen del Derecho del Trabajo como tal. Tras la Revolución Industrial, se produce un aumento notable del número de trabajadores por cuenta ajena, que se concentran en fábricas y centros industriales y tienen cada vez mayor especialización en las tareas que realizan.

En este contexto aparece la filosofía liberal, que aboga por la separación entre los trabajadores y los medios de producción, lo que implica renovar totalmente el modelo feudal, en el que los artesanos eran a la vez trabajadores y dueños de sus medios. Esta renovación se produce con la revolución burguesa, que provoca cambios en la organización del trabajo y en la estructura de la población trabajadora.

Sin embargo, con el surgimiento del movimiento obrero y su transformación de un movimiento mutualista a un movimiento revolucionario, aparece el intervencionismo estatal, forzando al Estado liberal a abandonar su teórica neutralidad ante las injusticias sociales. Así es como surge el Derecho del Trabajo, como contrapeso a las injusticias y a la desigualdad entre empresarios y trabajadores.

Recordar este contexto histórico es importante, porque la flexibilidad laboral surge precisamente como consecuencia de una creciente desconfianza en el Derecho del Trabajo, al que se imputan las altas tasas de desempleo. Así, se produce un retorno parcial a la ideología liberal, que se materializa en estas medidas de flexibilidad. Ese retorno supone volver a la concepción liberal de las relaciones de trabajo y conlleva la precarización de la posición jurídica de los trabajadores por cuenta ajena.¹

Dicho esto, conviene determinar el concepto de “flexibilidad laboral”. Se trata de un concepto relativamente nuevo, surgido a finales del siglo XX, que hace referencia a “la capacidad de adaptación de la fuerza de trabajo a los cambios en el ambiente económico”².

¹ COS EGEA, Manrique, “La flexibilidad laboral como retorno a una concepción liberal de las relaciones de trabajo”, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, Núm. 38 (2018). P. 63 a 80.

² RECIO, A. “Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, No. 5, 1994, p. 57.

Se trata, en definitiva, de un conjunto de mecanismos puestos a disposición de los empresarios con el fin de permitirles adaptar su fuerza de trabajo a las necesidades concretas de su actividad en cada momento de la misma. Por ello, se suele conceptuar como una capacidad del empresario o empleador.

Es importante hacer una precisión en este punto; cuando a lo largo de este trabajo se hable de “empresarios”, debe entenderse como sinónimo de “empleadores”, ya que si bien ambos términos no son sinónimos exactos, en el argot común del Derecho del Trabajo se emplean indistintamente. Así, no es necesario que el empleador sea siempre una empresa o un empresario, sino que esta equiparación semántica supone entender que el concepto “empresario” significa “la persona física o jurídica, privada o pública, que emplea a un trabajador”.³

Estos mecanismos pueden clasificarse en dos grandes categorías, que se analizarán más en profundidad a continuación: mecanismos de flexibilidad interna y mecanismos de flexibilidad externa.

2.2. Flexibilidad interna frente a flexibilidad externa.

La flexibilidad interna es una facultad del empresario que le permite distribuir la mano de obra dentro de la propia empresa de la forma que él considere más adecuada a las necesidades del momento. Encuentra su fundamento en el poder de dirección empresarial, y, en parte, en el *ius variandi* empresarial (“en parte”, porque siguiendo la doctrina de Alonso Olea y Montoya Melgar, no cabe incluir la modificación sustancial de condiciones de trabajo en ese *ius variandi*, por ejemplo).

Comporta varios mecanismos o facultades, como los relativos a la calificación profesional, tiempo de trabajo, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato de trabajo, reducción de la jornada laboral...

Se trata de medidas que generalmente tienen carácter temporal y poca duración, dado que sirven para adaptarse a las circunstancias concretas. Sin embargo, hay que puntualizar que esto es un rasgo general, no siempre es así, puesto que por vicisitudes empresariales o de

³ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo”, en *El empresario laboral*, coordinado por BLASCO PELLICER, Ángel. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. P. 15, haciendo referencia al concepto contenido en el art. 1.2 ET.

otro tipo algunas de estas medidas pueden prolongarse en el tiempo. Pero lo normal es que sean medidas provisionales y breves. Los ERTes se sitúan en el último grupo, son una medida temporal de suspensión del contrato de trabajo, y se incardinan por lo tanto en la flexibilidad interna.

La flexibilidad externa, en cambio, supone una serie de medidas destinadas a la distribución de mano de obra entre empresas, es decir, se refiere a despidos y contratación de trabajadores, se dirige no hacia una empresa en particular sino al mercado de trabajo en general. Sirve al empresario para aumentar o disminuir el volumen de trabajadores de forma permanente o prolongada en el tiempo, a diferencia de la flexibilidad interna.

2.3. Situación en las últimas reformas laborales.

2.3.1. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Sin tener en cuenta los importantes cambios que han tenido lugar durante la pandemia de COVID-19, que se estudiarán más adelante, la última reforma laboral general se produjo en 2012, con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modifica el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En la misma, el legislador optó por dar preferencia a la flexibilidad interna sobre la externa, aunque hay que matizar que dicha preferencia solo se hace efectiva si los agentes sociales aplican esos mecanismos de flexibilidad interna en la práctica. De hecho, el texto normativo de la reforma contiene un Capítulo entero, el tercero, dedicado a las medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas, que se desglosa en los distintos ámbitos de la flexibilidad interna.

Si entramos a analizar concretamente los cambios referentes a la flexibilidad interna⁴ introducidos en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores del 95 mediante el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, encontramos los siguientes: se

⁴ GIMÉNEZ ARNAU, R., 2012. *La nueva reforma laboral: flexibilidad interna y externa*. [en línea] Garrigues.com. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-nueva-reforma-laboral-flexibilidad-interna-y-externa> [Acceso el 27 de febrero de 2021].

modificó el sistema de clasificación profesional eliminando el controvertido concepto de “categorías profesionales” para crear un concepto unitario de “grupo profesional” y se flexibiliza así la movilidad funcional, dando más libertad a los empresarios en este ámbito⁵; se establece la posibilidad de distribuir irregularmente el 5% de la jornada laboral, medida que antes de la reforma solo se podía efectuar mediante convenio o pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁶; se eliminan las “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva” como requisito para la encomienda de funciones inferiores, lo cual facilita la movilidad funcional⁷; en la movilidad geográfica se elimina la posibilidad de que la autoridad laboral amplíe el plazo de incorporación de los trabajadores trasladados y paralice por tanto los efectos del traslado durante un plazo igual o inferior a seis meses, además de que se añade la posibilidad de fijar, mediante convenio colectivo o acuerdo durante el periodo de consultas, prioridad de permanencia a favor de colectivos distintos de los representantes de los trabajadores (antes de la reforma no se podía pactar esa prioridad para otros colectivos)⁸; se amplía el ámbito material de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (a cuantía salarial y sistema remuneratorio), se reduce el plazo de comunicación previa para las mismas de 30 a 15 días y se extiende la posibilidad de rescisión del contrato por perjuicio causado por esa modificación sustancial⁹; en cuanto a suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se elimina la referencia al art. 51 del ET, regulando el procedimiento a llevar a cabo para esas suspensiones o reducciones de jornada fundadas en causas distintas de la fuerza mayor¹⁰; y, por último, en el ámbito de la negociación colectiva se amplía el ámbito material de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo mediante un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se descentraliza la negociación colectiva al incluir como materia en la que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa las que dispongan acuerdos o convenios colectivos del 83.2¹¹, se eliminan requisitos mínimos de contenido de los convenios y se establece que una vez pasados dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin negociar uno nuevo y sin haberse emitido un laudo arbitral, el convenio perderá su vigencia y se aplicará el convenio

⁵ Art. 8 RD-l 3/2012, que modifica el art. 22 del ET.

⁶ Art. 9 RD-l 3/2012, que modifica el art. 34.2 del ET.

⁷ Art. 10 RD-l 3/2012, que modifica el art. 39 del ET.

⁸ Art. 11 RD-l 3/2012, que modifica el art. 40 del ET.

⁹ Art. 12 RD-l 3/2012, que modifica el art. 41 del ET.

¹⁰ Art. 13 RD-l 3/2012, que modifica el art. 47 del ET.

¹¹ ARADAS, Alejandro, *Concurrencia de convenios y prioridad de aplicación* [en línea], CUESTIONES LABORALES. Disponible en <<https://www.cuestioneslaborales.es/concurrencia-de-convenios-y-prioridad-de-aplicacion/>>. [Acceso el 28 de febrero de 2021].

de ámbito superior¹².

Además de los cambios que hemos visto en el Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto-ley introduce, a través de su art. 15, medidas de apoyo a la suspensión de contratos de trabajo y a la reducción de jornada. Se trata de una medida de especial interés en este trabajo, consistente en una bonificación del 50% a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores que se encuentren en situación de suspensión del contrato o de reducción temporal de la jornada. Para poder tener acceso a esa bonificación, el empresario debe comprometerse a mantener a los trabajadores durante un año tras finalizar la suspensión del contrato. Las condiciones de esta bonificación aparecen en dicho artículo como sigue:

“2. (...) será requisito **necesario que el empresario se comprometa a mantener en el empleo a los trabajadores afectados durante al menos un año** con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción. En caso de incumplimiento de esta obligación, deberá reintegrar las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores, (...).

No se considerará incumplida esta obligación cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

Las **empresas que hayan extinguido o extingan** por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo **contratos a los que se haya aplicado la bonificación establecida en este artículo quedarán excluidas por un periodo de doce meses de la aplicación de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.**”¹³

Respecto a la flexibilidad externa también se produjeron modificaciones: en primer lugar, la eliminación del requisito de autorización administrativa de la Consejería o del Ministerio de Empleo para llevar a cabo despidos colectivos¹⁴, lo cual supone una reducción en el coste de los mismos; y los despidos individuales también se abarataron, rebajando la

¹² Art. 14 RD-I 3/2012, que modifica los arts. 82, 84, 85, 86 y 89 ET.

¹³ Art. 15.2 RD-I 3/2012.

¹⁴ Art. 18 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, que modifica el art. 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

indemnización por despido improcedente en contratos indefinidos de 45 días (por año de servicio) a 33, y reduciendo el límite máximo de mensualidades de 42 a 24, si bien se respetaron los derechos adquiridos por los trabajadores fijos con contratos anteriores.

Podemos ver que en general las reformas efectuadas en materia de flexibilidad en 2012 estaban destinadas a facilitar esta flexibilidad para el empresario. De hecho, el propio Capítulo III del Real Decreto-Ley 3/2012 se titula “Medidas para favorecer la flexibilidad interna...”. La bonificación a las cuotas de la Seguridad Social de los empresarios que suspendan o reduzcan la jornada de sus trabajadores es un claro ejemplo, está destinada a estimular el uso de estos mecanismos.¹⁵ Ese favorecimiento de la flexibilidad interna supone también favorecer a los empresarios frente a los trabajadores, lo cual evidencia esa tendencia liberalizadora de la que hablaba en el primer epígrafe de este capítulo.

2.3.2. *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.*

El 6 de julio de 2012 se promulga la Ley 3/2012, que toma como punto de partida el Real Decreto-ley 3/2012, e introduce algunas modificaciones en el mismo. Dado que esta Ley¹⁶ establece como derogadas todas las normas de rango igual o inferior a ella que la contradigan, se entiende que el Real Decreto-ley 3/2012 queda tácitamente derogado (quedaría derogado en las partes en que se oponga a la Ley 3/2012, y para los aspectos en que coinciden ya está esa misma Ley).

En lo que a flexibilidad interna se refiere, las principales modificaciones realizadas respecto al contenido del Real Decreto-ley son las siguientes: en lo referente a tiempo de trabajo se amplía el porcentaje de distribución irregular de la jornada en caso de que no haya acuerdo, del 5% al 10%, se introduce un periodo de preaviso mínimo de 5 días, y se introduce el derecho del trabajador a la adaptación y distribución de su jornada para permitir la conciliación de la vida personal, familiar y laboral¹⁷; en cuanto a movilidad geográfica se reconoce el derecho preferente de los trabajadores con discapacidad a ser destinados a localidades cercanas cuando tengan que recibir tratamiento de rehabilitación fuera de su

¹⁵ GIMÉNEZ ARNAU, R., 2012. *La nueva reforma laboral: flexibilidad interna y externa*. [en línea] Garrigues.com. Disponible en <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-nueva-reforma-laboral-flexibilidad-interna-y-externa>. [Acceso el 27 de febrero de 2021]

¹⁶ Disposición derogatoria única, apartado 2.

¹⁷ Art. 9 de la Ley 3/2012, que modifica el art. 34 ET.

localidad¹⁸; en la suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se definen esas causas como sigue:

“Se entiende que concurren causas **económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas **técnicas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas **organizativas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas **productivas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.¹⁹

Además, se incluyen, como efectos de una sentencia que declare injustificada una medida de suspensión del contrato, la inmediata reanudación del contrato y la condena al empresario a pagar al trabajador los salarios dejados de percibir por este, y se introduce la posibilidad de sustituir el periodo de consultas por mediación o arbitraje.

En relación con la negociación colectiva, se aclara qué causas económicas pueden fundamentar el descuelgue o inaplicación de un convenio colectivo, son las mismas que se introducen en el art. 47.1 en relación con la suspensión de contratos. También se reducen los plazos de ultraactividad de los convenios colectivos, de los dos años que establece el Real Decreto-ley a un año.²⁰

Por otra parte, también hay cambios en esta Ley respecto del Real Decreto-ley en el ámbito de la flexibilidad externa. Respecto a los despidos colectivos, se aclara cómo debe hacerse la comparación para apreciar que existen causas económicas justificativas de los mismos (se entiende que existe disminución persistente en los ingresos o ventas cuando en cada trimestre estos sean inferiores a los del mismo trimestre del año anterior) y, al igual que en las suspensiones por causas distintas a la fuerza mayor, se permite sustituir el periodo de

¹⁸ Art. 11. Tres de la Ley 3/2012, que introduce el apartado 3.ter del art. 40 ET.

¹⁹ Art. 47.1 ET, en su redacción dada por el art. 13 de la Ley 3/2012.

²⁰ Art. 14 de la Ley 3/2012, que modifica el art. 82 del ET.

consultas por mediación o arbitraje²¹. Además, en relación con el Fondo de Garantía Salarial, se establece que abonará las indemnizaciones directamente al trabajador, en vez de al empresario.²²

2.3.3. *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.*

En 2012 también se emite el Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Este Reglamento se dicta dentro de la habilitación dada al Gobierno por la Disposición Final 19ª de la Ley 3/2012, y tiene como objetivo la adecuación de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada a las modificaciones introducidas en ese año. Eran necesarias ciertas modificaciones, principalmente, por el paso, en esos mecanismos de flexibilidad empresarial basados en causas objetivas, de un sistema de autorización administrativa a un sistema de negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores durante un periodo de consultas.

La eliminación de la autorización administrativa en los despidos colectivos supone que el periodo de consultas adquiere una importancia mucho mayor que antes, si bien el Reglamento procura a la vez promover la rapidez y agilidad de los procedimientos, en aras a facilitar la flexibilidad y hacer frente a la crisis del mercado laboral. Este procedimiento de consultas viene dotado de una regulación precisa en el art. 7 y siguientes del Reglamento, con el fin de que el empresario y los representantes de los trabajadores lleguen a un acuerdo. Se pretende, al promover estas soluciones consensuadas, evitar despidos colectivos a través de medidas de flexibilidad interna. Por tanto, volvemos a encontrarnos aquí una preferencia del legislador de la flexibilidad interna sobre la externa.²³

Hay que destacar que el Reglamento tiene tres títulos:

- El Título I se refiere a los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

²¹ Art. 18.Tres de la Ley 3/2012, que modifica el art. 51 del ET.

²² Art. 19 de la Ley 3/2012, que modifica el art. 33.8 del ET.

²³ IBERLEY, *Análisis del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012, de 29 de octubre)* [en línea]. Iberley.es. Disponible en <<https://www.iberley.es/practicos/analisis-reglamento-procedimientos-despido-colectivo-suspension-contratos-reduccion-jornada-rd-1483-2012-29-octubre-821>>. [Acceso el 2 de marzo de 2021]

- El Título II regula la extinción y suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor.
- El Título III introduce especialidades relativas a los despidos colectivos del personal laboral al servicio de entidades del sector público.

La razón de regular en dos títulos distintos los procedimientos fundamentados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y los basados en una situación de fuerza mayor radica en la necesidad de obtener en los segundos una resolución administrativa que constate la existencia de dicha causa de fuerza mayor, lo cual si bien no supone una autorización como tal, sino la simple constatación de la situación de fuerza mayor, sigue siendo un control o supervisión por parte de la autoridad laboral. Esto se puede observar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de abril de 2021, que citando la Exposición de Motivos del Reglamento, establece:

“La diferencia esencial es que mientras los procedimientos derivados de fuerza mayor tienen por finalidad el obtener un pronunciamiento de la autoridad laboral consistente en la constatación del hecho constitutivo de la misma y son, por ello, procedimientos administrativos, los primeros no persiguen una respuesta de una autoridad administrativa, como sucedía en la regulación anterior, sino sobre todo establecer las peculiaridades de un proceso esencialmente bipartito, tal como lo dibuja la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y en el que la autoridad laboral no juega un papel decisorio, como sucedía hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero”²⁴

Aquí encontramos la diferencia con los procedimientos de extinción o suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que se regulan buscando la primacía de la autonomía negocial de las partes a través del periodo de consultas previamente mencionado. De hecho, la intervención de la autoridad laboral en estos procedimientos se configura a través de advertencias y recomendaciones que van precisamente ordenadas a garantizar que dichas negociaciones se lleven a cabo respetando el procedimiento establecido en el art. 20 del Reglamento, pues en ningún caso supondrán la paralización o suspensión del procedimiento²⁵.

²⁴ STSJ NA 237/2021 - ECLI:ES:TSJNA:2021:237, citando la Exposición de Motivos del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

²⁵ Art. 21.1 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y de Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada, aprobado mediante Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

Es decir, el Reglamento prevé que la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social emita un informe tras recibir la comunicación del empresario²⁶ relativa al período de consultas, pero el propio artículo 22 del Reglamento, que regula este informe, delimita su contenido, al establecer que debe referirse a “los extremos de la comunicación empresarial a que se refiere el artículo 17.2 y sobre el desarrollo del periodo de consultas”²⁷.

