



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Escuela Judicial
Formación Continua

La reforma laboral. Visión de la reforma laboral en el
primer año de vigencia

Los ERTes: suspensiones y reducciones de jornada de la reforma (y a la luz de la pandemia)

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado. Acreditado a Catedrático



1 junio 2023

Esquema expositivo

ERTE ETOP / FM / FP: Principales cambios ex RD Ley 32/2021

ERTE ETOP / FM / FP: Reacciones judiciales

ERTE y DA 3ª Ley 32/2006

**ERTE mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo
(art. 47.bis ET)**

ERTE (ex arts. 47 y 47.bis ET), DA 44ª LGSS y DA 25ª ET

Cláusula salvaguarda empleo ex DA 6ª RDL 8/20

Una previa

Objetivo Real Decreto-ley 32/2021

El objetivo prioritario del Real Decreto-ley 32/2021 es

- promover la estabilidad en el empleo y
- limitar el recurso abusivo a la contratación temporal,

Por ello, se potencia recurso a los mecanismos de flexibilidad interna por las empresas a través de:

- las reducciones temporales de jornada; y
- suspensiones de los contratos de trabajo

Objetivo: favorecer la continuidad del empleo ante coyunturas negativas, como alternativas a los despidos masivos y a la elevada tasa de temporalidad

Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva

Capítulo XI. 4. Expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– y Mecanismo RED. CCOL deberían:

Potenciar los ERTE, como medida de flexibilidad interna, para abordar situaciones coyunturales y facilitar la adaptación de las empresas, haciendo posible el mantenimiento del empleo.

Desarrollar los objetivos y los criterios para la implementación de los ERTE.

Priorizar la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos.

Garantizar la transparencia en la transmisión de la información, asegurando la información oportuna, suficiente y adecuada a la representación de las personas trabajadoras.

Configurar propuestas de contenidos formativos a desarrollar en caso de activación del Mecanismo RED o de ERTE.

Crear medidas de apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras en ERTE.

Adicionalmente, los firmantes del AENC recordamos a los negociadores sectoriales que la activación de la modalidad sectorial del Mecanismo RED requiere una solicitud de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, de conformidad con el artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

Igualmente, se recuerda la importancia de tener en cuenta la especial situación de las PYME y la repercusión en los territorios de los procesos de restructuración de las empresas, por su incidencia en la sociedad, la economía y el empleo.

0. Afiliados en ERTes vinculados al COVID-19 según tipo suspensión y tipo de ERTE

| FECHA | TOTAL TRABAJADORES | ANTERIORE S RDL 30/2020 | RDL 30/2020 Y POSTERIORES | | | | | TIPO SUSPENSIÓN | |
|------------|--------------------|-------------------------|---------------------------|-------------|------------|-------------|-----------------|-----------------|------------|
| | | | TOTAL | Impedimento | Limitación | CNAEs anexo | Cadena de valor | S. TOTAL | S. PARCIAL |
| | | | | | | | | | |
| 31/03/2020 | 3.108.554 | 3.108.554 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2.915.783 | 192.771 |
| 30/04/2020 | 3.576.192 | 3.576.192 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 3.170.643 | 405.549 |
| 31/05/2020 | 2.605.023 | 2.605.023 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2.201.315 | 403.708 |
| 30/06/2020 | 1.450.243 | 1.450.243 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1.153.598 | 296.645 |
| 31/07/2020 | 868.509 | 868.509 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 678.011 | 190.498 |
| 31/08/2020 | 768.615 | 768.615 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 596.020 | 172.595 |
| 30/09/2020 | 706.107 | 706.107 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 542.119 | 163.988 |
| 31/10/2020 | 728.321 | 336.793 | 391.528 | 65.628 | 95.855 | 178.387 | 51.658 | 549.451 | 178.870 |
| 30/11/2020 | 850.950 | 331.335 | 519.615 | 93.015 | 189.043 | 184.909 | 52.648 | 633.199 | 217.751 |
| 31/12/2020 | 702.808 | 254.628 | 448.180 | 25.795 | 171.221 | 201.547 | 49.617 | 501.414 | 201.394 |
| 31/01/2021 | 928.045 | 265.417 | 662.628 | 139.120 | 230.835 | 238.446 | 54.227 | 703.977 | 224.068 |
| 28/02/2021 | 858.785 | 245.026 | 613.759 | 81.535 | 239.941 | 240.024 | 52.259 | 619.854 | 238.931 |
| 31/03/2021 | 674.366 | 208.933 | 465.433 | 24.748 | 181.570 | 210.293 | 48.822 | 468.690 | 205.676 |
| 30/04/2021 | 636.752 | 198.253 | 438.499 | 20.442 | 164.642 | 206.470 | 46.945 | 443.432 | 193.320 |
| 31/05/2021 | 491.983 | 161.005 | 330.978 | 11.973 | 111.269 | 167.142 | 40.594 | 338.949 | 153.034 |
| 30/06/2021 | 387.731 | 138.135 | 249.596 | 7.444 | 71.521 | 138.007 | 32.624 | 278.820 | 108.911 |
| 31/07/2021 | 292.722 | 101.884 | 190.838 | 6.306 | 57.644 | 101.475 | 25.413 | 204.044 | 88.678 |
| 31/08/2021 | 263.323 | 99.669 | 163.654 | 5.424 | 52.199 | 84.553 | 21.478 | 181.078 | 82.245 |
| 30/09/2021 | 231.666 | 93.626 | 138.040 | 4.252 | 44.824 | 71.127 | 17.837 | 157.122 | 74.544 |
| 31/10/2021 | 164.868 | 67.037 | 97.831 | 2.424 | 30.855 | 51.118 | 13.434 | 108.774 | 56.094 |

0. Afiliados en ERTes según tipo suspensión y tipo de ERTE

| FECHA | TOTAL TRABAJADORES | ETOP ORDINARIO (art. 47.1 E.T.) | FUERZA MAYOR | | | MECANISMO RED AGENCIAS VIAJES (art. 47 bis E.T.) | TIPO SUSPENSIÓN | |
|------------|--------------------|---------------------------------|--------------|-------------------------------|---|--|-----------------|------------|
| | | | TOTAL FM | FM ORDINARIO (art. 47.5 E.T.) | FM derivado decisiones autoridad pública (art. 47.6 E.T.) | | S. TOTAL | S. PARCIAL |
| | | | | | | | | |
| 30/04/2022 | 33.085 | 27.686 | 1.328 | 1.138 | 190 | 4.071 | 17.485 | 15.600 |
| 31/05/2022 | 26.701 | 22.446 | 1.334 | 1.090 | 244 | 2.921 | 13.774 | 12.927 |
| 30/06/2022 | 31.854 | 27.895 | 1.391 | 1.190 | 201 | 2.568 | 19.840 | 12.014 |
| 31/07/2022 | 20.059 | 17.093 | 1.298 | 1.099 | 199 | 1.668 | 9.501 | 10.558 |
| 31/08/2022 | 29.344 | 26.288 | 1.506 | 1.342 | 164 | 1.550 | 19.138 | 10.206 |
| 30/09/2022 | 25.801 | 22.912 | 1.600 | 1.448 | 152 | 1.289 | 15.786 | 10.015 |
| 31/10/2022 | 30.837 | 28.181 | 1.605 | 1.458 | 147 | 1.051 | 23.704 | 7.133 |
| 30/11/2022 | 23.711 | 21.281 | 1.434 | 1.291 | 143 | 996 | 16.523 | 7.188 |
| 31/12/2022 | 17.648 | 15.140 | 1.575 | 1.409 | 166 | 933 | 11.732 | 5.916 |
| 31/01/2023 | 17.467 | 15.709 | 1.758 | 1.395 | 363 | 0 | 11.994 | 5.473 |
| 28/02/2023 | 22.299 | 20.603 | 1.696 | 1.367 | 329 | 0 | 16.847 | 5.452 |

ERTE ETOP / FM / FP
Principales cambios *ex* RD Ley 32/2021

ERTE CETOP (no pandemia): procedimiento (cambios RD Ley 32/2021)

Los cambios sobre procedimiento / Efecto ERTE injustificado (aspectos centrales del procedimiento – ap. 2 art. 47 ET – se mantienen inalterados) [ojo con DA 3ª Ley 32/2006 – sector construcción]; [¿porqué no se aplica el art. 12.4.e ET?; D97/81/CE no permite reducción de completa/parcial: STJUE 15/10/14, C-221/13, *Mascellani* – reducción ex art. 47 ET oscila entre 10/70%]

a. Afectación «procedimental» (art. 47.3 ET): agilización tramitación ERTE/adaptación del contenido en el tiempo

A. «aceleración» proceso de negociación con “comprensión” de los tiempos (Procedimiento unificado para los ERTE suspensivo/reducción - desaparecen especificidades ERTE reducción ex art. 47.2 ET).

- Pasa de 15 a 7 días el período de consultas para las empresas de menos de 50 trabajadores (art. 47.3.2º ET).
- Pasa de 7 a 5 días plazo máximo para la constitución de la comisión representativa (art. 47.3.5º ET).
- Pasa de 15 a 10 días el plazo máximo para constitución de la comisión representativa en el caso de que no haya RLT (art. 47.3.5º ET).
- **AL** ya no debe dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, ni tampoco debe comunicarle la decisión empresarial (antiguos párrafos 9º y 13º del art. 47.1 ET). No obstante, la automatización del proceso garantiza el acceso a la información por parte de la ITSS, el SEPE y la TGSS (nueva DA 26ª ET).

B. Contenido consultas: determinar **periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la medida suspensiva/reducción** (párrafo 10ª art. 47.3 ET).

C. Posibilidad **solicitar prórroga** de suspensión/reducción mediante nuevo período de consultas (5 días de duración máximo), para valorar la “necesidad de prórroga” (ap. 4 art. 47 ET).

Decisión comunicada a AL en plazo de 7 días y con efectos *“desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral”* (se sigue cauce proceso de consultas ex art. 47.3 ET – salvo plazos).

También es aplicable a ERTE RED (art. 47.bis ET)

b. Afectación ERTE injustificado ERTE CETOP – ap. 15º del art. 47.3 ET

Consecuencias del ERTE injustificado: además del *«reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas»*,

se incluye el *«ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social»*.

No descripción qué es FM. Art. 1105 Código Civil *“fuera de los casos mencionados en la Ley y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”*

SAN 22 de diciembre 2022 ([rec. 310/2022](#)):

FM propia: acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e inevitables tales como hechos catastróficos naturales (incendios, inundaciones, terremotos, explosiones...).

FM impropia: sucesos susceptibles de quedar incluidos en la expresión "cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario, que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se hayan podido evitar". Es decir,

“supuestos que, no siendo técnicamente causas concretamente constitutivas de la fuerza mayor propia, por asimilación legal, pueden provocar de igual forma la extinción del contrato de trabajo y ello, no por semejanza del hecho causante o de la naturaleza del mismo en relación con aquellos hechos constitutivos de dicha fuerza mayor, sino por la semejanza de sus efectos.

Así, en el concepto de fuerza mayor se incluyen, no sólo los desastres naturales, sino también **cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario, que los contratantes no hayan podido prever, ajeno al círculo de la empresa e independiente de la voluntad del empresario”**

ERTE FM - ART. 47.5 ET: **Causa**

“Conocidos conocidos”

Distinguir:

“Desconocidos conocidos”: inevitable (debe evaluarse diligencia / imputabilidad);

“Desconocidos desconocidos”: imprevisible

Requisitos: imposibilidad/hecho obstativo (sobre el objeto del contrato), existencia de una relación causal entre el incumplimiento de la obligación contractual y el hecho obstativo, inimputabilidad e inevitabilidad.

SAN 22 de diciembre 2022 ([rec. 310/2022](#)) debe acreditarse

- que se ha producido un suceso imprevisto o, aún previsible, inevitable, insuperable e irresistible, pese a el empleo de la diligencia debida para solventarlo; y
- que dicho suceso resultó determinante para la imposibilidad de llevar adelante la actividad empresarial, bien de forma plena o parcial. En definitiva, que existió una relación causal directa entre el suceso y el daño producido.

SAN 23 de mayo 2023 (núm. 67/2023): “La evitabilidad o inevitabilidad de un suceso, al igual que acontece con los accidentes de trabajo, no impone la consecución necesaria de un resultado, (...), sino que se hayan adoptado todas las medidas preventivas disponibles para su neutralización”.

¿FM puede ser “PARCIAL”? [durante la pandemia – se admitió la FM Parcial (RD Ley 18/20); luego, ERTE impedimento/limitación]: ¿describe un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida?