En cambio, en los procedimientos de regulación del empleo fundamentados en una situación de fuerza mayor, el cauce procedimental establecido en este Reglamento no se basa principalmente en la autonomía negocial de las partes. Esto es porque, sin perjuicio de la facultad del empresario de decidir qué procedimiento utiliza una vez verificada la fuerza mayor, es necesario en primer lugar constatar que existe la misma, lo que se hace a través de un procedimiento administrativo regulado en los artículos 32 y 33, que se inicia mediante solicitud de la empresa y tiene dos fases: una de instrucción, en la cual la autoridad laboral debe recabar informe preceptivo de la Inspección de Trabajo; y otra de resolución, cuyo contenido queda limitado a la verificación o no de la existencia de fuerza mayor en el caso concreto. Si la autoridad laboral acredita que se da una situación de fuerza mayor, entonces el empresario podrá elegir entre extinción de los contratos, suspensión de los contratos o reducción de jornada, pero no se prevé la realización de una fase negocial como en los procedimientos fundamentados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En resumen, vemos que con este Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada el legislador también pretende facilitar la flexibilidad laboral (la simple eliminación de la autorización administrativa es prueba fehaciente de ello), y en particular opta por promover de forma más intensa la flexibilidad interna, configurándola como la alternativa deseable a la flexibilidad externa, mediante la regulación de un periodo de consultas cuyo fin es llegar a soluciones distintas de los despidos colectivos a través del diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, hay que hacer una precisión respecto a este Real Decreto, puesto que en 2015, el Tribunal Supremo declaró nulo el apartado 1º de la Disposición Final 2ª y una

²⁶ Art. 20.6 del RPDC.

²⁷ Art. 22, apartado 2, in fine, del RPDC.

parte del apartado 3º del art. 35 del mismo. En esta sentencia de 19 de mayo²⁸, el Tribunal Supremo declara nulo el concepto de insuficiencia presupuestaria contenido en el art. 35.3 (referente a los despidos colectivos en las Administraciones Públicas a las que se refiere el art. 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) como causa económica justificativa de un despido colectivo, por considerar que es contrario al Estatuto de los Trabajadores. Concretamente, consideran que contraviene el Estatuto porque no se hace referencia en ese artículo al carácter sobrevenido y persistente que debe tener esa insuficiencia presupuestaria para fundamentar un despido colectivo, eliminando el carácter material de este requisito y convirtiéndolo en un mero dato formal.

Además, declara nulo también el primer apartado de la Disposición Final 2ª, que modificaba el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, regulador de la protección por desempleo. Dicho apartado es nulo porque establecía que el empresario tenía que comunicar las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, mientras que el Estatuto de los Trabajadores²⁹ y la Ley de Seguridad Social³⁰ establecen que dichas medidas deben comunicarse a la autoridad laboral.

²⁸ STS 2049/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2049.

²⁹ Art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁰ Disposición adicional 63ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

3. ERTES SUSPENSIVOS POR FUERZA MAYOR.

3.1. Concepto.

Los ERTes suspensivos por fuerza mayor son una subespecie de los ERTes en general. Estos se pueden definir como un mecanismo de flexibilidad interna a disposición del empresario que permiten paralizar temporalmente la ejecución del contrato de trabajo o reducir, también de forma temporal, la jornada de sus trabajadores; y que tienen que estar justificados por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción; o por una causa de fuerza mayor.

Concretamente, los ERTes por fuerza mayor vienen reconocidos en el art. 45.1.i) ET, y aparecen regulados en el art. 47.3 del mismo texto legal.

Con el fin de delimitar este concepto, conviene analizar primero las semejanzas y diferencias que presenta respecto de figuras similares, para después pasar al estudio de la causa que fundamenta este tipo de expedientes: la fuerza mayor.

3.2. Suspensión temporal del contrato de trabajo frente a extinción del contrato y reducción de jornada.

Los ERTes suspensivos por fuerza mayor son uno de los mecanismos de flexibilidad laboral a disposición del empresario. Con el fin de realizar un estudio exhaustivo de este concepto, conviene en primer lugar ofrecer una definición de los ERTes suspensivos en general y diferenciarlos de otros mecanismos de flexibilidad, como son la extinción del contrato de trabajo o la reducción de jornada.

Los ERTes son expedientes regulados en el art. 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. Su función es suspender el contrato de trabajo de forma temporal como consecuencia de determinadas circunstancias que convierten la prestación laboral en innecesaria o imposible. Durante este periodo de suspensión, el trabajador y el empresario quedan exentos de sus obligaciones recíprocas (trabajar y remunerar el trabajo). Sin embargo, el empresario tiene la obligación, una vez desaparezca la causa de suspensión, de reincorporar al trabajador, de acuerdo con el art. 48.1 del ET; y debe además seguir pagando las cuotas de la Seguridad Social del trabajador, que seguirá dado de alta. El trabajador cuyo contrato queda suspendido, por su parte, tiene derecho a cobrar la prestación por desempleo o, en su defecto,

el subsidio por desempleo, si cumple los requisitos legales para ello, y tiene derecho también a reincorporarse una vez cese la causa de suspensión, como he mencionado antes.

Hay que tener en cuenta que no se prevé un periodo máximo de suspensión del contrato de trabajo, pues el art. 16.3 del RD 1483/2012 solo establece que la duración de la suspensión se adecuará a la situación que la motiva. Sin embargo, podemos entender que existe un límite indirecto, que se sitúa en el límite temporal a la prestación por desempleo, que será de 720 días si el trabajador ha cotizado 2.160 días, de acuerdo con el baremo del art. 269.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.³¹

Los ERTEs se pueden subsumir dentro de una categoría más amplia de expedientes, los EREs (Expedientes de Regulación del Empleo), y considerarse como una subespecie de estos cuya particularidad reside en la temporalidad de los mismos. Sin embargo, a veces se emplea el término EREs para referirse exclusivamente a los expedientes que suponen la extinción del contrato de trabajo, es decir, los permanentes, a fin de diferenciarlos de los ERTEs. Se identificarían, de acuerdo con esta última idea, los EREs con los despidos colectivos. Sin embargo, no podemos olvidar que los EREs son una categoría amplia que incluye mecanismos de extinción (despidos colectivos), de suspensión (ERTEs suspensivos del contrato de trabajo) y de reducción de jornada.³²

En primer lugar, veamos la comparación entre extinción y suspensión del contrato de trabajo. Conviene hacer una precisión antes de comenzar dicha comparación, a fin de delimitar los mecanismos concretos que se van a analizar aquí. Esto es porque dentro de la extinción del contrato de trabajo puede haber muchos tipos de extinción distintas, como son³³:

- la muerte, jubilación, incapacidad, o extinción de la personalidad jurídica del empresario y la muerte, incapacidad o jubilación del trabajador;
- la extinción por mutuo acuerdo o por causas pactadas;
- la extinción por voluntad del trabajador, ya sea por libre desistimiento del trabajador,

³¹ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

³² Colaboradores de Wikipedia. *Expediente de regulación de empleo* [en línea]. Wikipedia, La enciclopedia libre, 2021. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Expediente_de_regulaci%C3%B3n_de_empleo&oldid=135910158>. [Acceso el 30 de mayo del 2021].

³³ BLASCO PELLICER, Ángel y BALLESTER PASTOR, María Amparo. *Derecho del Trabajo*, 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Dirigido por José María Goerlich Peset. Coord. Jesús García Ortega. P. 464-527.

por renuncia por causas justificadas o por dimisión de la trabajadora víctima de violencia de género;

- y la extinción por voluntad del empresario, que puede configurarse como despido disciplinario, despido por fuerza mayor, despido por causas objetivas y despido colectivo.

De todas esas formas de extinción del contrato de trabajo, la que nos interesa en particular son los despidos colectivos, pues sus posibles causas son las mismas que las que fundamentan la suspensión temporal de contratos de trabajo de acuerdo con el art. 47 ET, es decir, las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y la fuerza mayor.

La principal diferencia material entre ambos mecanismos de flexibilidad es evidente, y se trata de la permanencia de uno frente a la temporalidad del otro.

Otra importante diferencia entre las extinciones de contratos y la suspensión de contratos es que en las primeras, cuando hablamos de despidos colectivos, existe un requisito cuantitativo para que las extinciones sean consideradas como tales. En cambio, las medidas de suspensión de contratos pueden afectar a un único contrato, a una multitud de contratos, o incluso a la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa (si se dan los presupuestos legalmente establecidos), y además tampoco es relevante el tipo contractual del que se trate: indefinido o temporal, a tiempo completo o parcial... Esto implica cambios procedimentales respecto de las extinciones individuales de contratos de trabajo, puesto que el despido colectivo (también llamado ERE) queda afectado por la Directiva europea 98/59, que exige determinados requisitos como es el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Pero no solo eso, porque si bien esa Directiva 98/59 se aplica a los despidos colectivos, ya sean por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por fuerza mayor; no se aplica a las suspensiones contractuales, por lo que a pesar de la referencia del art. 47.3 al art. 51 a efectos procedimentales, hay diferencias entre los despidos colectivos por fuerza mayor y las suspensiones contractuales por fuerza mayor. Además, antes de la reforma de 2012 se exigía una autorización previa de la autoridad laboral, pero como vimos se suprimió para los EREs y ERTEs fundamentados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, si bien en los expedientes por fuerza mayor sigue habiendo una especie de autorización administrativa en tanto en cuanto la autoridad laboral tiene que constatar la existencia de fuerza mayor.

También presentan algunas similitudes, como por ejemplo la apreciación de la situación de desempleo para los trabajadores afectados. La extinción del contrato de trabajo

mediante despido colectivo supone la entrada automática de los trabajadores despedidos en situación legal de desempleo³⁴. La suspensión de contratos también implica la entrada del trabajador en esa situación legal de desempleo³⁵. A su vez, la suspensión de contratos también supone que la persona trabajadora afectada se encuentre en situación legal de desempleo, con la diferencia de que en este caso, por la naturaleza de la medida que provoca ese desempleo, debe ser transitorio.

Por otro lado, conviene delimitar la suspensión de contratos de trabajo respecto de la reducción de jornada laboral. En primer lugar, puntualizar que la reducción de jornada puede ser permanente o temporal. A diferencia de lo que ocurre con las suspensiones contractuales, en este caso sí que importa si el contrato es a tiempo completo o parcial, porque cuando se pretenda reducir la jornada de un contrato a tiempo completo, las únicas vías son acuerdo entre el empresario y el trabajador si es permanente (porque supondría la conversión de un contrato de tiempo completo a uno de tiempo parcial, que siempre será voluntaria para el trabajador³⁶) o un ERTE de reducción de jornada si es temporal. Dado que la reducción de jornada permanente, como vemos, solo se puede dar cuando el trabajador lo consiente, ya sea al acordarlo él con el empresario o al consentir ese cambio cuando se dé por iniciativa de este, no puede considerarse como un mecanismo de flexibilidad empresarial como tal.³⁷

En este apartado interesa comparar la suspensión de contrato con la reducción permanente de jornada, pues la reducción temporal es objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

En principio, la diferencia más notable entre estos dos mecanismos es la temporalidad de la suspensión frente a la permanencia de la reducción de jornada. Otra distinción relevante es la necesidad de consentimiento del trabajador para producirse esa reducción permanente de jornada cuando se trate de un contrato a jornada completa, pues supone la conversión del mismo en un contrato a tiempo parcial.

³⁴ Art. 267.1.a).1º del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³⁵ Art. 267.1.b).1º del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³⁶ Art. 12.4.e) ET.

³⁷ LABORSER. (Marzo de 2020). *La reducción de la jornada de trabajo por decisión de la empresa*. [en línea] Laborser.es. Disponible en <<https://laborser.es/la-reduccion-de-la-jornada-de-trabajo-por-decision-de-la-empresa/>> [Acceso el 10 de abril de 2021].

3.3. Distinción de los ERTes suspensivos por fuerza mayor de otras figuras reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

3.3.1. ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Los ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ERTes ETOP, a partir de ahora) aparecen regulados en el artículo 47 del ET, cuyo primer numeral recoge la suspensión del contrato de trabajo por estas causas, mientras que el segundo prevé la reducción de la jornada laboral fundamentada en las mismas.

La diferencia a nivel material entre estos ERTes y los de fuerza mayor reside precisamente en la causa que los fundamentan, unos requieren que existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción mientras que los otros se fundamentan en una causa de fuerza mayor temporal. Así, en los ERTes ETOP se exige que concurren determinadas circunstancias que tienen menor entidad que la fuerza mayor. Estas circunstancias, tras la reforma de 2012, vienen definidas en el art. 47.1 ET, como sigue:

“Se entiende que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren **causas técnicas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; **causas organizativas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y **causas productivas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.”

Por otra parte, existe una importante diferencia procedimental, puesto que en el procedimiento de los expedientes ETOP prima principalmente, tras la reforma laboral de 2012, la autonomía negociada de las partes, que se canaliza a través del periodo de consultas; mientras que en los ERTes por fuerza mayor no hay dicho periodo de consultas, y el procedimiento en sí gira en torno a la constatación por la autoridad laboral competente de la existencia de una situación de fuerza mayor.

Otra diferencia apreciable en ambos expedientes reside en la imposibilidad de sujetar las suspensiones o reducciones de jornada de los ERTes ETOP a un término, mientras que la suspensión de contrato por un ERTE por fuerza mayor las medidas de ajuste temporal quedan limitadas por la duración de la situación de fuerza mayor.³⁸

3.3.2. Reducción temporal de jornada por fuerza mayor.

La principal diferencia entre ambas medidas reside en los efectos que producen: la suspensión del contrato implica una paralización de la prestación laboral y de la obligación del empresario de abonar un sueldo, mientras que la reducción de jornada solo implica una disminución en el tiempo de trabajo y en el sueldo, de entre 10% y 70% sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

Sin embargo, a pesar de esa importante distinción, el Real Decreto 1483/2012 establece el mismo procedimiento para ambas medidas.

La distinción entre ambas figuras no es tan fácil como puede inicialmente parecer. Precisamente por la multitud de criterios temporales sobre los que se puede reducir la jornada (diaria, semanal, mensual o anual), puede haber muchas formas distintas de llevar a cabo esa reducción, y en algunos casos eso puede llevar a que sea complicado distinguir la reducción de jornada de la suspensión del contrato. Por ejemplo, hay reducciones de jornada que suponen dejar de trabajar durante varios días una semana, durante varias semanas dentro de un mes, o durante varios meses dentro de un año, y podrían incluso entenderse como ambas figuras, reducción y suspensión. Para poder diferenciar una y otra medida en esas situaciones tan limítrofes, hay que entender que se tratará de una reducción de jornada cuando a pesar de esa minoración en el tiempo de trabajo dentro de esos periodos, se mantenga de forma parcial la actividad laboral, es decir, cuando haya periodos intermitentes de trabajo o “residuos de actividad laboral”³⁹; y, por otro lado, nos encontraremos ante suspensión del contrato cuando la paralización de la actividad laboral sea continuada en el tiempo (dentro del periodo durante el que se produzca), sin pausas intermitentes ni esos residuos de actividad laboral.

³⁸ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 46.

³⁹ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 9.

Otra diferencia importante es que mientras que la suspensión del contrato por fuerza mayor da lugar a una situación de desempleo total temporal del trabajador afectado (art. 262.2 de la LGSS), la reducción de jornada por fuerza mayor puede dar lugar a desempleo total o desempleo parcial:

- La reducción de jornada supondrá desempleo total cuando “el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario” (art. 262.2 LGSS).
- En cambio, la reducción producirá desempleo parcial cuando “el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción” (art. 262.3 LGSS).

De esto se extraen dos conclusiones: la primera, que cuando la reducción produzca solo desempleo parcial, las prestaciones a las que tendrá derecho el trabajador serán distintas de cuando se encuentre en situación de desempleo total; y, en segundo lugar, que si no se alcanza el mínimo recogido en el art. 262.3 para apreciar desempleo parcial (10% de la jornada) o si se supera el máximo (70% de la jornada) los trabajadores no tendrán derecho a prestaciones por desempleo. Existe en este aspecto una cierta desigualdad entre el régimen recogido en el ET y el previsto en la LGSS, puesto que mientras que el art. 47 del ET entiende que hay reducción de jornada entre esos límites computados sobre la jornada diaria, semanal, mensual o anual; el art. 262 de la LGSS, al establecer los límites a la prestación por desempleo, solo contempla el cómputo sobre la jornada diaria. La doctrina entiende que esta discusión debe saldarse tomando como criterio el cómputo establecido en la LGSS, por una cuestión de seguridad jurídica, por lo que las empresas tendrán que ceñirse al mismo.⁴⁰

⁴⁰ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 56.

3.4. La fuerza mayor como presupuesto de este mecanismo de suspensión.

El elemento más importante a la hora de singularizar los ERTes por fuerza mayor es la causa que los justifica. Este concepto no aparece regulado en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que hay que hacer referencia en primer lugar a la definición de fuerza mayor del ordenamiento civil, que la conceptúa como una causa de exención de responsabilidad, y la identifica con “aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”⁴¹

Esta definición no es demasiado exhaustiva, pero la doctrina⁴² ha elaborado más este concepto a partir de la misma. Así, podemos decir que la fuerza mayor es un hecho ajeno a la voluntad de las partes, imprevisible o inevitable y que presenta un nexo causal eficiente entre el hecho inicial y el resultado que afecta a la relación entre las partes. El Tribunal Supremo, en varias resoluciones, ha declarado que no solo se requiere esa imprevisibilidad o inevitabilidad, sino además que el hecho en cuestión debe presentar una “fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente”⁴³.

Esta definición ofrece una idea general del concepto de fuerza mayor civil, pero en el ámbito de los ERTes suspensivos por fuerza mayor hay que matizarlo. Para caracterizar la fuerza mayor en el ámbito laboral respecto de la fuerza mayor en el ámbito civil podemos atender a la STS 4815/2008⁴⁴, de 8 de julio, en la que se diferencia ambas de forma muy clara. En esta sentencia, el Supremo establece que la fuerza mayor general o civil opera como un criterio de imputación a la hora de determinar el incumplimiento del contrato (art. 1105 CC, en relación con los arts. 1101-1104 del mismo texto legal), puesto que la fuerza mayor y el caso fortuito se plantean como causas de incumplimiento opuestas al dolo o la culpa. En cambio, en el ámbito laboral, no se trata de justificar un incumplimiento contractual, sino de apreciar si se da una situación en la que la prestación laboral ha devenido imposible, y por tanto se hace necesaria la extinción o la suspensión del contrato. La fuerza mayor debe predicarse de la circunstancia que provoca la imposibilidad, por lo que por ejemplo el cierre de un centro de trabajo por no pagar el alquiler no puede considerarse como fuerza mayor que fundamente la extinción o suspensión de los contratos, porque resulta previsible (evidente, en este caso) y evitable el hecho de que al no pagar el alquiler, se perderá el derecho

⁴¹ Art. 1105 del Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁴² ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 42.

⁴³ STS 6425/2006, de 31 de octubre - ECLI:ES:TS:2006:6425.