ERTE FM - ART. 47.5 ET: Procedimiento

- Seguir procedimiento art. 51.7 ET: solicitud de empresa dirigida a AL + medios de prueba que estime necesarios + comunicación simultánea a RLT.
- La **AL**, con independencia del «*número de personas trabajadoras afectadas*», es quien **debe «constatar»** la «*fuerza mayor temporal como causa motivadora*». Y también debe solicitar informe preceptivo de la ITSS antes de dictar resolución (que debe «pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor»).
- Resolución AL :«*plazo de **cinco días** naturales desde la solicitud + constatar existencia FM. EMPRESA DECIDE sobre reducción/suspensión*».
- La resolución de la AL surte efectos desde la fecha del hecho causante de la FM y hasta la fecha determinada en la propia resolución. Y, para el supuesto de que no se emita de forma expresa, se entiende el **silencio positivo**.

Finalmente, si fuerza mayor persiste una vez finalizado el «*período determinado en la resolución del expediente, se deberá solicitar una **nueva autorización***».

ERTE Factum Principis (FP) - ART. 47.6 ET: Concepto + procedimiento

(FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ), “toda decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible o/e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes”.

Entendiéndose por autoridad o poder público en su más amplio sentido (DE LA VILLA GIL/ORTIZ LALLANA).

Art. 47.6 ET no introduce definición alguna, limitándose a indicar que

«La fuerza mayor temporal podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública».

Igual procedimiento que por FM (art. 47.5 ET) + estas reglas:

- a) La solicitud de informe por parte de la AL a ITSS no será preceptiva
- b) La empresa deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión gubernativa.
- c) La AL autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimento referidos».

REGLAS COMUNES A LOS ERTE CETOP, FM y FP (ART. 47.7 ET) (extensible a ERTE RED / salvo prestación desempleo).

Primera (párrafo a): la entre un 10% y el 70% de jornada (diaria/semanal/mensual o anual). Se prefiere Reducción.

Segunda (párrafo b): comunicación automatizada:

1º. El período dentro del cual se suspende/reduce.

2º. Identificación de las personas trabajadoras incluidas en ERTE.

3º. El tipo de medida x persona + % máx de reducción / núm. Máx días suspensión

Automatización (nueva DT 26ª ET y acceso a TGSS/SEPE/ITSS) facilitará el control/sanción automatizada

Tercera (párrafo c): posibilidad de afectar y desafectar (previa comunicación a RLT/entidad gestora/ITSS)

Cuarta (párrafo d y DA 25ª ET): durante la vigencia del ERTE «*no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad [art. 8.20 LISOS infracción muy grave] ni concertarse nuevas contrataciones laborales [art. 7.14 LISOS infracción grave]*». Caben excepciones. + Crédito (ap. 7 art. 9 Ley 30/2015) para empresas que desarrollan acciones formativas (descritas en nueva DA 25ª ET)

Quinta (párrafo e): Los beneficios en materia de cotización vinculados a los ERTE (voluntarios) están condicionados al mantenimiento del empleo (6 meses) ex ap. 10 de la DA 44ª LGSS

Sexta (párrafo f): La prestación ex art. 267 LGSS (70% y, a partir de 181 días, 50%) + **DF 1ª RD Ley 2/22** introduce **nueva DA 46 LGSS:** prestación desempleo ERTE FM (70 % base; no consumo cotizaciones previamente efectuadas y acceso a prestación aunque no se tenga período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello).

ERTE ETOP / FM / FP
Reacciones judiciales

ERTE CETOP (no pandemia): causas

RD Ley 32/2021 no modifica la definición de las causas CETOP (art. 47.1 ET + art. 16 RD 1483/2012)

Algunos testimonios recientes sobre las causas: Causa productiva:

STSJ Canarias\LPA 12 de mayo 2022 ([rec. 33/2021](#))

“se entiende que existen causas productivas justificativas de la suspensión de contratos de trabajo cuando se producen cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Lo que tanto en el supuesto allí enjuiciado como en el presente caso se persigue con la suspensión es ajustar el requerimiento de mano de obra a la carga de trabajo realmente existente.

(...) tales causas afectan a la capacidad de producción de la empresa en relación con los requerimientos del mercado, que pueden obligar a la reducción de aquélla, estando referidas, por tanto al resultado del proceso de trabajo, así como a la configuración del producto o servicio producido por la empresa y obliga a adecuar los costes y el propio volumen de la empresa a las exigencias del mercado con la finalidad de evitar que, de mantener la situación, se ponga en peligro la competitividad de la empresa, siendo el supuesto más frecuente en la práctica el descenso del volumen de pedidos, ventas, contrataciones, número de servicios a prestar, clientes a atender u obras a ejecutar, que provoca una disminución de la producción o de los servicios y de la facturación, originando una situación de desequilibrio entre las exigencias productivas de la empresa y la mano de obra disponible que obliga al empresario a poner fin al sobredimensionamiento de su plantilla, ajustándola a las necesidades reales”

ERTE y causalidad grupo de empresas

STSJ Madrid 13 de septiembre 2019 ([rec. 157/2019](#)), afirma que

«no tratándose el denominado ‘grupo Abengoa’ de una empresa plural a efectos laborales, para la adopción de las medidas previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores **ha de atenderse a las circunstancias que afectan a la empresa Negocios Industriales y Comerciales SA, y no a todo el ‘grupo Abengoa’ en su conjunto.** Pero la realidad es también que la sentencia recurrida declara probado que la empresa Negocios Industriales y Comerciales SA, individualmente considerada, sufre severas dificultades financieras»

ERTE ETOP: Aspectos procedimentales

STSJ Galicia 7 de junio 2021 ([rec. 1518/2021](#)), en un ERTE CETOP *ex art.* 47 ET tramitado en tiempo de pandemia y acordado, entiende que, si bien, en el marco del derecho de la emergencia sanitaria, un sindicato más representativo a nivel autonómico tiene prioridad en el caso de que no haya RLT, en el derecho ordinario (esto es, un ERTE no COVID), es una comisión *ad hoc*

ERTE e incumplimiento comunicación previa a AL:

STSJ And/Málaga 18 de septiembre 2019 ([rec. 681/2019](#)): nulidad;

STSJ País Vasco 8 de abril 2014 ([rec. 581/2014](#)) comunicación a AL un día más tarde del inicio del período de consultas no es suficiente para declarar la nulidad del ERTE

SAN 17 de abril 2023 ([rec. 37/2023](#)) la falta de entrega de informe técnico no invalida el período de consultas si se ha dado suficiente información a lo largo de todo el proceso (sigue doctrina “valoración finalista de las exigencias documentales” – por todas, **STS 15 de julio 2021** [rec. 68/2021](#)).

STS 6 de abril 2022 ([rec. 150/2020](#)) en virtud del art. 47.1 (hoy, 47.3 ET): “El criterio de cómputo no es así, el de las «cabezas» de los miembros de la comisión representativa, sino el «porcentaje» de representación que tiene cada integrante -cada «cabeza»- de la dicha comisión. Y (...), en la empresa existen 55 delegados de personal o miembros de comités de empresa, de los cuales 26 corresponden a CC.OO, 25 a UGT, 3 a ELA y 1 independiente, de donde se infiere que tendrían que haber votado a favor, sin realizar ahora mayores precisiones, quienes representarían a 28 de dichos representantes y no se ha acreditado que tal cosa”.

ERTE ETOP: Negociación buena fe / Proporcionalidad-adequación medida adoptada

STSJ País Vasco 16 de julio 2019 ([rec. 1117/2019](#)). Nulidad por vulneración de la buena fe, entiende que

«**no ha de vincularse necesariamente la inamovilidad de la postura** de la empresa (o de la parte social) a la ausencia de buena fe comercial, pero sí cuando -como sucede en este supuesto- la empresa **introduce sobre la marcha cambios** en la aplicación del expediente fruto de medidas organizativas que incluye llegada la fecha de inicio de la suspensión contractual y tras la intervención de Inspección de Trabajo con sus contundentes conclusiones contrarias al ERTE».

STS 14 de febrero 2019 ([rec. 194/2017](#)) afirma que “resulta contrario a la letra y al espíritu del artículo 47 ET mantener a los trabajadores en estado de suspensión y, al mismo tiempo, autorizar en el acuerdo, de manera genérica e indeterminada, la posibilidad de la empresa de recurrir a la contratación temporal”.

SAN 17 de abril 2023 ([rec. 37/2023](#)) Es posible plantear un ERTE suspensivo preventivo respecto a una hipotética situación futura a partir de una estimación de datos del meses anteriores

(¿Cómo acreditar “el devenir futuro”? ¿Podemos aplicar el Teorema de Bayes en estos casos?)

STS\Pleno 22 de septiembre de 2021 ([rec. 75/2021](#)), define FM suspensiva (en caso COVID):

«el concepto de fuerza mayor, debe ser entendido como **«un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible»** [STS (CA) 23 de junio 2003] y a los efectos de provocar una suspensión de los contratos de trabajo, un **acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, de todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo e imprevisible**; pero, sobre todo, que se trate de un **acontecimiento no definitivo o sin vocación de permanencia que conlleve una simple imposibilidad temporal** de que la prestación laboral se lleve a cabo [STS (CA) de 25 de julio de 1989]. Se trataría, en suma, de una imposibilidad temporal y sobrevenida de la prestación de servicios no imputable ni atribuible al empleador».

SAN 14 de marzo 2022 ([núm. 37/2022](#)) entiende que un ciberataque con efectos imposibilitantes describe un supuesto de imposibilidad objetiva justificativo de un ERTE

- (i) Sobre la naturaleza del hecho obstativo: el origen “humano” (e, incluso, “intencionado”) del hecho obstativo, no es una circunstancia suficiente para descartar una posible concurrencia de una fuerza mayor
- (ii) Sobre la concurrencia de un hecho obstativo, el secuestro de datos que el cifrado provoca tiene una afectación claramente obstativa en el cumplimiento de las prestaciones contractuales acordadas. Especialmente porque imposibilita la oportunidad empresarial de ofrecer la prestación de trabajo a las personas trabajadoras
- (iii) inimputabilidad y la imprevisibilidad: evaluar si el riesgo era imprevisible o, si previsto, inevitable. En función de la naturaleza del hecho sobrevenido, podrá delimitarse la diligencia requerida a través del análisis de las medidas preventivas o de seguridad adoptadas.

Un ataque informático ni la afectación de un virus no son circunstancias totalmente imprevisibles.

En este caso, concurren los factores suficientes para concluir que el nivel de diligencia empresarial para prevenir este riesgo ha sido adecuado conforme a lo que una “conducta prudente hubiera podido evaluar”.

STS\Pleno 20 de enero 2023 ([rec. 193/2022](#)): debe repetirse el juicio (por falta de emplazamiento a posible interesados – CGT – art. 151.8 LRJS); Criterio ratificado: **SAN 23 de mayo 2023** (núm. 67/2023)

ERTE FM – ART. 47.5 ET: ¿paro de transporte = FM?

SAN 16 de enero 2023 ([rec. 320/2022](#)), sobre paro de transporte de marzo 2022 (Guerra Ucrania):

Sigue **SSTS\C-A 3 de marzo 1998** ([Rec 7023/1992](#)); y **24 de febrero 1999** ([rec. 3536/1993](#)): un paro en el sector del transporte pueden llegar a ser considerados como un supuesto de fuerza mayor temporal

(“el paro del transporte había generado un inevitable desabastecimiento de piezas en la cadena de producción de la empresa y, por otro lado, que la empresa había actuado en todo momento con la diligencia necesaria para hacer frente al paro de transporte; si bien las medidas preventivas tomadas por la empresa no habían sido suficientes para permitir la continuidad del proceso productivo al encontrarse sin la materia prima necesaria”)

No obstante, no todo paro describe FM: **STS\Social 27 de diciembre 2001** ([rec. 1193/2001](#)): debe analizarse cada caso concreto.