⁴⁴ STS 4815/2008, de 8 de julio - ECLI:ES:TS:2008:4815.

de uso y disfrute sobre ese inmueble.

En ese sentido, la fuerza mayor a la que se refieren los artículos 47.3 y 51.7 del ET se proyecta sobre la figura del empresario, y supone una situación ajena a la voluntad empresarial, fuera de su ámbito de control, e imprevisible, que implica la imposibilidad de la prestación laboral.

El Tribunal Supremo define la fuerza mayor laboral como una situación externa al círculo de la empresa e independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible⁴⁵. Además, en su sentencia de 25 de julio de 1989 ha especificado que la fuerza mayor que fundamenta la suspensión de contratos de trabajo es la fuerza mayor temporal (que es el término empleado por el legislador en el art. 45.1.i) del Estatuto de los Trabajadores), que se caracteriza por provocar que a una de las partes le resulte imposible en forma temporal y transitoria el cumplimiento de su prestación. En esa sentencia el Supremo dice que:

“lo que singulariza a la fuerza mayor frente a las causas económicas o tecnológicas, en las que de alguna forma pueden haber influido actos o conductas del empresario, ya opere aquélla como causa de extinción del contrato de trabajo (...) o como causa de suspensión del mismo, en el supuesto de la denominada «fuerza mayor temporal» (...), no es tanto su imprevisibilidad como el constituir un **acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, del todo independiente de la voluntad del empresario, respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo.** Se quiere decir, que **el carácter inevitable de la fuerza mayor no debe predicarse tanto del suceso en sí, cuanto de su incidencia en la continuidad de la actividad laboral.**”⁴⁶

Como se ve en el anterior pasaje, a pesar de que parece que una de las características que debe predicarse de una situación de fuerza mayor es su imprevisibilidad, esto no se aplica de forma rigurosa y absoluta, puesto que hay situaciones que son hasta cierto punto previsibles, pero se consideran fuerza mayor por suponer la imposibilidad de la prestación por causas ajenas a la voluntad empresarial.⁴⁷ Es por esto que hay que prestar especial atención en la fuerza mayor laboral al ámbito de control del empresario, a qué circunstancias

⁴⁵ SSTs 7 de marzo de 1995, 10 de febrero de 1997, 17 de octubre de 1997, 3 de marzo y 29 de junio de 1998. (STS 9375/1995 - ECLI:ES:TS:1995:9375 ; STS 829/1997 - ECLI:ES:TS:1997:829 ; STS 6178/1997 - ECLI:ES:TS:1997:6178 ; STS 1426/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1426 ; STS 4320/1998 - ECLI:ES:TS:1998:4320)

⁴⁶ STS 4517/1989, de 25 de julio - ECLI:ES:TS:1989:4517, p. 3 y 4.

⁴⁷ STS 3986/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3986, Fundamento de Derecho 4º.

son completamente ajenas a su voluntad y cuáles no.

Es importante diferenciar la fuerza mayor del caso fortuito, una figura similar pero de menor intensidad, en la cual no se da la nota de imprevisibilidad. Así, el caso fortuito no puede justificar la adopción de un ERTE suspensivo, puesto que se entiende que al realizar su actividad económica, el empresario asume determinados riesgos, entre ellos el de caso fortuito. Podemos definir el caso fortuito en este ámbito como un suceso que, a pesar de ser involuntario, es decir, ajeno a la voluntad del empresario, se incardina dentro de los riesgos normales o previsibles en la actividad económica. Con este concepto podemos situar el límite de la fuerza mayor, que se encontraría en la esfera de riesgo que el empresario asume con su actividad.

Por ejemplo, si se produce un corte del suministro de materias primas, aunque en principio supone la imposibilidad de la prestación laboral, es un caso fortuito, por lo menos en general, pues es una circunstancia que se puede dar en el tráfico y que por lo tanto forma parte del riesgo empresarial.⁴⁸ Sin embargo, hay que decir que el estudio de la fuerza mayor supone en muchos casos la necesidad de realizar un análisis muy casuístico, para determinar si en el caso concreto se dan las circunstancias que elevan una situación a la calificación de fuerza mayor. Así, como se ha visto, en principio el corte de suministro de materias primas en general no se considera como una situación de fuerza mayor, pero hay resoluciones que en casos concretos sí que aprecian fuerza mayor, por ejemplo, en el desabastecimiento de materias primas provocado por fenómenos meteorológicos adversos que impiden cultivar o recolectar dichas materias primas, como ocurre en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 3 de abril de 2006⁴⁹, que entiende que existe fuerza mayor cuando una fábrica azucarera no puede llevar a cabo su actividad por corte del suministro de remolacha como consecuencia de lluvias torrenciales que impiden recolectar ese vegetal.

Dada la importancia que tiene el círculo de control del empresario a la hora de determinar si existe o no fuerza mayor en el ámbito laboral, hay que entender que se existe también un cierto deber de diligencia, es decir, se requiere que la situación en cuestión sea imprevisible o inevitable, que escape a su voluntad, siempre que el empresario en cuestión sea diligente en sus obligaciones. En este sentido, la jurisprudencia ha entendido, por ejemplo, que la avería de instalaciones no puede ser considerada fuerza mayor ya que no es un fenómeno imprevisible, sino que si se aplica la diligencia debida en el uso y mantenimiento

⁴⁸ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 42.

⁴⁹ STSJ CL 2073/2006, de 3 de abril - ECLI:ES:TSJCL:2006:2073

de dichas instalaciones, su avería es evitable, y se trata de un elemento que entra dentro del ámbito de control del empresario.⁵⁰

Dentro de la fuerza mayor en sí, la doctrina⁵¹ distingue dos tipos de situaciones, que se diferencian en cuanto a las causas que las originan, si bien tienen los mismos efectos jurídicos: las situaciones de fuerza mayor propia, es decir, sucesos catastróficos (como puede ser una guerra o un desastre natural); y las situaciones de fuerza mayor impropia, sucesos no catastróficos pero que presentan los caracteres necesarios para ser considerados como fuerza mayor (imprevisibilidad o inevitabilidad, involuntariedad e imposibilidad de la prestación). La fuerza mayor impropia abarca los hechos conocidos doctrinalmente como *factum principis*, que implican la imposibilidad de la prestación laboral como consecuencia de una disposición administrativa, gubernativa o judicial que presente carácter imprevisible o inevitable.⁵² Obviamente, para que constituya una situación de fuerza mayor dicha disposición debe ser legal y ajena a la voluntad del empresario.

También es muy importante tener en cuenta el requisito causal, es decir, que el resultado de imposibilidad de la prestación sea consecuencia de un hecho que revista los caracteres de la fuerza mayor. Así, cuando el hecho causal no sea completamente ajeno a la voluntad del empresario (véase, si por ejemplo deriva de una actuación inicial defectuosa del empresario, como puede ser el incumplimiento de normas administrativas que da lugar al cierre del centro de trabajo) el empresario no podrá realizar ERTes por fuerza mayor.

Por último, destacar que no se exigen requisitos muy estrictos en referencia a la eficacia de la situación de fuerza mayor, es decir, que tenga efectos instantáneos o sucesivos, o que su eficacia sea única o paulatina. Esto es porque se pretende favorecer al trabajador, puesto que al admitir así más situaciones como constitutivas de fuerza mayor se faculta al empresario a emitir ERTes en más casos, lo que implica ofrecer en esas situaciones una alternativa a la extinción de la relación laboral. Sin embargo, hay que decir que el beneficio que extraen los trabajadores de esta doctrina es limitado, en el sentido de que los ERTes siguen siendo facultativos para el empresario, que podrá decidir si los adopta o si extingue la

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 597/2006, de 14 de febrero, ECLI:ES:TSJPV:2006:597, que hace referencia a jurisprudencia del Supremo en el mismo sentido, en la sentencia del 10-1-1990, Sala 3ª.

⁵¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, p. 132.

⁵² ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 42.

relación laboral, normalmente en función de lo que le sea más rentable.⁵³

3.5. Procedimiento.

El procedimiento de aprobación de los ERTEs suspensivos por fuerza mayor está regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de forma general; y luego de forma concreta aparece regulado en los arts. 51.7 del ET y 31 a 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. (a partir de ahora, RPDC).

Este procedimiento se caracteriza por el papel que juega la autoridad laboral, que es la encargada de verificar si existe una situación de fuerza mayor. Se pueden distinguir las siguientes fases: iniciación, instrucción y resolución.

3.5.1. Iniciación.

El empresario que quiera realizar un ERTE suspensivo por fuerza mayor deberá enviar una solicitud a la autoridad laboral competente en la que adjunten los medios de prueba que considere oportunos. Además, deberá comunicar el inicio del expediente a los representantes legales de los trabajadores.⁵⁴

Aquí surge una duda, ¿cuál es la autoridad laboral competente?

Para resolver esta cuestión hay que atender al art. 25 del RPDC⁵⁵, que establece la autoridad laboral competente dependiendo del ámbito territorial de los centros de trabajo y los empleados afectados.

Así, cuando se trate de un expediente que solo afecta a trabajadores que desarrollan su actividad o están adscritos a centros de trabajo en una sola Comunidad Autónoma, será competente el órgano determinado por la misma.⁵⁶ Esta podría considerarse como la competencia residual, es decir, estaremos en el ámbito de la Comunidad Autónoma cuando no se den los supuestos recogidos en ese art. 25 RPDC como pertenecientes al ámbito de la

⁵³ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 43.

⁵⁴ Art. 32 RPDC.

⁵⁵ Por remisión del art. 31, *in fine*, RPDC.

⁵⁶ Art. 25.1 RPDC.

Administración General del Estado.

Se considera que el expediente se da en el ámbito de la Administración General del Estado en dos grupos de supuestos: cuando afecte a trabajadores adscritos a centros de trabajo de dos o más Comunidades Autónomas o que presten servicios en Departamentos, entes u organismos de la Administración Estatal; cuando afecte a empresas o centros de trabajo que tengan relación con créditos extraordinarios o avales acordados por el Gobierno, a empresas que pertenezcan al Patrimonio del Estado, a sociedades mercantiles estatales y/o a empresas relacionadas directamente con la Defensa Nacional u otras cuya producción sea declarada de importancia estratégica nacional mediante una ley. En esos supuestos será competente la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.⁵⁷

Si afecta a centros de trabajo en una sola provincia, será competente la Delegación de Gobierno si se trata de una Comunidad Autónoma uniprovincial, o la Subdelegación de Gobierno de la provincia si no lo es. En las ciudades de Ceuta y Melilla será competente la Delegación de Gobierno.⁵⁸

Cabe destacar que a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se le reconoce la facultad de avocar la competencia de estos procedimientos cuando, aunque no tenga competencia en principio, puedan afectar a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social.⁵⁹

En ese artículo se establece también el deber de la autoridad laboral autonómica de informar sobre estos procedimientos a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social cuando la plantilla de la empresa que está solicitando el expediente exceda de 500 trabajadores.⁶⁰

⁵⁷ Art. 25.2.a RPDC.

⁵⁸ Art. 25.2.b y c RPDC.

⁵⁹ Art. 25.2.d RPDC, que hace referencia al art. 14 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶⁰ Art. 25.5 RPDC.

3.5.2. Instrucción.

Recibida la solicitud, la autoridad laboral competente realizará las actuaciones que considere oportunas a fin de esclarecer los hechos presuntamente constitutivos de fuerza mayor. Asimismo, recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.⁶¹

Si figuran en el procedimiento y pueden influir en la decisión circunstancias distintas a las alegadas por la empresa en la solicitud, se dará audiencia al empresario y a los representantes legales de los trabajadores a fin de que puedan alegar esas circunstancias. La audiencia, si procede, deberá realizarse en el periodo de un día.⁶²

Es importante destacar aquí la falta de una fase negocial, como el periodo de consultas, que en cambio sí que se prevé para los expedientes de regulación del empleo fundamentados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En los ERTes por fuerza mayor no cabe periodo de consultas por la misma naturaleza de la situación de fuerza mayor; si por causas imprevisibles o inevitables, ajenas a la voluntad del empresario, se da la imposibilidad de realizar la prestación laboral, no cabe más que tomar medidas, ya sean extintivas, suspensivas o de reducción de jornada, para adaptarse a esa situación. Es por eso por lo que en este expediente la potencial controversia surge *a priori*, no respecto de qué medidas se toman ante la situación de fuerza mayor, sino respecto de si existe o no una situación de fuerza mayor como tal. Y dicha controversia se resuelve por la autoridad laboral competente a través de este procedimiento.

No tendría sentido alguno que una vez constatada la existencia de una situación de fuerza mayor por la autoridad laboral, el empresario y los representantes de los trabajadores negociasen, puesto que la existencia de fuerza mayor ya ha sido constatada por la autoridad laboral, y las posibilidades de actuación del empresario vienen fijadas legalmente, no hay extremos sobre los que negociar. Esto se puede contemplar en la sentencia de 28 de junio de 1988 del extinto Tribunal Central de Trabajo, que establece que “la tramitación del expediente no requiere período de consultas con los representantes de los trabajadores, ya que al tratarse de una constatación por la autoridad laboral de la existencia de dicha fuerza mayor no es susceptible de pacto alguno”⁶³.

⁶¹ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 45, con referencia al art. 33.1 RPDC.

⁶² Art. 33.2 RPDC.

⁶³ STCT de 28 de junio de 1988, Recurso 4478.

Precisamente por la falta de una fase negociada cobra mucha importancia la comunicación de la solicitud a los representantes de los trabajadores, pues la ausencia de ese periodo de consultas no implica que no puedan existir abusos por parte del empresario o resoluciones administrativas que estimen incorrectamente la existencia de una causa de fuerza mayor. Así, al notificarse la solicitud a los representantes de los trabajadores, se garantiza que puedan impugnar o bien la resolución administrativa de la autoridad laboral si consideran que es errónea; o bien la decisión posterior del empresario por la vía del conflicto colectivo (sin perjuicio de que los trabajadores, como se verá, puedan impugnar esa decisión empresarial individualmente).

Aparte del importante papel de la autoridad laboral en este procedimiento, hay que tener en cuenta que aunque en principio el art. 47.3 del ET hace referencia al procedimiento del art. 51.7, a los despidos colectivos también se les aplica la Directiva 98/59/CE, la cual establece algunas precisiones en cuanto a cómo debe realizarse este procedimiento, pero si no están contempladas en la normativa española relativa a los ERTes por fuerza mayor (básicamente el art. 51.7 ET y el RPDC) no serán de aplicación a los mismos, porque la Directiva establece normas para los despidos colectivos, no para la suspensión de contratos.

3.5.3. Resolución.

El contenido de la resolución de la autoridad laboral queda limitado a declarar si existe o no la situación de fuerza mayor. En caso de constatarse efectivamente que se trata de un supuesto de fuerza mayor, corresponde al empresario decidir sobre la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada. Los efectos de estas medidas se producirán durante la duración de la situación de fuerza mayor que las fundamenta.⁶⁴ Además, esta resolución deberá hacer referencia a los siguientes extremos, expresados en el art. 22.2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo:

- a) Datos de identificación de la empresa (nombre o razón social, domicilio de los centros de trabajo, código de cuenta de cotización a la Seguridad Social).
- b) Una lista de los trabajadores afectados y sus números de identificación fiscal.
- c) Causa y carácter de la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados.

⁶⁴ Art. 57.7 ET y 33.3 RPDC.

Si la autoridad laboral no aprecia la existencia de fuerza mayor, el empresario podrá iniciar, de acuerdo con el art. 33.4 RPDC, el procedimiento de despido colectivo o de suspensión o reducción de jornada mediante ERTE ETOP.

Llegado este punto, conviene hacer referencia a dos extremos: los plazos de que dispone la autoridad laboral para resolver y notificar al empresario su resolución; y los efectos del silencio administrativo en estos expedientes.

De acuerdo con el art. 33.1 del RPDC y 51.7 del ET, la autoridad laboral deberá emitir su resolución en el plazo de 5 días desde que se recibió la solicitud por el registro del órgano competente; y tiene un plazo de 10 días hábiles desde que dictó la resolución para notificar a la empresa, ya que en la legislación laboral no se prevé un plazo específico, por lo que hay que atender al plazo general previsto en el art. 40.2 de la LPAC.

Simplemente destacar que esos plazos pueden variar si se dan determinadas circunstancias, previstas en los arts. 22 y 23 de la LPAC, que pueden suponer una suspensión o ampliación del plazo.

Por otra parte, respecto a los efectos del silencio administrativo, en principio hay que aplicar la regla general del silencio positivo del art. 24.1 LPAC, puesto que no se trata de ninguna de las excepciones previstas en ese artículo y no hay ninguna norma con rango de ley (ni a nivel interno, convencional o comunitario) que establezca el silencio negativo en este procedimiento⁶⁵. Esto es criticado por la doctrina⁶⁶, porque entienden que este es un caso en el que el silencio positivo puede llevar a consecuencias muy negativas, como es la apreciación de fuerza mayor cuando esta no existe, lo cual puede implicar unos costes al Servicio Público de Empleo Estatal en concepto de prestaciones para situaciones que en realidad no cumplen el presupuesto legalmente establecido.

Por lo tanto, si el empresario envía la solicitud para poder realizar ERTEs por fuerza mayor y la autoridad laboral no resuelve y notifica en el plazo máximo de 15 días (5 días para resolver, 10 días para notificar), se entiende que la autoridad laboral corrobora la existencia de fuerza mayor y ya no podrá dictar una resolución posterior salvo para reiterar esa presunta

⁶⁵ Podemos observar la aplicación jurisprudencial del silencio administrativo positivo a la solicitud de acreditación de fuerza mayor en la Sentencia de la Audiencia Nacional 38/2020, ECLI:ES:AN:2020:994, Fundamento Jurídico Quinto.

⁶⁶ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 52.

resolución positiva.

Es por esto por lo que es muy importante que la autoridad laboral sea diligente al tramitar estas solicitudes, por los costes injustificados que puede suponer la falta de resolución.

Respecto a la posible revisión de esa resolución administrativa de la autoridad laboral, cabe la resolución de oficio de acuerdo con los arts. 106 a 111 de la LPAC; y la revisión judicial cuando la resolución sea desestimatoria (si la impugna el empresario) o cuando sea estimatoria (si la impugnan los representantes de los trabajadores).

Respecto a la revisión de oficio, aparte de los casos normales (como pueden ser la revisión tras dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente o la corrección de errores aritméticos o materiales en el acto) nos interesa la posibilidad que existe de revisar la resolución (presunta o expresa) declarativa de derechos que incurra en un vicio de anulabilidad y suponga una lesión al interés público, puesto que es la vía que puede servir en casos en que se estime la existencia de fuerza mayor a través del silencio administrativo positivo cuando realmente no exista esa fuerza mayor. Esta revisión está regulada en el art. 107 de la LPAC y requiere de una declaración de lesividad previa y de una impugnación judicial posterior, ante la jurisdicción social, de acuerdo con el art. 2.º) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS).