AN descarta que pueda ser calificado como un supuesto de FM porque la empresa, de hecho, hizo acopio de materiales de cara a prevenir los efectos del referido paro y "no ha acreditado qué gestiones realizó para conseguir alternativas de transporte que garantizaran las entregas a los clientes, no refiriendo si quiera el número de entregas que se verían frustradas a consecuencia de la huelga, ni que el exceso de productos terminados en el almacén, a consecuencia de las referidas entregas que no pudieron llevarse a cabo impidiese la continuación del ciclo productivo de la empresa“

+ **SAN 22 de diciembre 2022** ([rec. 310/2022](#)):

ERTE FM – ART. 47.5 ET: Otros casos de FM

ERTE FM “Filomena” – STSJ Madrid 19 de junio 2022 ([rec. 401/2022](#))

ERTE FM - ART. 47.5 ET: procedimiento adecuado impugnación

STS 17 de febrero 2022 ([rec 258/2021](#)) conflicto colectivo es procedimiento adecuado para resolver la impugnación de un ERTE por fuerza mayor, decidida por el empresario, tras constatarse la concurrencia de fuerza mayor por la AL, cuya resolución no fue recurrida por los demandantes (esto es, 138 LRJS – “en el que ya no podrá cuestionarse la concurrencia de fuerza mayor, toda vez que la resolución administrativa, que la constató, adquirió firmeza”).

ERTE Factum Principis (FP) - ART. 47.6 ET: **Concepto**

SAN 30 de octubre 2020 ([rec. 240/2020](#)): «el concepto jurídico de fuerza mayor impropia o «factum principis» ha sido definido por la jurisprudencia como un **suceso de carácter extraordinario que se produce fuera del contexto interno de la empresa, de carácter imprevisible o que, siendo previsible, es inevitable, y teniendo como consecuencia la imposibilidad de trabajar**, ya sea de manera temporal o definitiva».

(...) No obstante , teniendo en cuenta la excepcional situación que atravesamos sería más adecuado tener en cuenta **la cláusula *rebus sic stantibus* parece más operativa que la interpretación y consideración de causa mayor**, pues no se pretende incumplir o extinguir las obligaciones contractuales sino simplemente adaptar lo pactado hace un tiempo a la realidad actual, en relación con el artículo 3.1 del Código Civil».

STSJ Com. Valenciana 21 de julio 2020 ([rec. 13/2020](#)): «no solo se considera como tal fuerza mayor la que proviene de una catástrofe natural, sino también la **derivada de decisiones que hacen inviable o dificultan la actividad productiva**, plano en el que nos situamos de manera evidente, ya que **la decisión gubernamental de confinar en sus domicilios a toda la población y restringir la actividad laboral en unas proporciones desconocidas a resultas de una pandemia, con excepciones muy puntuales, ciertamente supuso una drástica reducción de la movilidad de vehículos de todo tipo y una bajada muy considerable en el consumo de combustibles**. Por esto se concluye que habida cuenta el artículo 22.1 del RD 8 / 2020, de 17 de marzo, indica que las suspensiones de contrato o reducción de jornada que traigan causa directa en pérdidas de actividad derivadas del COVID 19, y particularmente las restricciones en el transporte de personas y mercancías, tendrán la consideración de provenientes de fuerza mayor»

ERTE Factum Principis (FP) - ART. 47.6 ET: **Concepto**

STS 24 de enero 2022 ([rec 262/2021](#)), dictada en el marco del COVID-19,

La apreciación de fuerza mayor exige la evidencia de una relación directa e inmediata entre la normativa legal y la actividad empresarial, de suerte que esta se vea limitada o impedida en este caso por decisiones de la autoridad pública sanitaria que intervengan directamente en dicha actividad empresarial.

SAN 23 de noviembre 2022 ([rec. 277/2022](#)), no hay FP *ex art.* 47.6 ET, a pesar de que en el período solicitado

- se exigía a quienes entrasen a España disponer de certificado de vacunación o bien de prueba diagnóstica negativa o de recuperación tras prueba positiva.
- existían determinados países declarados de alto riesgo para los que existía una limitación temporal para viajes no imprescindibles, obligándose incluso a guardar cuarentena.
- EEUU sólo admitía viajeros vacunados o con PCR negativo de 72 h. anterior o antígenos de 24 h. anterior.
- se impedían viajes de personas no vacunadas a determinados países de Iberoamérica
- la guerra de Ucrania tiene un grave impacto en la actividad empresarial.

“La existencia de estos requerimientos para viajar en avión, lo que no sólo afectaría a AIR EUROPA sino a todo el sector, no constituirían impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa ya que no le impiden el desarrollo de su actividad ni le afectan en cómo realizarla. Se trata de unas exigencias sanitarias que, en esos momentos, se imponen con mayor o menor rigor a los usuarios del transporte aéreo, pero que no inciden de forma directa en su actividad empresarial (estas medidas, en tanto que desincentivan a volar, podrían haber descrito una causa ETOP)

ERTE: Efectos

STJUE 8 de noviembre de 2012 ([C-229/11 y C-230/11](#)), *Heimann y Toltschin*: si el ERTE es suspensivo o por reducción de jornada vertical no se devengan vacaciones y si es por reducción de jornada horizontal deben hacerlo en proporción al tiempo efectivamente trabajado

STSJ Cataluña 30 de enero 2023 ([rec. 6219/2022](#)): Despido objetivo improcedente (¿?) anterior a inclusión en ERTE COVID-19 (e imposibilidad de acceder a prestación por desempleo) describe lucro cesante que justifica indemnización complementaria a la legal tasada ex art. 24 CSEr / art. 10 C158 OIT

Tránsito de ERTE a ERE

STSJ Cataluña 24 de marzo 2023 ([rec. 6114/2022](#)) – sigue **SSTS 12 de marzo 2014** ([rec. 673/2013](#)) y **17 de julio 2014** ([rec. 32/2014](#)): tránsito de ERTE COVID-19 a despido objetivo no es ilícito porque la causa alegada para la ineficacia del contrato es estructural (la empresa se encuentra en pérdidas desde antes de la pandemia).

STSJ Cataluña 21 de diciembre 2021 ([rec. 6271/2021](#)): "no vemos ninguna dificultad en que una empresa que haya hecho uso de un ERTE por causa de fuerza mayor sustentada en la pandemia, pueda luego hacer uso de las posibilidades del despido objetivo, bien una vez haya finalizado el ERTE, o bien -de pretender la extinción vigente el periodo de suspensión- acreditando que la causa que ahora alega no es la misma que se haya utilizado para hacer uso de las posibilidades que le ofrecían dichas normas excepcionales; es decir, que la causa de la extinción (la dificultad económica) no es la que se utilizó para la suspensión; en tal caso, es más que evidente que para soslayar la prohibición expresa del artículo 2 del R.D. Ley 9/2020, la empresa correrá con la carga de probar que la causa de la segunda decisión hechos distintos a la primera [en caso contrario – añade – el despido será improcedente ex TS sobre art. 2 RD Ley 9/20]

ERTE y DA 3ª Ley 32/2006

ERTE y DA 3ª Ley 32/2006

Contrato indefinido adscrito a obra:

- **“fase novatoria”** (se activa si *“fin de obra”*: precipita obligación formación / recolocación)
- **“fase extintiva”** (se activa si *“motivos inherentes a la persona trabajadora”*: precipita indemnización 7% salario)

“Fin de obra”:

«**paralización (...) temporal**, de entidad suficiente, de una obra, por **causa imprevisible** para la empresa y **ajena a su voluntad**»

(no hay remisión a “sección 3 – Cap. III – T. II ET” – arts. 45 a 48 ET)

¿ CETOP / FM / FP ?

¿ No cabe acudir a ERTE CETOP/FM/FP ex art. 47 ET porque se “activa” la fase novatoria?

**ERTE mecanismo red de flexibilidad y
estabilización del empleo (art. 47.bis ET)**

ERTE MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO (ART. 47.BIS ET)

Definición y financiación

Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo: «*un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo*».

Modalidades de ERTE RED (y duración máxima)

«a) **Cíclica**, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año.

b) **Sectorial**, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien **cambios permanentes** que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una».

Activación (ex ap. 2 art. 47.bis ET) de carácter “político” (por el Ministerio correspondiente, «previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos»). En la modalidad «sectorial», participación interlocutores sociales más representativos a nivel estatal a través de la «Comisión tripartita del Mecanismo RED».

[Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje \(cumplido el término – 31/12/22 - no se ha prorrogado\)](#)

Procedimiento ERTE Mecanismo RED

Activación Mecanismo RED habilita (ex ap. 3 art. 47.bis ET) a las empresas a solicitar voluntariamente a la AL la reducción/suspensión mientras esté activo el Mecanismo en cualquier de sus centros de trabajo.

El procedimiento para la solicitud es el siguiente:

Primero (párrafos 2 y 3 art. 47.bis.3 ET): solicitud por parte de la empresa dirigida a la AL competente + comunicación simultánea a RLT + seguir art. 47.5 ET (previas consultas ex art. 47.3 ET).

En modalidad sectorial: además se exige plan de recualificación de las personas afectadas.

Segundo (ap. 4 del art. 47.bis ET): AL remite contenido de solicitud empresarial a ITSS y recaba informe sobre cumplimiento requisitos (expedir en 7 días desde la notificación de inicio por empresa a AL).

AL resuelve en 7 días naturales desde comunicación conclusión periodo de consultas. Silencio positivo

Tercero (ap. 4 del art. 47.bis ET): Si consultas finaliza con acuerdo, AL autoriza mecanismo y empresa puede reducir/suspender.

Si no hay acuerdo, AL resuelve estimando o desestimando la solicitud empresarial. La AL estimará la solicitud si situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa.

Normas comunes a las dos modalidades de ERTE Mecanismo RED (ap. 5 art. 47.bis ET):

Primera (párrafo a): Están sujetos a las reglas descritas en el artículo 47.4 y 7 ET (posibilidad de solicitar prórroga/reglas comunes a ERTE CETOP/FM/FP).

Segunda (párrafo b): Protección social ex DA 41ª LGSS – “prestación de sostenibilidad de empleo” (no se encuentran en situación de «desempleo» ex art. 267 LGSS) + consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Tercera (párrafo c): La ITSS y SEPE colaborarán para el desarrollo de actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo, mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada. Acceso a ITSS a datos automatizados

**ERTE (*ex arts. 47 y 47.bis ET*),
DA 44^a LGSS y DA 25^a ET**

ERTE (EX ARTS. 47 Y 47.BIS ET) y DA 44ª LGSS

Exoneraciones (voluntarias): en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta [derecho emergencia: “aportación empresarial”]

- a) El **20 % ERTE CETOP** (arts. 47.1 y 47.4 ET) – siempre que se **hagan acciones formativas** ex DA 25ª ET (+ presentación declaración responsable mediante remisión electrónica).
- b) y c) El **90 % en ERTE FM** (art. 47.5 ET); y **ERTE FP** (por impedimento/limitación de la actividad) (art. 47.6 ET).
- d) **ERTE RED cíclico** (art. 47.bis 1.a ET):
 - **El 60 %**, desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros, hasta el último día del 4º mes posterior a dicha fecha de activación; **El 30 %**, durante los 4 meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo anterior; **El 20 %**, durante los 4 meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo anterior.
- e) **40 % ERTE RED sectorial** (art. 47.bis.1.b ET). **Sujeción a acciones formativas** (pero ex ap. 9 DA 44ª LGSS) + declaración responsable. Aunque ERTE RED cíclico también tiene “la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”

Ap. 2 DA 44ª LGSS: Las exenciones en la cotización sin efectos para trabajadores, *“manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos”*

DA 25ª ET: acciones formativas

*“objetivo la mejora de las **competencias profesionales y la empleabilidad**”*

*(...) priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las **necesidades formativas reales** de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la **adquisición de competencias digitales**, así como aquellas que permitan **recualificar** a las personas trabajadoras, **aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa**”.*

(...) Las acciones formativas deberán desarrollarse durante la aplicación de la reducción de la jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un ERTE, o en tiempo de trabajo. En cualquier caso, deberán respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar”

STJUE 28/10/2021 (C-909/19), *Unitatea Administrativ Teritorială*, período durante el cual un trabajador cursa una formación profesional que le impone su empresario y que se desarrolla fuera de su lugar habitual de trabajo, en los locales del proveedor de los servicios de formación, y durante el cual no ejerce sus funciones habituales constituye «tiempo de trabajo», en el sentido del art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE.

Ap. 8.2 DA 44ª LGSS: *SEPE verificará la realización de las acciones formativas*

SAN 7 de septiembre 2020 ([rec. 119/2020](#)) entiende que el incumplimiento de la promoción de acciones formativas ex art. 16.5 RD 1483/2012 no acarrea la nulidad de todo el expediente.