Respecto a la posible impugnación judicial de los expedientes de regulación temporal del empleo por fuerza mayor, existe una doble posibilidad o un doble cauce de impugnación, al haber por un lado una resolución administrativa que constata la existencia de fuerza mayor y por otro una decisión empresarial posterior, expresa, que declara las medidas concretas y los trabajadores a los que afectan estas.⁶⁷

Así, la resolución administrativa de la autoridad laboral, está sujeta al régimen de impugnación de actos administrativos laborales, de los artículos 151 y 152 de la Ley de Jurisdicción Social (LJS); mientras que la segunda, la decisión empresarial posterior, puede impugnarse por la vía del procedimiento de conflicto colectivo de los arts. 153 y siguientes de la LJS o a través del procedimiento individual del art. 138 de la LJS.

Este doble cauce de impugnación ha sido una de las mayores causas de litigiosidad en esta materia, debido al uso incorrecto de esos cauces o al planteamiento infructuoso de

⁶⁷ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 157.

excepciones judiciales basadas en el supuesto uso incorrecto de uno u otro medio de impugnación.

La delimitación entre ambas vías de impugnación se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

“A los diferentes regímenes de impugnación hemos aludido, entre las más recientes resoluciones, en STS IV de 25.01.2021, Rec. 125/2020; allí enjuiciábamos, por el mismo cauce del conflicto colectivo, una medida suspensiva de contratos por razón de fuerza mayor paralela a la hoy cuestionada, aseverando que en el supuesto de que concurriera una "... discrepancia con la resolución administrativa que constata la fuerza mayor, debió instrumentarla la recurrente, de ser de su interés, por la vía del art. 151 de la LRJS; y ello sin perjuicio de la posibilidad de accionar por circunstancias posteriores a esa resolución administrativa y desvinculadas de la corrección de la misma, lo cual no concurre en el caso examinado, pues en el presente procedimiento lo que se impugna es la decisión empresarial de fecha 31 de marzo de 2020”.⁶⁸

La resolución de la autoridad laboral sobre la existencia o no de fuerza mayor, de acuerdo con el art. 151 LJS, será susceptible de recurso en alzada por el procedimiento de impugnación específico para actos administrativos en materia laboral, y en caso de desestimarse la impugnación en alzada, el actor podrá recurrir ante la jurisdicción social.⁶⁹ El plazo para interponer el recurso de alzada dependerá de si la resolución es expresa o presunta: si es expresa, el plazo es de un mes, mientras que si es presunta el recurso se podrá interponer en cualquier momento desde el día siguiente a aquel en que se produjeron los efectos del silencio administrativo ⁷⁰(que, como se ha mencionado, en este caso es positivo); y el plazo que tendrá el órgano administrativo para resolver y dictar su resolución es de tres meses⁷¹. Por otro lado, el plazo para presentar la demanda ante la jurisdicción social es de dos meses desde el agotamiento de la vía administrativa.⁷²

Por lo que respecta a la decisión empresarial de adoptar medidas de suspensión o reducción de jornada una vez se ha constatado por la autoridad laboral la existencia de fuerza mayor, esta puede ser impugnada por los trabajadores o sus representantes, tanto de forma

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 426/2021, Roj: STS 1760/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1760.

⁶⁹ Art. 33.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

⁷⁰ Art. 122.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁷¹ Art. 122.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁷² Art. 69.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; y art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

individual como colectiva, y el cauce de impugnación es el mismo que el de los despidos colectivos⁷³. Un aspecto importante a destacar es que en tanto en cuanto no se haya impugnado la resolución administrativa que aprecie existencia de fuerza mayor, esta se configura como la base o el fondo de la decisión empresarial, por lo que no cabe impugnar ésta en los casos en que se ajuste a lo dispuesto en aquella. Así, las impugnaciones de la decisión empresarial deben centrarse en las discrepancias entre la resolución administrativa y las medidas efectivamente adoptadas por el empresario, de modo que si la impugnación no plantea esa divergencia entre ambas resoluciones, será desestimada. Es decir, lo que no procede en este cauce de impugnación es cuestionar la existencia o no de fuerza mayor, pues ese extremo no se determina por la decisión empresarial sino por la resolución de la autoridad laboral.

3.6. Efectos.

Las medidas suspensivas por fuerza mayor tendrán efectos, de acuerdo con el art. 51.7 del ET y el art. 33.3 del RPDC, desde el momento en el que el hecho causante de la situación de fuerza mayor se produjo. Un aspecto importante a destacar es que la remisión que hace el art. 47.3 del Estatuto al art. 51 del mismo texto legal es una remisión únicamente a efectos procedimentales, no materiales, por lo que no procede la indemnización prevista en el art. 51.7 ET *in fine* para los supuestos de extinciones contractuales por fuerza mayor.

Respecto a los efectos concretos de las medidas suspensivas por fuerza mayor, estas implican:

- a) Cese de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo durante el tiempo que dure la circunstancia causante de fuerza mayor.
- b) La entrada del trabajador en situación de desempleo total temporal, situación que supone a su vez el límite indirecto a la duración de estas medidas, pues el legislador no prevé un periodo máximo de suspensión pero podemos entender como límite el momento en que el trabajador ya no tiene derecho a cobrar prestaciones por desempleo⁷⁴. Ese momento tiene lugar, en caso de que el trabajador haya cotizado por

⁷³ Art. 33.6 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el RPDC, y que hace referencia a los arts. 15 y 24 del mismo texto normativo, en los cuales se establece que la impugnación ante la jurisdicción social de decisiones en materia de suspensión de contratos se regirá por lo dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁷⁴ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 58.

desempleo 2.160 días, a los 720 días de suspensión, según el art. 269.1 de la LGSS.

c) En el régimen legal general, previo a la pandemia (puesto que las prestaciones y sus requisitos han cambiado cuando se refieren a ERTes fundados en fuerza mayor relacionada con el COVID-19), para poder acceder a la prestación por desempleo es necesario cumplir los siguientes requisitos:

- i. Estar afiliado o dado de alta en la Seguridad Social.
- ii. Haber cotizado en los seis años anteriores el periodo mínimo de la escala del art. 269.1 del mismo texto legal, es decir, durante 360 días.
- iii. Estar en situación legal de desempleo (como lo está el trabajador afectado por una medida de suspensión contractual).
- iv. Constar como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo.

La cuantía de esta prestación por desempleo se calcula computando primero la cuantía inicial, que será el 70% de la base reguladora⁷⁵ para los primeros 180 días cotizados, y 50% de la base reguladora para los días más allá de 180⁷⁶; y luego se comprueba que la cantidad obtenida con ese cálculo está dentro del máximo y del mínimo fijados como porcentajes sobre el IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) mensual. Y en caso de que sobrepase o no llegue a esos límites, se aplicará el máximo o el mínimo, respectivamente. En caso de no cumplir esos requisitos, se podría acceder a la prestación a nivel asistencial, cuyos requisitos son⁷⁷:

- i. Agotamiento de la prestación por desempleo y responsabilidades familiares.
- ii. Agotamiento de la prestación por desempleo a una edad mayor de 45 años sin responsabilidades familiares.
- iii. Ser emigrante que vuelva de países fuera del Espacio Económico Europeo y haya trabajado 12 meses en los últimos seis años.
- iv. Demostrar una mejoría al haber sido declarado capaz o incapacitado en grado de incapacidad permanente parcial tras una revisión de su situación.

La cuantía de la prestación a nivel asistencial será el 80% del IPREM mensual, sin incluir la parte proporcional de las horas extraordinarias. Hay que tener en cuenta que esta cuantía puede ser modificada por el Gobierno previo informe al Consejo General del SEPE en atención a la tasa de desempleo y a las posibilidades de

⁷⁵ La base reguladora, de acuerdo con el art. 270.1 LGSS, se calcula según la base cotizada por esa contingencia en los últimos 180 días cotizados, a la que hay que restar las horas extraordinarias.

⁷⁶ Art. 270.2 LGSS.

⁷⁷ Art. 274 LGSS.

financiación.⁷⁸

- d) Esta suspensión será con reserva de puesto de trabajo, es decir, cuando cese la circunstancia que haya generado la fuerza mayor el trabajador tendrá derecho a reincorporarse a su puesto.

Hay que tener en cuenta que este régimen ha cambiado para las suspensiones de contratos con base en causas relacionadas con la pandemia. Con la aprobación del RD-18/2020, de 17 de marzo, aparte de prorrogar los ERTEs por la pandemia, se establece que los trabajadores afectados por un ERTE de fuerza mayor con causa en la pandemia no requieren de un mínimo de días cotizados para tener acceso a las prestaciones por desempleo, y además establece una prestación especial. Ambas medidas se estudiarán en el capítulo siguiente, relativo a la normativa de los ERTEs durante la pandemia.

En cuanto a la cotización durante percepción de la prestación por desempleo derivada de suspensión contractual, la LGSS establece que durante la situación de desempleo temporal de su asalariado, el empresario “ingresará la aportación que le corresponda”⁷⁹. Se trata de una expresión vaga, que la doctrina⁸⁰ interpreta que el empresario debe ingresar las cuotas correspondientes al trabajador y las suyas propias por razón del tiempo trabajado, y solo las cuotas empresariales que se correspondan con los días u horas protegidos mediante la prestación por desempleo. Para el cálculo de esas cuotas se atenderá a los tipos vigentes, sobre las bases de contingencias comunes y contingencias profesionales. Esas base se calculan, cuando el desempleo se extienda durante un mes, según el promedio de las bases de los últimos seis meses cotizados; y si es desempleo parcial temporal o desempleo total que no llega al mes, se calcula computando por un lado las retribuciones y demás conceptos devengados según las horas o días trabajados en el mes; y por el otro, para la base de los días en los cuales se cobra la prestación por desempleo, se emplea el promedio de las bases en los últimos seis meses cotizados anteriores a la situación de desempleo o al momento en que

⁷⁸ TATAY PUCHADES, Carmen, “La cotización durante la percepción de la prestación por desempleo”, en *Derecho de la Seguridad Social*, 8ª Edición (dirigido por R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. P. 349, con referencia al art. 278 LGSS.

⁷⁹ Art. 273.2 LGSS.

⁸⁰ TATAY PUCHADES, Carmen, “La cotización durante la percepción de la prestación por desempleo”, en *Derecho de la Seguridad Social*, 8ª Edición (dirigido por R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. P. 341.

desaparece el deber de cotizar.⁸¹ Respecto a las cuotas del trabajador por los días u horas no trabajados y protegidos por la prestación, el SEPE ingresará esas cantidades tras descontarlas de la cuantía de la prestación.

Por otra parte, si nos encontramos ante la prestación de nivel asistencial, generalmente, el SEPE no ingresará aportaciones, aunque hay dos excepciones: en el subsidio de prejubilación para mayores de 52 años; y en subsidios por periodos de inactividad de trabajadores fijos-discontinuos.⁸²

⁸¹ TATAY PUCHADES, Carmen, “La cotización durante la percepción de la prestación por desempleo”, en *Derecho de la Seguridad Social*, 8ª Edición (dirigido por R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. P. 342.

ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 69.

⁸² TATAY PUCHADES, Carmen, “La cotización durante la percepción de la prestación por desempleo”, en *Derecho de la Seguridad Social*, 8ª Edición (dirigido por R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. P. 349.

4. NORMATIVA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR FUERZA MAYOR DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19.

4.1. Pandemia de COVID-19 como causa de suspensión de los contratos.

En marzo de 2020, el Gobierno español decretó el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, como medida para luchar contra el avance de la COVID-19, lo que supuso el confinamiento de la población y una parálisis generalizada de las actividades no esenciales. Estas circunstancias se tradujeron en “una perturbación conjunta de demanda y oferta para la economía española, que afectará a las ventas de las empresas, generando tensiones de liquidez que podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptan medidas urgentes de estabilización”⁸³.

En esta situación, muchos empresarios no podían llevar a cabo su actividad productiva como consecuencia de la pandemia y se veían obligados a extinguir o suspender los contratos de sus asalariados. Así, en este epígrafe se estudiará la posible apreciación de la pandemia de COVID-19 como una situación de fuerza mayor, con referencia a las modificaciones normativas concretas que se aprobaron y que incidieron en el tratamiento de las suspensiones contractuales por fuerza mayor.

Conviene en este punto hacer una breve referencia estadística para hacernos una idea del impacto real que ha tenido la pandemia sobre el empleo y sobre el uso de mecanismos de flexibilidad interna.

En 2020, en la tesitura de la pandemia de COVID-19, se han visto afectados por procedimientos de regulación de empleo estatales 1.017.789 trabajadores⁸⁴, una cifra realmente alta, sobre todo si la comparamos con años anteriores: en las dos últimas décadas, los años con más incidencia de ERTes fueron los del periodo 2009-2013, y en ningún año el número de trabajadores afectados por ERTes superó los 400.000.⁸⁵ De esos 1.017.789

⁸³ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, Preámbulo, p. 6.

⁸⁴ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, Nota: *Impacto del Covid-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Abril, 2021, p. 4. Ministerio de Trabajo y Economía Social [en línea]. Disponible en <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/Nota_impacto_COVID_ABRIL-2021.pdf>. [Acceso el 23 de abril de 2021]

⁸⁵ De acuerdo con los datos actualizados a 4 de mayo de 2021 y extraídos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, publicados en *El número de trabajadores afectados por un ERE, en gráficos* [en línea] EPDATA. Disponible en <<https://www.epdata.es/datos/trabajadores-afectados-ere-graficos/450>>. [Acceso el 6 de mayo de 2021]

trabajadores afectados, el 66,7%, estaban afectados por procedimientos por causa de fuerza mayor.

También se observa la dimensión de los efectos de la pandemia sobre el mercado laboral si comparamos los datos de enero y febrero de 2020 y de 2021: así, vemos que los trabajadores afectados por medidas de regulación de empleo de suspensión o reducción de jornada en los dos primeros meses de 2020 eran 4.558; mientras que en 2021 eran 13.654, lo que supone un incremento porcentual del 199,6%, una diferencia impresionante.⁸⁶

Es cierto que a medida que pasa el tiempo esas cifras han ido bajando, por ejemplo en mayo del 2021 se ha conseguido por primera vez desde que se decretó el estado de alarma reducir el número de trabajadores en situación de suspensión o reducción de jornada mediante ERTE por debajo de los 600.000⁸⁷. Sin embargo, siguen siendo cifras muy altas comparadas con las de otros años, y aún queda mucho camino por recorrer para que vuelvan a la normalidad.

En esta tesitura, el Gobierno aprobó una serie de Reales Decretos para paliar los efectos económicos de la pandemia, entre ellos en el ámbito del desempleo. Esas normas son las siguientes⁸⁸:

- a) El Real Decreto Ley (RD-L) 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Destacar que es la norma base, inicial de la normativa de pandemia en cuanto a ERTEs, y busca delimitar la consideración del COVID-19 como una situación de fuerza mayor, flexibilizar y agilizar las medidas suspensivas o de reducción de jornada relacionadas con la pandemia y rebajar las cargas que soportan ambas partes en estos procedimientos, con el fin de convertir los ERTEs en la alternativa óptima, evitando así despidos. De acuerdo con sus Disposiciones finales novena y décima, su vigencia

Figura 1, contenida en el apartado 7.1 del Anexo.

⁸⁶ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, Nota: *Impacto del Covid-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Abril, 2021, p.4.

Figura 2, contenida en el apartado 7.2 del Anexo, extraída de la Nota: *Impacto del Covid-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Abril, 2021.

⁸⁷ R. PÉREZ, Gorka, *El número de trabajadores en ERTE baja de 600.000 por primera vez desde que se decretó el estado de alarma*, El País, 14 de mayo de 2021.

⁸⁸ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 95.

comenzó el día en que se publicó en el BOE, el 18 de marzo de 2020; y termina, con carácter general, un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma, aunque como se verá se ha terminado prorrogando, de momento, hasta el 31 de septiembre de 2021.

- b) El RD-l 9/2020, de 27 de marzo (implícitamente derogado por la Ley 3/2021), que contiene medidas complementarias para paliar el impacto de la pandemia en el ámbito laboral.
- c) El RD-l 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.
- d) El RD-l 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.
- e) El RD-l 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, que prorroga la duración de los ERTes relacionados con el impacto de la pandemia hasta el 31 de enero de 2021 y establece dos nuevas submodalidades de ERTes por fuerza mayor COVID-19: ERTes por impedimento y ERTes por limitación de actividades en todos los sectores, con nuevas exoneraciones en cuotas.
- f) El RD-l 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.
- g) Y por último, el RD-l 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, que prorroga las medidas hasta el 31 de septiembre de 2021.

Procede examinar de forma conjunta las medidas tomadas en estas disposiciones normativas con el fin de crear una imagen clara de las suspensiones contractuales durante la pandemia.

El RD-l 8/2020 podría considerarse como la norma base en este ámbito, pues las medidas tomadas en la misma se han ido prorrogando, con ligeras modificaciones, en los siguientes Reales Decretos. Se sitúa en el contexto del RD 463/2020, de 14 de marzo, que decreta el estado de alarma, y supone un bloque complementario de medidas sociales y económicas, procurando facilitar la flexibilidad laboral, particularmente la interna, con el fin de evitar despidos. Así, sirve para configurar la situación de pandemia como un hecho causante de fuerza mayor que puede fundamentar la medida de suspensión contractual.

4.1.1. *La fuerza mayor en relación con la pandemia de COVID-19.*

En primer lugar, hay que decir que los ERTes por coronavirus no van a ser siempre por fuerza mayor, sino que dependiendo de las circunstancias concretas, pueden configurarse como ERTes ETOP o como ERTes por fuerza mayor.

Para diferenciar ante qué tipo de ERTE nos encontramos, en primer lugar hay que atender a la delimitación del concepto de fuerza mayor contenido en el RD-l 8/2020. Según dicha disposición, las suspensiones contractuales y las reducciones de jornada cuya causa directa sea la reducción de actividad por la pandemia se considerarán como producidas por una situación de fuerza mayor y se ajustarán al art. 47 del ET. La propia norma enumera una serie de supuestos que, de acreditarse correctamente, constituyen una situación de fuerza mayor:

“(…)pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria”⁸⁹

A su vez, para las actividades en las que por disposiciones legales u otras normas de rango legal se mantenga la actividad, también podrá apreciarse la existencia de fuerza mayor en las suspensiones o reducciones de jornada que no estén afectas por ese mantenimiento de la actividad.

Como se puede observar en el texto legal, se entienden como situaciones de fuerza mayor las suspensiones y reducciones de jornada por pérdidas de actividad con causa directa en la pandemia de COVID-19, y concretamente⁹⁰:

- a. La declaración del Estado de Alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, siempre que se acredite que la imposibilidad de prestar servicios proviene de las disposiciones de dicho Real Decreto.

⁸⁹ Art. 22, apartado 1, 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, en su redacción dada por la Disposición Final 8ª.2 del RD-l 15/2020, de 21 de abril.

⁹⁰ Catálogo del Art. 22, apartado 1, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, desarrollado por el Criterio de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Economía Social, publicado el 19 de marzo de 2020, N° de referencia DGE-SGON-811bis CRA.

- b. Decisiones de las autoridades competentes de las Administraciones Públicas vinculadas con la pandemia, siempre que se aporte la documentación correspondiente, referente a la decisión, efectos, publicación y alcance.
- c. Las medidas necesarias provocadas por contagios en la plantilla o por aislamientos preventivos, acreditando dichos contagios o aislamientos y el número de trabajadores afectados.
- d. La suspensión o cancelación de actividades, cierre de locales abiertos al público, medidas restrictivas en el transporte público y de la movilidad de las personas y/o mercancías y la falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del COVID-19. En todos estos casos será necesario demostrar el vínculo causal entre la circunstancia y la pérdida de actividad. Un ejemplo de este supuesto sería la realización de ERTES a los trabajadores de centros escolares o guarderías como consecuencia de la suspensión general de la actividad docente⁹¹. Puede observarse otro ejemplo en la apreciación de fuerza mayor en un centro de teleoperadores que se dedican a gestionar portabilidades entre compañías telefónicas; como ese servicio implica desplazamientos, el Real Decreto 8/2020 prohíbe la realización del mismo.⁹²

Respecto a este concepto de fuerza mayor provocada por la pandemia hay dos posiciones en la doctrina: algunos autores piensan que se trata de una nueva modalidad de fuerza mayor, cuya identidad propia se define por la causa excepcional que la provoca; mientras que otros consideran que se trata de un caso subsumible dentro del concepto de fuerza mayor que se manejaba antes de la pandemia, es decir, una manifestación de la fuerza mayor tradicional como puede serlo cualquier caso concreto de la misma. Conviene analizar ambas posturas con el fin de dejar claro si con las modificaciones normativas de la pandemia realmente se ha creado un nuevo tipo o especie de fuerza mayor o si el concepto sigue siendo el mismo que el que se empleaba antes de la pandemia.

⁹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional 38/2020, de 15 de junio de 2020, Roj: SAN 994/2020; ECLI:ES:AN:2020:994. Esta sentencia resuelve un procedimiento de conflicto colectivo para la impugnación de suspensión de contratos laborales en un centro de educación infantil siguiendo el cierre del mismo de acuerdo con la suspensión general de actividad docente. La sentencia considera que los ERTES son procedentes.

⁹² Sentencia de la Audiencia Nacional 39/2020, de 16 de junio de 2020, Roj: SAN 1160/2020, ECLI: ES:AN:2020:1160. Esta sentencia resuelve la impugnación de la suspensión de contratos de una empresa de teleoperadores por fuerza mayor derivada de la prohibición de portabilidades contenida en el art. 20 del RD-1 8/2020.

Los autores que defienden la primera postura⁹³, es decir, que opinan que nos encontramos ante una nueva fuerza mayor, se apoyan en el concepto de fuerza mayor contenido en el RD-1 8/2020, en su artículo 22, que recoge las situaciones que se entienden como fuerza mayor en esta regulación durante la pandemia (). Además, argumentan que el concepto de fuerza mayor se ha ampliado, ya que los empresarios pueden acogerse o bien a la pérdida de actividad derivada directamente de la pandemia o bien a la declaración del Estado de Alarma como norma administrativa que impide la realización de la actividad empresarial. Se apoyan también en el hecho de que si se aplica la fuerza mayor tradicional de forma rigurosa, dado el carácter imprevisible que se tiene que desprender de ella, muchas de las situaciones que se entienden como fuerza mayor por la pandemia no se calificarían de tales, ya que llegado cierto punto dejan de tener carácter imprevisible. Sin embargo, hay que decir que incluso estos sectores doctrinales admiten que a la hora de apreciar o no fuerza mayor se siguen empleando los mismos parámetros que antes de la pandemia, y que tampoco se puede flexibilizar o modificar demasiado este concepto porque ello llevaría a la confusión entre la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

En cambio, el sector doctrinal que entiende que el concepto de fuerza mayor no ha cambiado⁹⁴, sino que las situaciones provocadas por la pandemia se subsumen dentro de la fuerza mayor tradicional, entienden que la normativa de pandemia no crea una nueva fuerza mayor relacionada con la pandemia, sino que especifica cuándo esas pérdidas de actividad relacionadas con la misma son constitutivas de fuerza mayor (que se entiende en su sentido tradicional, puesto que las situaciones provocadas por la pandemia tienen que identificarse con los supuestos de hecho de esa fuerza mayor tradicional).

Para ayudar a resolver este dilema, podemos atender a una nota informativa⁹⁵ publicada por el Ministerio de Trabajo para aclarar la regulación del art. 22 del RD-1 8/2020, en la que se establece que se deben:

“Incluir aquellos supuestos que deben considerarse fuerza mayor temporal, por entender por razones de seguridad jurídica que **satisfacen el concepto clásico de**

⁹³ Por ejemplo LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, *ERTE-COVID por fuerza mayor: última hora* (3 de marzo de 2021), artículo publicado en DIARIO LA LEY [en línea], WOLTERS KLUWER. Disponible en <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/03/16/erte-covid-por-fuerza-mayor-ultima-hora>>. [Acceso el 7 de junio de 2021].

⁹⁴ Por ejemplo AGUILERA MORALES, Tomás (Socio en el área laboral en HEYD y profesor en CEF-UDIMA), en su entrevista con Paloma Villarreal. 16 de febrero de 2021. EL ALEGATO, programa organizado por la Universidad a Distancia de Madrid [en línea], disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=iHHmZTV3v-A>>. [Acceso el 7 de junio de 2021]

⁹⁵ Nota informativa del Ministerio de trabajo y Economía Social, ref. DGE-SGON-841 CRA.

fuerza mayor ya sea en su condición de **suceso de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública** (situaciones de contagio o aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria) **o bien como suspensiones de actividad derivadas de manera directa de las decisiones adoptadas por el Gobierno (...)**”

En el siguiente punto de la nota informativa se establece que también se incluirán como situaciones de fuerza mayor otros supuestos provocados por la pandemia que impliquen una pérdida de actividad, pero con una precisión importante, y es que se deben cumplir tres requisitos: que la causa de la pérdida de actividad sea inevitable, que suponga la imposibilidad objetiva de prestar servicios y que se circunscriba a alguna de las causas enumeradas en el art. 22.1 del RD-1 8/2020.

Y por último, en dicha nota informativa se señala que de no darse estos supuestos, el posible ERTE deberá tramitarse conforme a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Así, vemos que en realidad estos supuestos se pueden subsumir dentro de la fuerza mayor como un suceso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública; o se pueden situar en el *factum principis*, en una resolución administrativa inevitable e imprevisible (hasta cierto punto) que suponga la imposibilidad objetiva de producir la prestación (de hecho, todas las causas del art. 22.1 del RD-1 8/2020 se pueden subsumir en uno de esos dos supuestos).

Por tanto, en mi opinión, no nos encontramos ante un nuevo concepto de fuerza mayor, sino que en la normativa de pandemia se ha concretado qué casos provocados directa o indirectamente por el COVID entran dentro del concepto de fuerza mayor, pero este sigue siendo esencialmente el mismo, sin perjuicio de que su interpretación se haya flexibilizado ligeramente en relación con la imprevisibilidad del suceso que provoca esa imposibilidad. Sin embargo, tampoco ha sido una flexibilización especialmente novedosa, puesto que en la jurisprudencia del Supremo se observa, desde hace años⁹⁶, que a la hora de determinar la existencia de fuerza mayor no es necesario en todo caso que la situación sea imprevisible. Lo que exige el Supremo para apreciar fuerza mayor es que se trate de un suceso irresistible, inevitable y ajeno a la voluntad del que lo sufre, como es el caso en las pérdidas de actividad originadas por la pandemia o por las disposiciones administrativas que restringen ciertas

⁹⁶ En la STS 3986/2015 se hace referencia a toda una línea jurisprudencial en este sentido, véase: STS de 22 de diciembre de 1997 (que resuelve el recurso nº 1969/1997); STS del 3 de Noviembre de 1988, que se menciona en la STS del 3 de octubre de 1994; SSTS del 2 de febrero de 1980, 4 de marzo de 1981, 25 de junio de 1982 y 3 de noviembre de 1988; SSTS del 7 de junio y 28 de septiembre de 1988 y 10 de noviembre del mismo año; STS de la Sala III de 29 de junio de 1998 (recurso nº 4505/1992); STS de la Sala III de 7 de marzo de 1995; y STS de 16 de mayo de 1995.

actividades. Podemos observar una breve recopilación de esta jurisprudencia en la STS 3986/2015, en la que se establece que la fuerza mayor se refiere al:

“(…) suceso que está **fuera del círculo de actuación del obligado**, o (...) "aquellos hechos que **aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles**, siempre que la **causa** que los motiva sea **independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado**" o (...) "la fuerza mayor se caracteriza por dimanar de sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial"⁹⁷.

Tampoco podemos olvidar que es necesario apreciar un nexo causal entre la pérdida de actividad y el supuesto de hecho recogido como fuerza mayor en la normativa. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2020⁹⁸, se resuelve un recurso de suplicación apreciando que no existe una situación de fuerza mayor porque a pesar de que hay una disminución de la demanda productiva como consecuencia de la pandemia, esa disminución no implica que la actividad en sí sea imposible, no se encuadra dentro del concepto de fuerza mayor, y por tanto el tribunal entiende que la vía para hacer frente a esa diferencia en la demanda sería si acaso el ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aquí podemos ver también que no hay un nuevo concepto de fuerza mayor, porque si fuera así habría casos en que al no darse la fuerza mayor tradicional pero sí esta afectación de la pandemia a la actividad productiva, se apreciaría esa fuerza mayor especial; sin embargo, vemos que a pesar de que la pandemia implique reducciones en la actividad, en tanto en cuanto no suponga una situación de fuerza mayor conforme a los criterios tradicionales (como las recogidas en el art. 22 del RD-l 8/2020, que vienen siendo supuestos concretos de la fuerza mayor tradicional) no podrá fundamentar la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor.

Al hablar de la fuerza mayor relacionada con la pandemia hay que hacer referencia a la novedad introducida por el RD-l 18/2020, que supone diferenciar dos tipos de fuerza mayor: la fuerza mayor total y la fuerza mayor parcial. Se entiende, de acuerdo con esa disposición, que se encuentran en situación de fuerza mayor parcial:

“aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación

⁹⁷ STS 3986/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3986, página 5.

⁹⁸ STSJ M 12671/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:12671.

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 descritas en dicho precepto, y por razón de las cuales se aplicaron las distintas medidas de flexibilidad en forma de suspensiones o reducciones de jornada, permitan la **recuperación parcial de su actividad**, hasta el 30 de junio de 2020.”⁹⁹

Por tanto, podemos identificar la existencia de fuerza mayor parcial cuando se den tres circunstancias¹⁰⁰:

- La existencia previa de un expediente de regulación de empleo del art. 47 ET, por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral y que afecte a todas o algunas de las personas trabajadoras.
- Que la causa del art. 22 del RD-l 8/2020 que fundamentó el expediente permita la recuperación parcial de la actividad empresarial.
- Que la empresa, de acuerdo con su propio juicio, reincorpore a las personas trabajadoras que considere necesarias para esa reanudación parcial de la actividad, primando los ajustes de reducción temporal de jornada. Importante diferenciar reincorporación de preparación, puesto que la simple preparación de los trabajadores para volver en el futuro a su actividad laboral no implica un retorno efectivo de la misma y por tanto no se puede considerar como un presupuesto de un ERTE por fuerza mayor parcial.

A pesar de que en principio pareciera un mecanismo cuya vigencia terminaba el 30 de junio de 2020, acabó por convertirse en un instrumento transitorio hasta el 30 de septiembre de 2020.

Por otro lado, se considera que existe fuerza mayor total en “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, mientras duren las mismas y en ningún caso más allá del 30 de junio de 2020.”¹⁰¹

Básicamente se introduce la fuerza mayor parcial para poder tratar con mayor concreción las situaciones en las que algunas empresas puedan recuperar parcial pero no

⁹⁹ Apartado III del Preámbulo y art. 1.2 del RD-l 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

¹⁰⁰ Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 48.

¹⁰¹ Art. 1.1 del RD-l 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

totalmente su actividad. Además, esta nueva modalidad parece denotar un intento del Gobierno de transicionar desde la etapa inicial en la que primaban las suspensiones a una etapa de recuperación de la actividad empresarial, y tal vez de transición de ERTes por fuerza mayor a ERTes ETOP cuando la situación económica y social provocada por la pandemia se haya recuperado en parte.

El ámbito espacial que se emplea para diferenciar si existe fuerza mayor parcial o total es el centro de trabajo; es decir, una empresa con varios centros de trabajo puede tener algunos en fuerza mayor total porque en ellos no haya ninguna posibilidad de reanudar la actividad; y otros en fuerza mayor parcial porque sí que haya una cierta reincorporación de los trabajadores.¹⁰²

Hay que apuntar un aspecto relevante en cuanto a los ERTes por fuerza mayor parcial, y es que la forma en que se retoma paulatinamente la actividad empresarial dependerá del carácter divisible o no de las prestaciones de trabajo. Así, cuando las prestaciones del contrato de trabajo sean divisibles, el empresario podrá suspender el contrato o reducir las jornadas de trabajo (vertical u horizontalmente), siendo esta última la opción aparentemente preferida por el RD-1 18/2020; mientras que cuando las prestaciones del contrato sean indivisibles, solo cabe la suspensión, salvo en algunos supuestos en que podrá realizarse reducción vertical de jornada.

4.1.2. Tipos de ERTes por fuerza mayor en relación con la pandemia y especialidades en su tramitación.

Dentro de los ERTes por fuerza mayor relacionados con el COVID-19, y de acuerdo con las disposiciones normativas enumeradas anteriormente, conviene diferenciar tres subcategorías, con arreglo a la forma en que la pandemia provoca una necesidad de suspensión o reducción de jornada. De acuerdo con esta diferenciación, podemos distinguir ERTes por COVID-19, ERTes por rebrote y ERTes por impedimentos o limitaciones de actividad que traigan su causa en la situación de pandemia.

Los ERTes por COVID-19 son aquellos en los que la causa de fuerza mayor se identifica de forma directa con la pandemia, recogidos en el art. 22.1 del RD-1 8/2020, y

¹⁰² Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 50.

explicados anteriormente. Las especialidades en su tramitación son las siguientes¹⁰³:

- a) En estos expedientes la solicitud deberá ir acompañada de un informe que explique de qué forma ha provocado la pandemia la pérdida de actividad, es decir, que se acredite el nexo causal, y deberá ir acompañado de la documentación correspondiente para demostrar dichas circunstancias.
- b) La autoridad laboral aún tiene que corroborar que se da una situación de fuerza mayor, emitiendo su resolución en el plazo de 5 días desde la solicitud y, en caso de no hacerlo, ésta se entenderá estimada por silencio administrativo positivo.
- c) La autoridad laboral puede (no debe) exigir un informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante solicitud que, al ser potestativa, no suspende el plazo de resolución de la solicitud de constatación de fuerza mayor.
- d) Los ERTes por COVID-19 del art. 22 del RD-l 8/2020 solo son aplicables hasta el 27 de junio de 2020 o, si fueron solicitados antes de esa fecha, hasta el 31 de mayo de 2021. Esto es porque con el RD-l 18/2020, de 12 de mayo, se distingue, como se ha mencionado en el subepígrafe anterior, entre fuerza mayor total o parcial, y hay que mencionar también la situación de las empresas que se encuentran en posición de retomar su actividad de forma plena.

La fuerza mayor total supone que la empresa que cuenta con un ERTE por fuerza mayor no puede retomar su actividad, y por tanto continuará en “situación de fuerza mayor total” hasta que cese esa circunstancia, con el límite temporal del 31 de mayo de 2021.¹⁰⁴

Las empresas que hayan realizado un ERTE y se encuentren en situación de poder retomar plenamente su actividad productiva deberán comunicar a la autoridad laboral su renuncia al expediente temporal de regulación del empleo en el plazo de 15 días desde que tenga efectos aquella. También deberán comunicar al SEPE, de forma previa, la renuncia al ERTE o la suspensión o regularización del pago de las prestaciones derivadas de la modificación, y en todo caso deberán comunicar al SEPE las modificaciones que afecten a la finalización de la aplicación de la medida de regulación del empleo cuando se refieran a la totalidad de los afectados.¹⁰⁵

Por otro lado, las empresas que se encuentren en situación de fuerza mayor

¹⁰³ ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 101 y ss.

¹⁰⁴ Arts. 1.1. RD-l 18/2020, 1.1. RD-l 24/2020, 1 RD-l 30/2020, 1.1. RD-l 2/2021.

¹⁰⁵ Arts. 1.3 RD-l 18/2020 y 1.2 RD-l 24/2020.

parcial, esto es, que puedan retomar parcialmente su actividad productiva¹⁰⁶, deberán reincorporar a los trabajadores y trabajadoras a quienes afecte el ERTE en proporción con la actividad que puedan desarrollar y primando el criterio de los ajustes de reducción temporal de la jornada¹⁰⁷. También deberán comunicar al SEPE las variaciones que afecten al fin de la aplicación de las medidas respecto a una parte de las personas afectadas.¹⁰⁸

Los ERTEs por rebrote son una modalidad introducida por el RD-l 24/2020¹⁰⁹ que suponen la posibilidad de tomar estas medidas de regulación temporal del empleo en caso de rebrote con exoneraciones específicas en las cuotas para esta situación (hasta el 80 y 60 por ciento en caso de obligado cierre del centro de trabajo durante el periodo entre el 1 de julio de 2020 y el 30 de septiembre de 2020)¹¹⁰.

Respecto a qué se entendía por rebrote, la DA 1ª del RD-l 24/2020 establece que estos expedientes pueden adoptarse cuando

“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”¹¹¹

La diferencia principal entre los ERTEs por rebrote y los ERTEs del art. 22 del RD-l 8/2020 reside en que los fundamentados por rebrote se adscriben, en cuanto a su ámbito de aplicación, al centro de trabajo, y no a la empresa.

Esta modalidad es aplicable tanto a empresas que ya habían adoptado medidas en el contexto de un ERTE aprobado como a empresas que habían renunciado al ERTE inicialmente concedido, e incluso a empresas que no hayan solicitado la adopción de un

¹⁰⁶ Arts. 1.2 RD-l 18/2020, 1 RD-l 30/2020 y 1.1 RD-l 2/2021.