DA 44ª LGSS: ap. 10: Cláusula Salvaguarda del Empleo

- = causas de incumplimiento que derecho emergencia (DA 6ª RD Ley 8/2020).
- Mantenimiento empleo “de las personas afectadas” durante 6 meses. Empieza a computar, desde “fin de vigencia del ERTE” (no con “reanudación actividad” ex DA 6ª RD Ley 8/2020; ojo con acuerdos de prórroga; ¿y si se produce una extinción antes de fin de vigencia de ERTE?)
- Incumplimiento: devolución nominal (ap. 10 DA 44 LGSS) exoneraciones + recargo + intereses de demora [¿sirve para interpretar DA 6ª RD Ley 8/20? ¿Criterio DGT (“dado a conocer” indirectamente) devolución global?]
- Incumplimiento (¿cuál?) obligaciones formativa: devolución nominal (ap. 9 DA 44 LGSS).

“En el supuesto de que la empresa acredite la puesta a disposición de las personas trabajadoras de las acciones formativas no estará obligada al reintegro de las exenciones a las que se refieren las letras a) y e) del apartado 1, cuando la persona trabajadora no las haya realizado” (Ap. 8.4 DA 44ª LGSS)

Cláusula salvaguarda empleo: ¿cuándo se incumple?

Este compromiso **NO se entiende incumplido** si:

- Extinción por despido disciplinario “declarado” procedente
- Dimisión [entiendo que el “abandono” del trabajador (esto es, la “dimisión no preavisada”) queda subsumida en el concepto de “dimisión”];
- Muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora;
- Fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.
- Contratos temporales: “no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el art. 15 ET [¿y otros contratos temporales?] y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación [¿tras la reanudación?]”

Cláusula salvaguarda empleo: ¿cuándo se incumple?

Lista es cerrada (*numerus clausus*). Si es así, ex Sección IV del Cap. III ET (arts. 49 a 56) la **CSE se incumple** si:

- resolución procedente arts. 51 y 52 ET;
- extinción por fuerza mayor;
- cualquier resolución “declarada” (¿?) como improcedente o nula
- extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física;
- extinción por mutuo acuerdo sobrevenido (mutuo disenso);
- extinción por cumplimiento de cláusula válidamente consignada en el contrato (art. 49.1.b ET);
- desistimiento durante el período de prueba (¿de ambas partes?);
- extinción a instancia de trabajadora víctima de violencia de género; y
- resolución ex arts. 40, 41 o 50 ET (recordar: para SSTs 8/1/2019, r1649/2017; 12/11/2019, r1357/2017; y 8/9/2021, r3348/2018, extinción ex MSCT art. 41.3 ET = “despido”);

Cláusula salvaguarda empleo
ex DA 6ª RDL 8/20

Cláusula salvaguarda empleo (DA 6ª RDL 8/20): ¿cómo computar el plazo de 6 meses?

“Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, **aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla**”

El *dies a quo* es la incorporación (aunque sea parcial) del primer trabajador:

un “reloj” para todo el ERTE (no relojes “individuales” para cada trabajador / + si devolución exoneraciones fuera “global”, el período no sería de 6 meses...)

Resolución 5 de mayo 2021 (“DGT-SGON-1147 CRA”): en caso de varios centros de trabajo, cada uno tiene su propio “reloj” (+ devolución por centro de trabajo)

Recordar (así finaliza la DGT): «debiendo entenderse el criterio expuesto con un mero carácter informativo, que no vinculante, como corresponde a las competencias interpretativas de este Centro Directivo, por cuanto la competencia para realizar interpretaciones legales con carácter vinculante se atribuye en exclusiva por nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales».

Cláusula salvaguarda empleo: ¿La desafectación y posterior afectación de trabajadores en ERTE interrumpe el plazo de 6 meses?

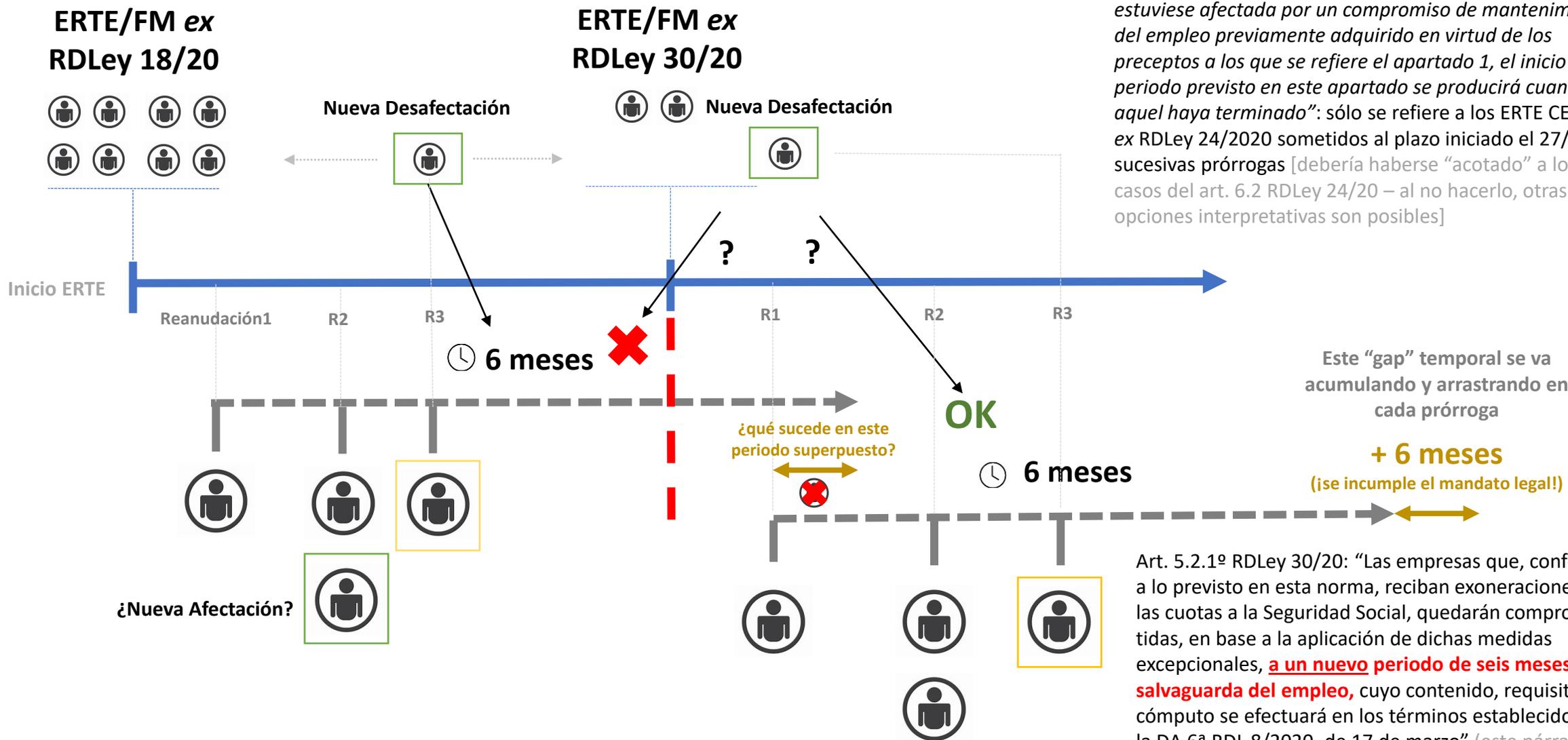
- Silencio de la norma.
- Salvo fraude, el proceso de desafectación y afectación posterior no debería interrumpir plazo de 6 meses