¹⁰⁷ Arts. 1.2 RD-l 18/2020 y 1.1 RD-l 24/2020.

¹⁰⁸ Art. 1.3 RD-l 18/2020.

¹⁰⁹ Disposición Adicional 1ª del RD-l 24/2020, de 26 de junio.

¹¹⁰ Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 41.

¹¹¹ Apartado 2º de la Disposición Adicional 1ª del RD-l 24/2020, de 26 de junio.

ERTE. Lo importante es que se cumplan los requisitos previstos en la norma, es decir, que haya nuevas medidas de contención o restricciones e imposibilidad de realizar la actividad productiva, que se demuestre la relación de causalidad entre esta y aquellas y que la empresa acredite la imposibilidad en algunos de sus centros de trabajo y no en todos, adoptándose el expediente solo respecto de los primeros.¹¹²

Respecto a la tramitación, se sujeta a las mismas normas que los ERTes del art. 22 del RD-l 8/2020.

La modalidad de ERTE por rebrote desaparece en la práctica el 1 de octubre de 2020, por la aprobación del RD-l 30/2020, de 29 de septiembre, que a su vez insta los ERTes por impedimentos o limitación de la actividad.

Los ERTes por impedimento de actividad pueden ser adoptados por empresas o entidades de cualquier sector de actividad si no pueden llevar a cabo su actividad en alguno de sus centros de trabajo como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención adoptadas desde el 1 de octubre de 2020 por las autoridades administrativas competentes, ya sean españolas o extranjeras.¹¹³

En los ERTes por impedimento hay que diferenciar dos momentos, el primero antes del 1 de febrero del 2021 y el segundo después de esa fecha, pues la prórroga dictada por el RD-l 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, finaliza el 31 de enero de 2021. Los ERTes por impedimento anteriores al 1 de febrero de 2021 se mantienen vigentes según los términos de las resoluciones administrativas dictadas por la autoridad laboral en cada caso, con el límite (en principio) del 31 de mayo de 2021; a su vez, los ERTes por impedimento aprobados después del 1 de febrero del 2021 se solicitarán ante la autoridad laboral de acuerdo con el procedimiento común del art. 47.3 del ET, la empresa tendrá que solicitar las prestaciones por desempleo ante el SEPE y deberá comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social una declaración responsable respecto de cada cuenta de cotización y de cada mes para poder disfrutar de exenciones en las cuotas.

Por otro lado, los ERTes por limitación de actividad pueden adoptarse por empresas o entidades sin importar el sector al que pertenezcan cuando su actividad productiva no se pueda desarrollar de forma normal como consecuencia de medidas adoptadas por las

¹¹² Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 43.

¹¹³ Art. 2.1 RD-l 30/2020.

autoridades competentes españolas.¹¹⁴

La especialidad procedimental en los ERTes por limitación o impedimento de actividad residen en el carácter potestativo de la solicitud por la autoridad laboral del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (al igual que en los ERTes por fuerza mayor COVID-19).

Respecto a la vigencia temporal de estas modalidades especiales de ERTes, señalar que con el RD-1 2/2021, los ERTes por impedimento autorizados antes del 27 de enero de 2021 mantendrán su vigencia según las condiciones recogidas en la resolución de la autoridad laboral¹¹⁵; mientras que los ERTes por limitación de la actividad autorizados antes de esa fecha se prorrogan automáticamente hasta el 31 de mayo de 2021¹¹⁶, y con el RD-1 11/2021, se prorrogan hasta el 30 de septiembre de 2021.

A su vez, las empresas o entidades cuyos centros de trabajo sufran impedimentos o limitaciones a su actividad podrán solicitar estos ERTes por impedimento o limitación de la actividad desde el 1 de febrero del 2021 y como muy tarde hasta el 31 de mayo de 2021.¹¹⁷

Estas dos modalidades gozan de las siguientes exoneraciones en las cuotas de la Seguridad Social¹¹⁸:

- En los ERTes por impedimento, se exonera a las empresas con menos de 50 trabajadores a 29 de febrero de 2020 por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, respecto de los trabajadores afectados, en el 100% de la aportación empresarial devengada durante el periodo de cierre y hasta el 31 de mayo de 2021; y a las empresas con 50 o más trabajadores a 29 de febrero de 2020, se les exonera del 90% de la aportación empresarial durante el periodo de cierre, y hasta el 31 de mayo de 2021.¹¹⁹
- En los ERTes por limitación, se exonera a las empresas con menos de 50 trabajadores a 29 de febrero de 2020 por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, respecto de los trabajadores afectados, en el de la aportación empresarial devengada en los meses de octubre, noviembre, diciembre de

¹¹⁴ Art. 2.2 RD-1 30/2020.

¹¹⁵ Art. 1.3 RD-1 2/2021.

¹¹⁶ Art. 1.4 RD-1 2/2021.

¹¹⁷ Art. 2.1 RD-1 2/2021.

¹¹⁸ Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 53.

¹¹⁹ Art. 2.1 RD-1 30/2020.

2020 y enero de 2021, alcanzará el 100 %, 90 %, 85 % y 80 %, respectivamente; y para las empresas con 50 o más trabajadores a 29 de febrero de 2020, la exoneración respecto de la aportación empresarial devengada en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2020 y enero de 2021, alcanzará el 90 %, 80 %, 75 % y 70 %, respectivamente.¹²⁰

Hay que tener en cuenta que esas exoneraciones son las iniciales, aprobadas por el RD-l 30/2020, y que se han ido prorrogando por la vía de Reales Decretos a la vez que se prorrogaban estos ERTEs. Con la última prórroga, efectuada por el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, las exoneraciones quedan de la siguiente forma¹²¹:

- Los ERTEs por impedimento gozan hasta el 30 de septiembre de 2021 de las mismas exoneraciones que con el RD-l 30/2020, es decir, el 100% para empresas con menos de 50 trabajadores y el 90% para empresas con 50 trabajadores o más¹²².
- Los ERTEs por limitación, por su parte, han sufrido una reducción de 15 puntos porcentuales respecto de las previstas anteriormente para estos expedientes (por lo que se exonera el 85 %, 85 %, 75 % y 75 % para empresas con menos de 50 trabajadores; y el 75 %, 75 %, 65 % y 65 % para empresas con 50 o más trabajadores). Hay que decir que este RD-l parece mantener como criterio temporal para determinar el número de trabajadores dados de alta la fecha determinada en el RD-l 30/2020, es decir, el 29 de febrero de 2020.¹²³

En la normativa de pandemia también se aprobó la denominada “cláusula de mantenimiento del empleo”¹²⁴, que supone que las exoneraciones de cuotas para esas modalidades de ERTEs se condicionan a que la empresa no extinga los contratos a los que se han aplicado aquellas. Hay que diferenciar esta cláusula de la prohibición de despedir, tratada en el apartado siguiente, porque mientras que la prohibición de despedir se proyecta

¹²⁰ Art. 2.2 RD-l 30/2020.

¹²¹ REDACCIÓN LABORAL DE NOTICIAS JURÍDICAS. (28 de mayo de 2021). *Real Decreto-ley 11/2021: el Gobierno amplía los ERTEs y las ayudas especiales a autónomos* [en línea]. Noticias Jurídicas. <<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16325-real-decreto-ley-11-2021:-el-gobierno-amplia-los-ertes-y-las-ayudas-especiales-a-autonomos/>> [Acceso el 10 de junio de 2021]

¹²² Por referencia del art. 1.3 del RD-l 11/2021 al art. 2.2 RD-l 30/2020.

¹²³ Art. 1.4 del RD-l 11/2021.

¹²⁴ Inicialmente, en la Disposición Adicional Sexta del RD-l 8/2020, y se ha mantenido en los sucesivos Reales Decretos que prorrogan las medidas de protección del empleo durante la pandemia.

sobre las extinciones contractuales con base en la misma causa que fundamentan la suspensión, la cláusula de mantenimiento del empleo se aplica, según el tenor literal de la norma, a todo tipo de extinción de contratos, siempre que esos contratos se hubieran suspendido con una modalidad de ERTE que se beneficiara de esas exoneraciones en las cuotas. Esto es sin perjuicio de que la propia norma contiene un elenco de supuestos en los que este compromiso no se incumple, véase:

“No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.”¹²⁵

La consecuencia de ese incumplimiento no es la improcedencia o nulidad del despido, que será procedente siempre que se cumplan los requisitos legales correspondientes, sino que la empresa estará obligada a devolver las cuantías que no hubiera tenido que pagar, ya que no tendrá derecho a esas exoneraciones en las cuotas.

Por último en relación con estas dos modalidades de ERTEs, señalar que existe la posibilidad¹²⁶ de transformar un ERTE por impedimento de la actividad en uno por limitación o viceversa, si las modulaciones en las restricciones y medidas administrativas implican un cambio en la situación de la empresa o entidad. Ese paso de una modalidad a otra no supondrá la obligación de tramitar de nuevo el procedimiento de constatación de fuerza mayor, solo se exige que se comunique dicho cambio a la autoridad laboral que haya aprobado el expediente y a los representantes legales de los trabajadores. Dicha comunicación hará referencia al cambio en la situación de la empresa, la fecha en que se ha producido y a los centros de trabajo y personas trabajadoras afectadas. La empresa también deberá presentar una declaración responsable ante la Tesorería General de la Seguridad Social a fin de que se adecúen proporcionalmente las exoneraciones en las cuotas a la nueva situación. La autoridad laboral, a su vez, deberá comunicar ese cambio a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social con el fin de que esta pueda realizar adecuadamente sus

¹²⁵ Segundo párrafo del apartado 2 de la Disposición Adicional Sexta del RD-1 8/2020.

¹²⁶ Art. 2.3 RD-1 2/2021.

funciones de control sobre la adecuación de las exoneraciones en las cuotas de la Seguridad Social.

Recientemente, se ha aprobado el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. La principal función de este Real Decreto es prorrogar los ERTEs fundamentados en las causas relacionadas con la pandemia que vienen recogidas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo¹²⁷. Esta norma también mantiene las medidas complementarias de protección del empleo aprobadas por el RD-l 18/2020, que implican limitaciones para las empresas en ERTEs fundamentados en causas relacionadas con la pandemia, que no pueden repartir dividendos, operar en paraísos fiscales ni formular horas extras¹²⁸; y prorroga también la prohibición de despedir. Como último aspecto importante de este Real Decreto-ley, se mantienen las exoneraciones en los ERTEs hasta el 30 de septiembre de 2021, con ligeras modificaciones, en el sentido en que se ha estudiado *supra*.

Llegado este punto procede examinar brevemente las especialidades en las prestaciones por situación legal de desempleo derivadas de medidas suspensivas o de reducción de jornada con causa en la pandemia.

Con el RD-l 8/2020, se establecen las siguientes medidas extraordinarias en materia de protección del desempleo:

“a) El reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo, regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, a las personas trabajadoras afectadas, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

b) No computar el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos.”¹²⁹

Además, se establece que estas deberán aplicarse a las personas trabajadoras afectadas

¹²⁷ Art. 1 del RD-l 11/2021.

¹²⁸ Primer apartado del Preámbulo del RD-l 11/2021.

¹²⁹ Art. 25.1 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.

por las mismas sin importar si en el momento de la adopción de la decisión empresarial tuvieran suspendido un derecho anterior a prestación o subsidio por desempleo o si careciesen del período mínimo de ocupación cotizada para causar derecho a prestación contributiva, o no hubiesen percibido prestación por desempleo precedente.

Por último, en relación con este tema, se reconoce derecho a una nueva prestación contributiva, cuya base reguladora se calcula con la media de las bases de los últimos 180 días cotizados o, en su defecto, del período de tiempo inferior, inmediatamente anterior a la entrada del trabajadores en situación de desempleo, que deben además ser días trabajadores bajo la normativa de ERTEs de la pandemia. El derecho a esta prestación subsiste hasta que termine la suspensión o reducción de jornada que la fundamenta.¹³⁰ La vigencia de estas medidas no se ha agotado aún, porque se ha prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021 a través de los subsiguientes Reales Decretos.¹³¹

Respecto a las exoneraciones de cuotas devengadas en mayo y junio de 2020, la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará del abono de la aportación empresarial al completo y de las cuotas por recaudación conjunta si la empresa contaba con menos de 50 trabajadores o asimilados dados de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si la empresa tiene 50 o más trabajadores dados de alta, se le exonerará de la cotización del 75% de la aportación empresarial.¹³²

Para concluir con las especialidades de los ERTEs por COVID-19 hay que hacer referencia a la denominada “prohibición” de despedir, recogida en el RD-l 9/2020 y después en la Ley 3/2021¹³³.

La prohibición de despedir implica que las causas de fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, recogidas en los arts. 22 y 23 del RD-l 8/2020 como causas justificativas para la adopción de ERTEs no pueden fundamentar

¹³⁰ Art. 25.3 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.

¹³¹ Primero, el art. 8.1 del RD-l 30/2020 prorroga estas medidas hasta el 31 de enero de 2021; después, el art. 4.1 del RD-l 2/2021 las prorroga hasta el 31 de mayo de 2021; y por último, el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, establece su vigencia hasta el 30 de septiembre de 2021.

¹³² Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 50.

¹³³ Arts. 2 y 5 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.

Este Real Decreto-ley estuvo en vigor hasta su tácita derogación por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; ley que también prevé esa “prohibición” en el art. 2.

extinciones contractuales. Además, implica que si se suspenden por esas causas contratos temporales, incluyendo los formativos, de relevo e interinidad, se interrumpirá el cómputo de los mismos.¹³⁴

En esta tesitura nos encontramos un gran problema de inseguridad jurídica, puesto que en esta norma no se especifica si esa prohibición implica que el despido realizado incumpliendo la misma es nulo o improcedente.

Resumiendo, la importancia de diferenciar entre que un despido sea nulo o improcedente radica en que en el despido nulo el empresario está obligado a readmitir inmediatamente al trabajador, abonándole los salarios que haya dejado de percibir entre el despido y la notificación de la sentencia que declara dicha nulidad¹³⁵; en cambio, en el despido improcedente el empresario puede decidir en el plazo de 5 días, si quiere readmitir al trabajador abonando los salarios de tramitación o si quiere extinguir el contrato pagando al afectado una indemnización de 33 días de salario por cada año de servicio, prorrateando mensualmente los periodos de tiempo inferiores al año, con el límite de veinticuatro mensualidades.¹³⁶

Podríamos atender a los supuestos de hecho de cada calificación del despido:

- El despido será nulo cuando implique discriminación según la Constitución o una ley, cuando suponga vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o cuando se trate de uno de los supuestos de las letras a), b) o c) del art. 55.5 del ET, es decir, casos relacionados con el embarazo, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.¹³⁷
- En cambio, será improcedente cuando el empresario no haya cumplido con los trámites formales del despido o cuando no se acredite suficientemente el incumplimiento por parte del trabajador alegado en la carta de despido, o bien no se acrediten la gravedad o culpabilidad del mismo¹³⁸

Esto tampoco resuelve la cuestión, y al analizar la jurisprudencia al respecto, resulta obvio que no hay una única solución. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social de

¹³⁴ Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 36.

¹³⁵ Art. 55.6 ET.

¹³⁶ Art. 56.1 ET.

¹³⁷ Art. 55.5 ET.

¹³⁸ Arts. 55.4 ET y 108.1 LJS.

Barcelona de 10 de julio de 2020¹³⁹ entiende que el despido sin causa relacionado con el COVID-19 es improcedente, y no nulo, por las siguientes razones:

“1º Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa¹⁴⁰.

2º Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.

3º Porque el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid 19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 " **no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo.**”¹⁴¹

En el otro extremo, tenemos una Sentencia del Juzgado de lo Social de Sabadell, de 6 de julio de 2020¹⁴², que se inclina por la solución contraria, es decir, entiende que el despido sin causa pretendidamente fundado en la situación pandémica es nulo, por las siguientes razones:

“Siendo así, consideramos de aplicación el art. 6.3 de Código Civil por cuanto la extinción del contrato de trabajo de la actora constituye un acto contrario a norma imperativa además de constituir un fraude de ley, art. 6.4 de Código Civil, pues la empresa se ampara en causa inexistente para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, esto es, la extinción de la relación laboral a fecha 28.3.2020, cuando las normas vigentes proscriben la destrucción de empleo derivada de la situación excepcional del Estado de alarma derivado de COVID-19. En consecuencia procede declarar la nulidad del despido notificado a la actora con efectos de 28.3.2020, con las consecuencias previstas en artículo 55.6 ET”¹⁴³

Vistas ambas posturas, considero más acertado calificar los despidos que incumplan

¹³⁹ SJSO 2248/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2248.

¹⁴⁰ Esta doctrina jurisprudencial se puede observar en la STS 4139/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4139, que ante el dilema de calificar un despido, analiza si se da alguna de las causas de nulidad contenidas en el art. 55 ET, y, al ver que no es el caso, confirma la sentencia recurrida (STSJ ICAN 3203/2013 - ECLI:ES:TSJICAN:2013:3203), que declara la improcedencia del despido sin causa.

¹⁴¹ Fundamento jurídico 4º de la SJSO 2237/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2248.

¹⁴² SJSO 2237/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2237.

¹⁴³ Fundamento jurídico 4º de la SJSO 2237/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2237.

la prohibición de despedir como despidos improcedentes, ya que a pesar de que sean más perjudiciales para los trabajadores, la jurisprudencia del TS¹⁴⁴ interpreta que las causas de nulidad, por su gravedad y por la posible afectación del derecho de libertad de empresa instaurado en el art. 16 del tratado de la Unión Europea y en el art. 18 de la Constitución¹⁴⁵, deben tratarse taxativamente, y dado que el RD-l 9/2020 (y posteriormente la Ley 3/2021) no establece la nulidad del despido que incumpla esta norma, sería contrario a esa jurisprudencia calificarlo de nulo. Y esta jurisprudencia sobre el despido sin causa es aplicable precisamente por la redacción del art. 2 del RD-l 9/2020 (el art. 2 de la Ley 3/2021 mantiene el mismo tenor literal), que establece que las causas que fundamenten una suspensión contractual relacionadas con la pandemia no podrán justificar la extinción del contrato. Ello supone que si se despide a una persona trabajadora y se justifica mediante esas causas, el despido es “sin causa”, por lo que habría que aplicar esta jurisprudencia.

Esta prohibición de despedir, de acuerdo con el RD-l 11/2021, de 27 de mayo, será de aplicación hasta el 30 de septiembre de 2021.

4.2. Posible proyección de estos cambios en la legislación laboral general.

Resulta evidente que para hacer frente al impacto económico de la pandemia ha sido necesario realizar numerosas enmiendas y arreglos normativos por la vía de Reales Decretos, que, al fin y al cabo, tienen una vigencia temporal limitada, sin perjuicio de su posible prórroga mientras dure la pandemia. Sin embargo, muchas de las medidas que se han tomado en el ámbito laboral, y concretamente en relación con los expedientes suspensivos de regulación del empleo, son medidas que sobrepasan una mera situación coyuntural, sino que suponen la aplicación de criterios normativos que pueden llegar a consolidarse y dar lugar a una serie de modificaciones en la legislación laboral general.

Muchas de las iniciativas legislativas que vemos formarse hoy en día van dirigidas a “contrarrestar” la reforma laboral del 2012 (como dicen algunos medios¹⁴⁶, se trata de una “contrarreforma”). En la “Ficha de las 17 reformas laborales” que ha elaborado el Ministerio

¹⁴⁴ Como se puede observar en la ya citada STS 4139/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4139.

¹⁴⁵ Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021, p. 50.

¹⁴⁶ Por ejemplo WOLTERS KLUWER, *Las claves de la "contrarreforma" laboral* (23 de marzo de 2021), artículo publicado en DIARIO LA LEY [en línea], Wolters Kluwer. Disponible en <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/03/25/las-claves-de-la-contrarreforma-laboral>>. [Acceso el 6 de junio de 2021]

de Trabajo para remitir a Bruselas¹⁴⁷ podemos ver, como objetivo en relación con los ERTES suspensivos, la modernización de los ERTES, a través de diversas medidas, como son el incremento de la inversión (se pretende crear un fondo tripartito formado por las aportaciones del Estado, las empresas y los trabajadores, con el que hacer frente a los costes de las prestaciones y las compensaciones de las cotizaciones de los ERTES), el impulso de actividades formativas durante la suspensión contractual y la adopción de medidas que conviertan los ERTES en una alternativa ventajosa al despido.

De cara a estudiar el futuro de los mecanismos de suspensión de contratos de trabajo podemos también analizar las referencias a los mismos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia hecho público por la Moncloa. En dicho Plan se establece el objetivo de simplificar las modalidades de contratos de trabajo, reduciéndolas a tres: estable, temporal y de formación o prácticas. A su vez, se va a promover la creación de un nuevo mecanismo que sirva de “instrumento permanente de ajuste interno de las empresas, alternativo a la alta temporalidad y al desempleo, que actúe como amortiguador de la extremada volatilidad del mercado de trabajo español y se oriente a la formación y recualificación de los trabajadores”¹⁴⁸. Es decir, se intenta instaurar un instrumento permanente que sirva para desincentivar el empleo abusivo de contratos a tiempo parcial y ayude a la formación y recualificación de los trabajadores, con el que se pueda hacer frente tanto a situaciones coyunturales como puede ser la fluctuación de la demanda, como a situaciones estructurales, por ejemplo el cambio de sector de la empresa, que requiere la adaptación de los trabajadores. Y ha sido tal el éxito de los ERTES durante la pandemia que se va a configurar este nuevo mecanismo sobre la experiencia que se ha adquirido precisamente de los expedientes temporales de suspensión o reducción de jornada.

En esa futura reforma de los ERTES planteada en el Plan de Recuperación, de acuerdo con el Componente 23 del mismo, se buscan dos objetivos principales: proteger el empleo en situaciones de crisis económica y dificultades del mercado; y sobrellevar los cambios estructurales para evitar consecuencias negativas a nivel macroeconómico. Para ello, el nuevo sistema se divide en dos mecanismos: por una parte un mecanismo de ajuste o flexibilidad interna, que permite a los empresarios hacer frente a cambios cíclicos de las

¹⁴⁷ Resumen de la Ficha remitida a Bruselas, publicado por la Moncloa. Referencia en: *La “ficha” de las 17 reformas laborales: se creará un fondo tripartito para costear los ERTES futuros*, 21 de enero de 2021 [en línea] LaboralPensiones.com. Disponible en <<https://laboralpensiones.com/la-ficha-de-las-17-reformas-laborales-se-creara-un-fondo-tripartito-para-costear-los-ertes-futuros/>>. [Acceso el 6 de junio de 2021]

¹⁴⁸ LA MONCLOA, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, Gobierno de España P.132. [en línea]. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf>. [Acceso el 8 de junio de 2021].

demandas de actividad empresarial (sería básicamente un sistema de suspensión y reducción de jornada pero ofreciendo mayor disponibilidad para los empresarios); y por otra parte un mecanismo para apoyar a la formación y recualificación de trabajadores en sectores que estén pasando por cambios o transiciones estructurales (que pueden derivar, por ejemplo de avances tecnológicos, cambios en la demanda...).¹⁴⁹

Este mecanismo busca un sistema de flexibilidad interna de carácter más permanente en el sentido de que las empresas dispongan de una forma más ágil y sencilla para configurar su plantilla. Algunos autores¹⁵⁰ consideran que este nuevo modelo se asimilará al *kurzarbeit* alemán, un mecanismo de reducción de jornada coyuntural que los empresarios utilizan para hacer frente a períodos de baja demanda sin tener que realizar extinciones contractuales.¹⁵¹

Este Plan también contempla la instauración de un mecanismo transitorio para los ERTEs que se han aprobado, que incentive la progresiva reincorporación de las personas trabajadoras cuyos contratos se han visto suspendidos o afectados por reducciones de jornada con ocasión de la pandemia. Este mecanismo transitorio no es más que la conclusión necesaria a la paralización generalizada de actividades productivas por la pandemia, pero no implica ni mucho menos la desaparición de los ERTEs, simplemente sirve como pasarela para devolver el mundo laboral a lo que podríamos llamar un panorama “normal”.

De hecho, tras el éxito de los ERTEs para mantener empleos durante la pandemia, el Gobierno ha hecho pública su intención de dedicar fondos a estos expedientes con el fin de que continúen siendo instrumentos clave para la protección del empleo una vez superada la crisis generada por la COVID-19. Así, al potenciar cada vez más los mecanismos de flexibilidad interna, se configuran los despidos como una alternativa menos atractiva.

No se puede saber la cifra exacta del total de ERTEs realizados y de trabajadores afectados por los mismos, pero, por ejemplo, en julio de 2020 se estimaba que más de 3.5 millones de trabajadores habrían mantenido sus empleos gracias al uso de estos mecanismos

¹⁴⁹ LA MONCLOA, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, COMPONENTE 23*, Gobierno de España P.21. [en línea]. Disponible en < <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>>. [Acceso el 8 de junio de 2021].

¹⁵⁰ BENEYTO CALATAYUD, Pere J., *El futuro de los ERTE* (31 de mayo de 2021), diario LEVANTE.

¹⁵¹ Nota informativa publicada por la Consejería de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de la Embajada de España en Alemania, *REDUCCIÓN DE JORNADA DE CARÁCTER COYUNTURAL – KURZARBEIT* (publicada el 26/3/2020, última actualización a 18/12/2020), Referencia 200326 [en línea]. Disponible en: <https://www.mites.gob.es/es/mundo/consejerias/alemania/webempleo/es/teinteresa/archivos/Nota_informacion_informa_200326_-_Reduccion_de_jornada_por_motivos_coyunturales_Kurzarbeit.pdf> [Acceso el 6 de junio de 2021]

de suspensión y reducción de jornada durante la pandemia¹⁵². Según las cifras del SEPE, en junio del 2020 hubo 2.840.735 personas que fueron beneficiarias de prestaciones por desempleo basadas en esas medidas de flexibilidad interna. Esa cifra ha ido bajando a medida que la actividad empresarial se va retomando, pero sigue siendo un buen indicativo del éxito de los ERTEs en cuanto a su configuración como mecanismos de protección social.

Hay que tener en cuenta también que los ERTEs aprobados por la pandemia tienen, al menos de momento, fecha de caducidad, puesto que de no haberse prorrogada, su vigencia habría finalizado el 31 de mayo de este año, del 2021, y tras la prórroga solo estarán vigentes, sin perjuicio de futuras prórrogas, hasta el 30 de septiembre de 2021. De momento parece que se intentará extender su vigencia y cobertura el tiempo que sea necesario, ya que si bien al principio de la pandemia los ERTEs respondían a una paralización masiva de actividad productiva que ya no existe, aún hay algunos sectores que no han podido recuperar su actividad o que lo están haciendo progresivamente, por lo que la importancia de los expedientes temporales sigue siendo vital para esos ámbitos productivos. Así, tras el RD-11/2021, se han prorrogado hasta septiembre de este año, y es posible que se prorroguen de nuevo hasta fin de año, siempre que sea necesario.

La prórroga de los ERTEs es importante porque de no efectuarse, muchas de las empresas que aún no han recuperado sus tasas de actividad anteriores a la pandemia se habrían visto obligadas a efectuar despidos colectivos, al encontrarse en una situación en la que su personal supera con creces sus necesidades productivas. El Gobierno ya efectuado la prórroga hasta el 30 de septiembre de 2021, aunque puede ser también que acaben prorrogándolos hasta fin de año, pues los “nuevos ERTEs” o instrumentos permanentes de ajuste interno y recualificación de trabajadores en transición entrarán en vigor, seguramente, en el año 2022. Según el diario “La Vanguardia”, el ministro Escrivá ha avanzado que el nuevo esquema debe “facilitar la movilidad de los trabajadores entre empresas, sin necesidad de pasar por el desempleo, para evitar situaciones de ERE”¹⁵³.

Respecto al número de personas afectadas por medidas de suspensión o reducción de jornada, a 26 de mayo de 2021 el Ministro de Economía, en las negociaciones para la prórroga de los ERTEs, manejaba las cifras de 600.000 personas trabajadoras afectadas por

¹⁵² CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia*. Estudios Doctrinales, Universidad de Murcia, 22 de julio de 2020.

¹⁵³ RODRÍGUEZ DE PAZ, A., *El Gobierno encara el diseño de los nuevos ERTE para la era poscovid*, (20 de marzo de 2021) , La Vanguardia.

estos expedientes.¹⁵⁴

Si estudiamos las fluctuaciones en la ocupación laboral entre 2019 y 2021, que se pueden observar en el gráfico tercero del Anexo¹⁵⁵, vemos que con el estado de alarma, la ocupación laboral se desplomó en el segundo trimestre del 2020, pasando de 19.000 (miles) a 18.000 (miles), es decir, se produjo una bajada de un millón de personas. Hay que tener en cuenta que a los efectos de la Encuesta de Población Activa y del gráfico de la figura 7.3, los trabajadores afectados por un ERTE siguen siendo población “ocupada”, es decir, esos números no varían porque se suspendan más o menos contratos: “a los afectados por un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) con suspensión de empleo, según la metodología de la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se aplica en la EPA, se les considera ocupados.”¹⁵⁶

Es cierto que en los siguientes periodos la cifra de ocupación se ha ido recuperando ligeramente, pero no cabe duda de que cuando finalmente expiren los ERTEs de la pandemia, volverá a bajar la ocupación, pues a pesar de las medidas de protección del empleo habrá sectores que aún no estén completamente recuperados.

Para concluir, destacar que en el análisis realizado en el capítulo segundo sobre la reforma de 2012, se ha visto que en la misma se potenció de forma notable la flexibilidad interna como una forma de proteger el empleo durante momentos de crisis. Así, resulta algo chocante que la futura reforma laboral, que se plantea como “contrarreforma” a la de 2012, a pesar de que pueda echar para atrás algunas de las modificaciones que se introdujeron en materia de flexibilidad interna, en materia de suspensión contractual y movilidad interna parece que se va a potenciar más aun, con la creación del mecanismo permanente de flexibilidad y recualificación de los trabajadores. Esto es un verdadero testimonio de la importancia que han tenido los ERTEs a la hora de salvaguardar el empleo durante la crisis pandémica, tanto que a pesar de esa futura contrarreforma a la del 2012, se va a crear un mecanismo para facilitar aún más la flexibilidad interna, y se va a basar en la experiencia obtenida durante la pandemia.

¹⁵⁴ PÉREZ, Claudi y R. PÉREZ, Gorka, *Gobierno y empresarios alcanzan un principio de acuerdo para prorrogar los ERTE* (26 de mayo de 2021), El País.

¹⁵⁵ Figura 3, contenida en el apartado 7.3 del Anexo.

¹⁵⁶ Notas de prensa del Instituto Nacional de Estadística del 28 de enero de 2021.

5. CONCLUSIONES.

Del estudio realizado se extraen las siguientes conclusiones:

1. Con el estudio de la flexibilidad interna en general, de la cual forman parte los ERTEs suspensivos por fuerza mayor, queda claro que la intención del legislador, ya desde la reforma del 2012, es potenciar esa flexibilidad interna, pues se conceptúa como la alternativa preferible a la flexibilidad externa (si bien también es cierto que en esa reforma de 2012 se abarataron los despidos). No cabe duda de que el futuro de los ERTEs, el mecanismo permanente de ajuste interno y recualificación, seguirá avanzando en esa línea, tomando como base toda la experiencia obtenida de los ERTEs durante la pandemia. Y es que a pesar de que los ERTEs son un mecanismo que beneficia a los empresarios, al permitirles adaptar su mano de obra de forma coyuntural según las necesidades del momento y evitando los gastos que suponen los despidos; también benefician a los trabajadores, en tanto en cuanto suponen el mantenimiento del empleo, lo cual es vital en un país con un problema de paro como el de España. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que los ERTEs al fin y al cabo, aunque beneficien a ambas partes en ciertos aspectos, son una herramienta a disposición del empresario, que es el que decide si emplea este mecanismo o si realiza despidos. Esto se mantiene aunque se establezcan medidas que conviertan los ERTEs en la alternativa menos costosa, y considero que hay que tenerlo en cuenta para mantener un cierto equilibrio entre las partes.
2. En relación con los ERTEs suspensivos por fuerza mayor, considero especialmente interesante la diferencia con los ERTEs ETOP en cuanto al procedimiento. En los ERTEs ETOP, tras la reforma de 2012, se prescinde de la autorización de la autoridad laboral, reconduciendo el procedimiento a un trámite de negociación entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, y reduciendo la intervención administrativa a la comunicación por el empresario a la autoridad laboral, que podrá pedir un informe potestativamente a la Inspección de Trabajo. En cambio, en los ERTEs por fuerza mayor se mantiene ese control administrativo, al exigir que la autoridad laboral constate la existencia de fuerza mayor. Entiendo que son dos tipos de expedientes distintos, con causas distintas y que por tanto no requieren las mismas garantías, pero por otra parte los ERTEs por fuerza mayor y los ERTEs ETOP comparten el mismo objetivo, que es proteger el empleo y hacer frente a cambios puntuales en las necesidades

empresariales, ya sea por una imposibilidad de la prestación de trabajo (en el caso de fuerza mayor) o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Así, me resulta un tanto extraña esta diferencia, que en algunos casos es muy importante, cuando estamos hablando de dos subgéneros de expedientes que forman parte de la misma especie, los ERTes. Si observamos la Directiva 98/59/CE, el art. 2.2 establece el periodo de consultas para los despidos colectivos en general. Esto incluye tanto los despidos colectivos por causas ETOP como los despidos colectivos por fuerza mayor, puesto que el art. 1.1 de la misma Directiva dice literalmente “se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea”; y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, esos despidos por causas no inherentes a la persona del trabajador incluyen tanto los fundamentados en causas ETOP como los justificados por fuerza mayor (como puede observarse en la STJUE de 11 de noviembre de 2015, en el asunto C-422/14, que establece que para el cómputo de los despidos colectivos se tienen en cuenta todas las extinciones realizadas por iniciativa del empresario, y los despidos colectivos por fuerza mayor entran dentro de estos). El art. 51 de nuestro ET no traspone la Directiva en ese aspecto, pero de haberse traspuesto correctamente sí que habría un periodo de consultas en los EREs extintivos por fuerza mayor. Ahora bien, esta Directiva solo se aplica a los despidos, no a las suspensiones contractuales, pero no deja de demostrar que la diferencia de causas en expedientes de regulación del empleo no debería justificar una diferencia tan importante en el procedimiento de los mismos.

3. Sobre la fuerza mayor en los ERTes considero que hay dos aspectos que son importantes para entender este concepto: la fuerza mayor laboral se distingue ligeramente de la fuerza mayor civil, ya que, como se ha expuesto en el estudio, la jurisprudencia entiende que la primera se define más en relación con el círculo de actuación del empresario, con su esfera de voluntad, lo que supone añadir una cierta nota subjetiva a este concepto y a veces implica que en casos limítrofes es casi imposible afirmar con seguridad si existe o no fuerza mayor; en segundo lugar, el requisito de la imprevisibilidad debe interpretarse de forma bastante flexible, ya que algunas situaciones que no son completamente imprevisibles se consideran como causa de fuerza mayor por su inevitabilidad y por encontrarse fuera de las posibilidades de actuación del empresario.
4. En relación con la normativa de pandemia, quiero hacer hincapié en mi opinión de que

las situaciones de fuerza mayor provocadas por la pandemia no son una nueva clase o especie de fuerza mayor distinta de la tradicional. Podría parecer que lo son por la enumeración de causas del art. 22 del RD-l 8/2020, pero considero que ese catálogo no “crea” unas situaciones de fuerza mayor que no existían previamente, sino que distingue en qué casos la pandemia y el estado de alarma pueden provocar una causa de fuerza mayor. Esto se hace con el fin de delimitar claramente cuándo esas situaciones se pueden calificar como causas de fuerza mayor, y así evitar confusiones, inseguridad jurídica y posibles fraudes. Es cierto que se trata de una pandemia, es decir, un suceso muy particular en cuanto a su gravedad, novedad y extensión, pero ello no supone que no encaje en el concepto tradicional de fuerza mayor que se viene empleando en el ámbito laboral: la pandemia puede hacer imposible la actividad productiva o bien como consecuencia de la Declaración del Estado de Alarma u otras disposiciones gubernativas (fuerza mayor impropia, *factum principis*); o bien por contagio de la plantilla (que se podrían reconducir por la vía de la fuerza mayor propia, ya que si la plantilla se contagia de un virus con síntomas tan importantes como el COVID-19 no pueden realizar sus prestaciones laborales; o por la vía de la fuerza mayor impropia, puesto que las medidas gubernativas suponían cuarentena obligatoria para quienes se hayan contagiado).

5. Otro aspecto importante y controvertido son los despidos que incumplen la denominada “prohibición” de despedir. En primer lugar, quiero destacar que el término prohibición es, a mi entender, inexacto. El art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 (cuyo tenor literal se mantiene sin modificaciones en la Ley 3/2021) no utiliza este término, simplemente establece que las causas de suspensión de contratos relacionadas con la pandemia no pueden entenderse como justificativas de un despido; y además hablar de “prohibición” tiene una connotación que puede llevar a pensar que la consecuencia del incumplimiento de esa disposición es la nulidad del despido. Como he expuesto en mi estudio, considero que los despidos que intenten justificarse mediante esas causas no son nulos, sino improcedentes.