si el *dies a quo* afecta a todos los trabajadores aunque la reanudación sea parcial, es lógico pensar que, si se producen posteriores afectaciones, el cómputo de 6 meses no se vea afectado.

[en ERTE/CETOP aprobados ex RD Ley 24/2020, el período de 6 meses está sujeto a un término cuyo *dies a quo* es el 27 de junio 2020 (y no la reanudación de la actividad) o las prórrogas sucesivas. Por consiguiente, salvo que se entienda que estos últimos ERTE/CETOP disfrutan de un régimen especial, parece que lo más razonable es que, en este aspecto, la regla sea común para todos los ERTE].

- ¿Desafectaciones / afectaciones entre prórrogas de ERTES y correspondientes exoneraciones?

¿Desafectaciones / afectaciones entre prórrogas de ERTES?



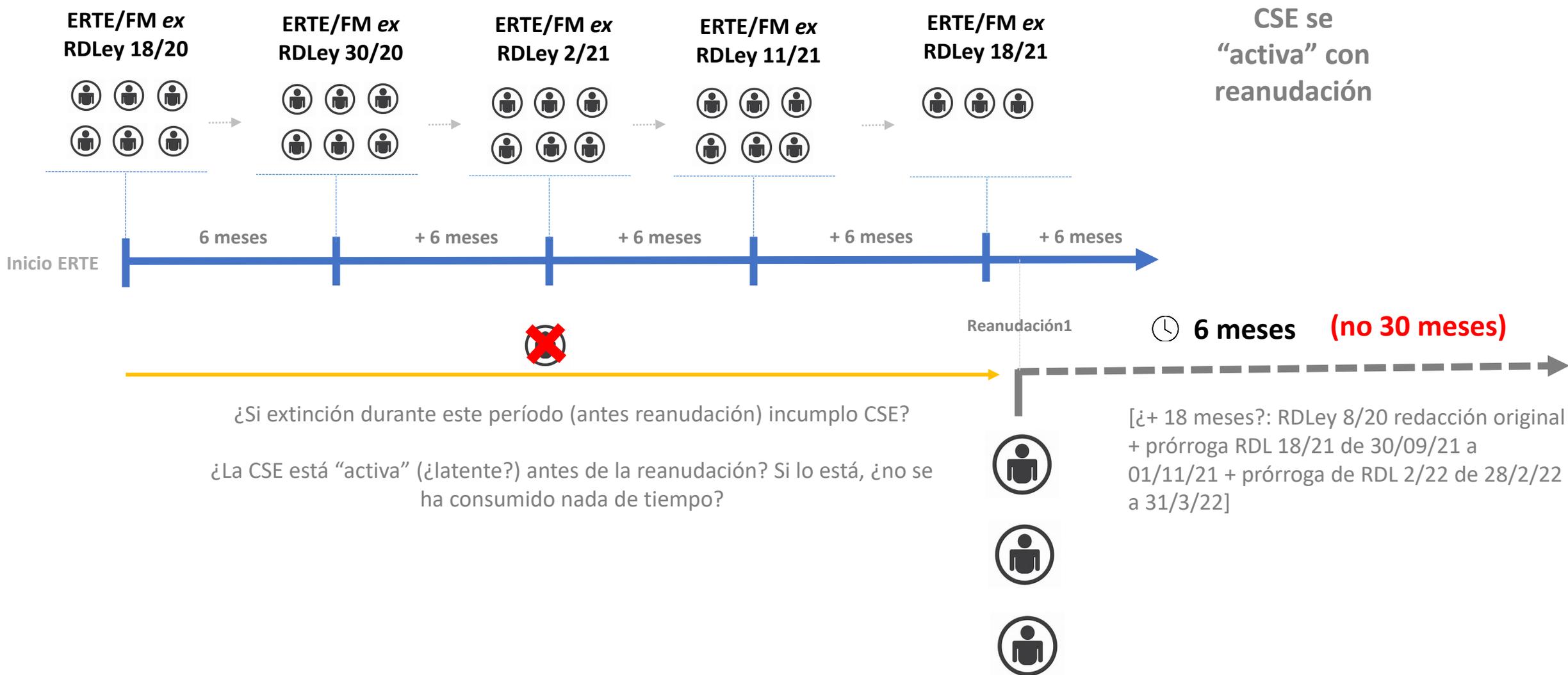
[Art. 5.4 RD Ley 18/21; art. 3.4 RD Ley 11/21; y art. 3.4 RD Ley 2/21 remiten idénticamente a art. 5 RD Ley 30/20]

Este "gap" temporal se va acumulando y arrastrando en cada prórroga

+ 6 meses (¡se incumple el mandato legal!)

Art. 5.2.1º RD Ley 30/20: "Las empresas que, conforme a lo previsto en esta norma, reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedarán comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, **a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo**, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la DA 6ª RDL 8/2020, de 17 de marzo" (este párrafo 1º también se refiere a empresas que "vuelven a beneficiarse de exoneraciones", como el párrafo 2º)

¿Desafectaciones / afectaciones entre prórrogas de ERTES?





La reforma laboral. Visión de la reforma laboral en el
primer año de vigencia

Los ERTes: suspensiones y reducciones de jornada de la reforma (y a la luz de la pandemia)

**¡Muchas
gracias!**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado. Acreditado a Catedrático



1 junio 2023