Esto es por dos cuestiones, principalmente: de la redacción del art. 2 del RD-l 2020 se extrae, mediante una interpretación literal del mismo, que se trata de un despido injustificado o sin causa, los cuales según la jurisprudencia consolidada (citada a lo largo del trabajo, observable en la STS 4139/2014) deben calificarse de improcedentes; en segundo lugar, me parece incorrecto decir que es de aplicación el art. 6 del Código Civil en cuanto a tratarse ese despido de un acto contrario a norma imperativa y en fraude de

ley, porque, de nuevo, del tenor literal de la “prohibición” no se extrae que se impida despedir y tratar de justificar el despido mediante esas causas, sino que esas causas no se consideran “justificativas” del despido (volviendo, de nuevo, a la idea del despido injustificado o sin causa).

6. Por último, me parece interesante la probable evolución de los ERTes en el futuro. Del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se extrae que se va a instaurar un mecanismo integrado por dos sistemas, un sistema de flexibilidad interna y un sistema centrado en la formación y recualificación de trabajadores. Esto se hace en aras a facilitar la adaptación de las empresas a fluctuaciones de la demanda y para ofrecer a las personas trabajadoras un cauce mediante el que adaptarse a cambios estructurales y transiciones entre sectores. Así, se ofrece una alternativa a los despidos que ayudará a la protección del empleo, ya sea durante crisis excepcionales como la que ha ocurrido con la pandemia, o durante etapas cíclicas, estacionales y normales de disminución de la demanda en las empresas.

También será importante el establecimiento de un Fondo tripartito, que implicará financiar los costes de los nuevos ERTes mediante aportaciones del Estado, de los trabajadores y de los empresarios. Esto supondrá aliviar en cierta medida de esa carga a los organismos públicos, y repartir los costes de esos expedientes entre las que son, al fin y al cabo, todas las partes interesadas (los empresarios y los trabajadores, a quienes beneficia directamente; y el Estado, que busca el bienestar social y económico).

6. FUENTES.

6.1. Bibliografía.

- BENEYTO CALATAYUD, Pere J., *El futuro de los ERTE* (31 de mayo de 2021), diario LEVANTE.
- BLASCO PELLICER, Ángel y BALLESTER PASTOR, María Amparo. *Derecho del Trabajo*, 7º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Dirigido por José María Goerlich Peset. Coord. Jesús García Ortega.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia*. Estudios Doctrinales, Universidad de Murcia, 22 de julio de 2020.
- COS EGEA, Manrique, “La flexibilidad laboral como retorno a una concepción liberal de las relaciones de trabajo”, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, Núm. 38 (2018).
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El concepto de empresario-empedor en Derecho del Trabajo”, en *El empresario laboral*, coordinado por BLASCO PELLICER, Ángel. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Departamento de Documentación de Iberley, *ERTES POR CORONAVIRUS PASO A PASO*, Col. CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan; Edit. Colex, 4ª edición, A Coruña, 2021.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas.
- PÉREZ, Claudi y R. PÉREZ, Gorka, *Gobierno y empresarios alcanzan un principio de acuerdo para prorrogar los ERTE* (26 de mayo de 2021), El País.
- RECIO, A. “Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, No. 5, 1994.
- RODRÍGUEZ DE PAZ, A., *El Gobierno encara el diseño de los nuevos ERTE para la era poscovid*, (20 de marzo de 2021), La Vanguardia.
- ROQUETA BUJ, Remedios. *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

- R. PÉREZ, Gorka, *El número de trabajadores en ERTE baja de 600.000 por primera vez desde que se decretó el estado de alarma*, El País, 14 de mayo de 2021.

- TATAY PUCHADES, Carmen, “La cotización durante la percepción de la prestación por desempleo”, en *Derecho de la Seguridad Social*, 8ª Edición (Dirigido por R. Roqueta Buj y J. García Ortega), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

6.2. Textos normativos.

- DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

- Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- 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.

- Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

- 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.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

- Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (se entiende derogado por la Ley 3/2012).

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

- 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 (implícitamente derogado por la Ley 3/2021).

- Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

- 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.

- Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

- Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

- Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

6.3. Jurisprudencia.

Sentencias de la Audiencia Nacional:

- Roj: SAN 38/2020, ECLI:ES:AN:2020:994.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aacecea510b129baa45c19bfb419d96ccc1491d3>

- Roj: SAN 994/2020; ECLI:ES:AN:2020:994

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e5a8db72059c0c14/20200619>

- Roj: SAN 1160/2020, ECLI: ES:AN:2020:1160

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/90004c7958be7799/20200701>

Sentencias de Juzgados de lo Social:

- Roj: SJSO 2237/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2248.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/940398029e72bd05/20200722>

- Roj: SJSO 2248/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:2248.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6a85333abdecde91/20200827>

Sentencia del (extinto) Tribunal Central de Trabajo:

- STCT de 28 de junio de 1988, Recurso 4478.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- STJUE de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera. Asunto C-422/14; ECLI:EU:C:2015:743.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0422&from=es>

Sentencias del Tribunal Supremo:

- Roj: STS 829/1997 - ECLI:ES:TS:1997:829.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/ee38f30ae9d977f5/20030912>

- Roj: STS 1426/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1426.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/041af7a085ac3ad1/20030906>

- Roj: STS 1760/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1760.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f0956b14a72ff2178845c4217cb300fc16434065b23392c9>

- Roj: STS 2049/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2049.

<https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7390238&links=despido%20colectivo&optimize=20150527&publicinterface=true>

- Roj: STS 3986/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3986.

<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7486126/limites%20de%20a%20jurisdiccion%20laboral/20151005>

- Roj: STS 4139/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4139.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9580b10ec273cfb7/20141111>

- Roj: STS 4320/1998 - ECLI:ES:TS:1998:4320.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e2d1d2f8b5b36da3/20040614>

- Roj: STS 4517/1989 - ECLI:ES:TS:1989:4517.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dc4ec99706de765d/20051011>

- Roj: STS 4815/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4815.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3207c4eca51c8e3f/20081016>

- Roj: STS 6178/1997 - ECLI:ES:TS:1997:6178.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2dcca4b2d1143778/20030906>

- Roj: STS 6425/2006 - ECLI:ES:TS:2006:6425:

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/154e96294ea90ea8/20061116>

- Roj: STS 9375/1995 - ECLI:ES:TS:1995:9375.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/7d4b55654f0f8012/19960102>

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

- Roj: STSJ AS 2416/2020 - ECLI:ES:TSJAS:2020:2416

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a9fe8ffea912d070/20201124>

- Roj: STSJ CL 2073/2006 - ECLI:ES:TSJCL:2006:2073.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e7d482339b15bcf2/20060525>

- Roj: STSJ M 12671/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:12671.

[https://jur.poderjudicial.es/search/documento/AN/9383472/duracion%20\(contrato%20de%20trabajo\)/20210122](https://jur.poderjudicial.es/search/documento/AN/9383472/duracion%20(contrato%20de%20trabajo)/20210122)

- Roj: STSJ NA 237/2021 - ECLI:ES:TSJNA:2021:237

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0814be7f5f4895e1/20210622>

- Roj: STSJ PV 597/2006 - ECLI:ES:TSJPV:2006:597.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/228bf54560d0535c/20060622>

6.4. Webgrafía.

- AGUILERA MORALES, Tomás (Socio en el área laboral en HEYD y profesor en CEF-UDIMA), en su entrevista con Paloma Villarreal. 16 de febrero de 2021. EL ALEGATO, programa organizado por la Universidad a Distancia de Madrid [en línea], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=iHHmZTV3v-A>. [Acceso el 7 de junio de 2021].

- ARADAS, Alejandro, *Concurrencia de convenios y prioridad de aplicación* [en línea], CUESTIONES LABORALES. Disponible en <https://www.cuestioneslaborales.es/concurrencia-de-convenios-y-prioridad-de-aplicacion/>. [Acceso el 28 de febrero de 2021].

- CONSEJERÍA DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL de la Embajada de España en Alemania, Nota informativa: *REDUCCIÓN DE JORNADA DE CARÁCTER COYUNTURAL – KURZARBEIT* (publicada el 26/3/2020, última actualización a 18/12/2020), Referencia 200326 [en línea]. Disponible en: https://www.mites.gob.es/es/mundo/consejerias/alemania/webempleo/es/teinteresa/arcivos/Nota_infoinforma_200326_-_Reduccion_de_jornada_por_motivos_coyunturales_Kurzarbeit.pdf. [Acceso el 6 de junio de 2021].
- Colaboradores de Wikipedia. *Expediente de regulación de empleo* [en línea]. Wikipedia, La enciclopedia libre, 2021. Disponible en: https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Expediente_de_regulaci%C3%B3n_de_empleo&oldid=135910158. [Acceso el 30 de mayo del 2021].
- GIMÉNEZ ARNAU, R., 2012. *La nueva reforma laboral: flexibilidad interna y externa*. [en línea] Garrigues.com. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-nueva-reforma-laboral-flexibilidad-interna-y-externa. [Acceso el 27 de febrero de 2021].
- IBERLEY, *Análisis del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012, de 29 de octubre)* [en línea]. Iberley.es. Disponible en <https://www.iberley.es/practicos/analisis-reglamento-procedimientos-despido-colectivo-suspension-contratos-reduccion-jornada-rd-1483-2012-29-octubre-821>. [Acceso el 2 de marzo de 2021].
- LABORALPENSIONES.COM, *La “ficha” de las 17 reformas laborales: se creará un fondo tripartito para costear los ERTEs futuros*, 21 de enero de 2021 [en línea] LaboralPensiones.com. Disponible en <https://laboralpensiones.com/la-ficha-de-las-17-reformas-laborales-se-creara-un-fondo-tripartito-para-costear-los-ertes-futuros/>. [Acceso el 6 de junio de 2021].
- LABORSER. (Marzo de 2020). *La reducción de la jornada de trabajo por decisión de la empresa*. [en línea] Laborser.es. Disponible en <https://laborser.es/la-reduccion-de-la-jornada-de-trabajo-por-decision-de-la-empresa/>. [Acceso el 10 de abril de 2021].
- LA MONCLOA, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, Gobierno de España. [en línea]. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf. [Acceso el 8 de junio de 2021].
- LA MONCLOA, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, COMPONENTE 23*, Gobierno de España. [en línea]. Disponible en

<https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>. [Acceso el 8 de junio de 2021].

- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, *ERTE-COVID por fuerza mayor: última hora* (3 de marzo de 2021), artículo publicado en DIARIO LA LEY [en línea], WOLTERS KLUWER. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/03/16/erte-covid-por-fuerza-mayor-ultima-hora>. [Acceso el 7 de junio de 2021].

- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, Nota: *Impacto del Covid-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Abril, 2021. Ministerio de Trabajo y Economía Social [en línea]. Disponible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/Nota_impacto_COVID_ABRIL-2021.pdf. [Acceso el 23 de abril de 2021].

- REDACCIÓN LABORAL DE NOTICIAS JURÍDICAS. (28 de mayo de 2021). *Real Decreto-ley 11/2021: el Gobierno amplía los ERTES y las ayudas especiales a autónomos* [en línea]. Noticias Jurídicas. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16325-real-decreto-ley-11-2021:-el-gobierno-amplia-los-ertes-y-las-ayudas-especiales-a-autonomos/>. [Acceso el 10 de junio de 2021].

- WOLTERS KLUWER, *Las claves de la "contrarreforma" laboral* (23 de marzo de 2021), artículo publicado en DIARIO LA LEY [en línea], Wolters Kluwer. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/03/25/las-claves-de-la-contrarreforma-laboral>. [Acceso el 6 de junio de 2021].

6.5. Bases de datos.

EPDATA:

- *El número de trabajadores afectados por un ERE, en gráficos* [en línea] EPDATA. Disponible en <https://www.epdata.es/datos/trabajadores-afectados-ere-graficos/450>. [Acceso el 6 de mayo de 2021].

Instituto Nacional de Estadística:

- INEbase, datos sobre la ocupación laboral en España entre 2019 y 2021 [en línea]. Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <https://www.ine.es/consul/serie.do?s=EPA87&c=2&nult=9>. [Acceso el 6 de mayo de 2021].

7. ANEXO.

7.1. Estadística de evolución de trabajadores afectados por un ERTE en España en las últimas décadas.

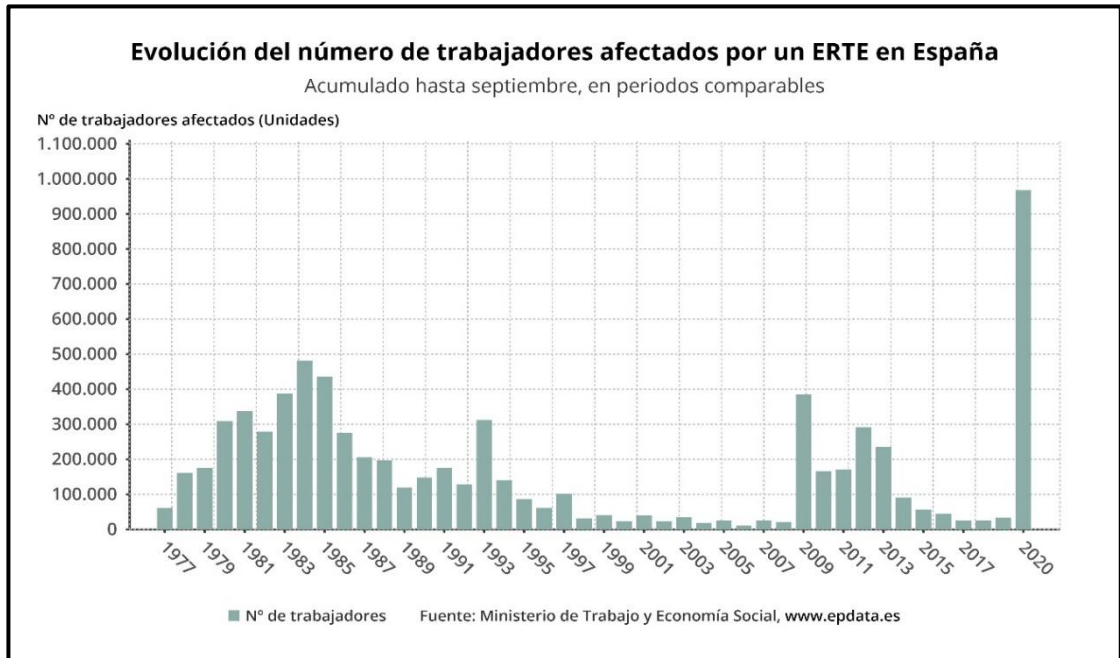


Figura 1: Gráfico extraído de www.epdata.es, con datos actualizados a 4 de mayo de 2021.

7.2. Trabajadores afectados por medidas de regulación de empleo y variación interanual en enero y febrero entre 2020 y 2021.

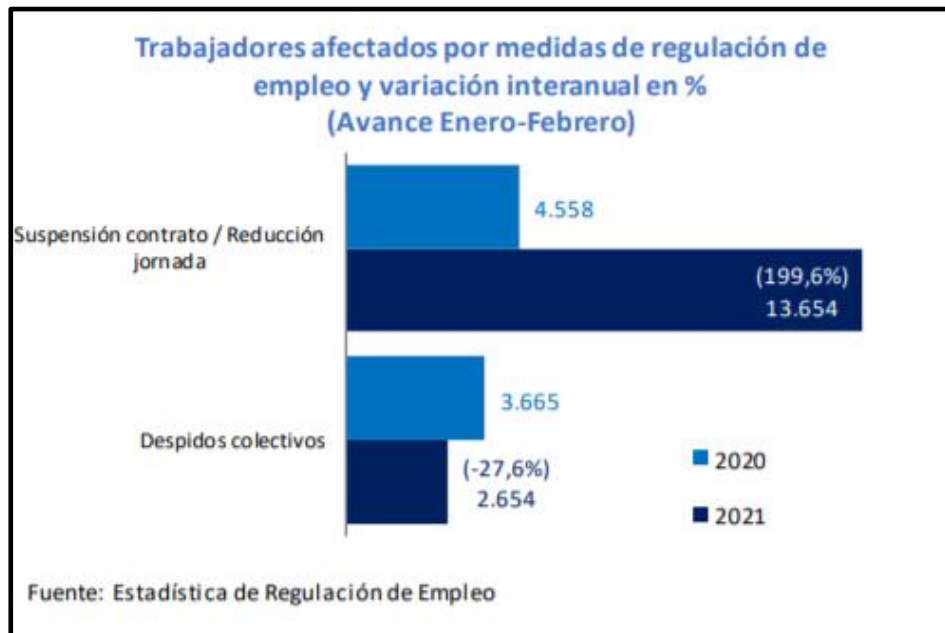


Figura 2: Gráfico extraído de la Nota: Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Abril, 2021.

7.3. Variaciones en la ocupación laboral durante la crisis del COVID-19.

Ocupación laboral en España entre 2019 y 2021, por trimestres, en miles de personas.

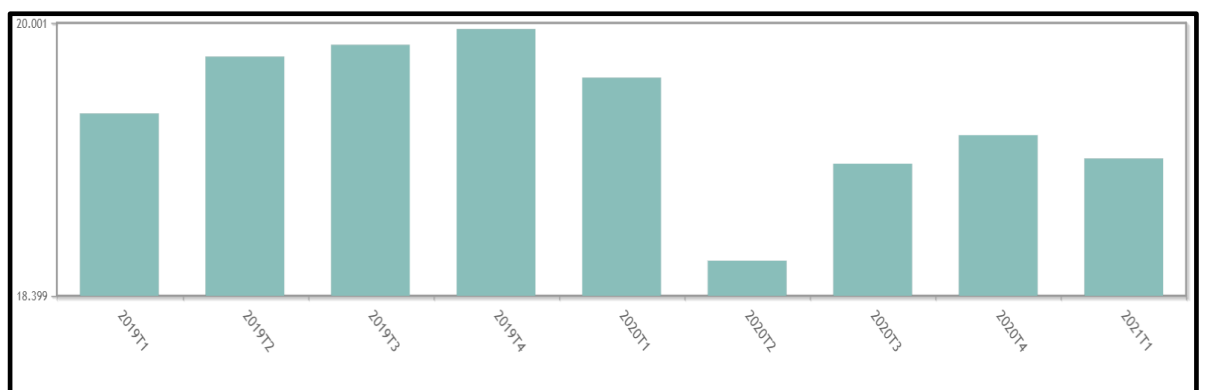


Figura 3: Gráfico extraído del Instituto Nacional de Estadística sobre la variación en la ocupación laboral entre 2019 y 2021.