



En Madrid, a 30 de marzo de 2020

**Ilmo./a Sr./a Miembro de la Comisión Permanente del Consejo General, Ilmo./a Sr./a Presidente/a, Miembro de Junta de Gobierno y Colegiado/a del Colegio Oficial de Graduados Sociales**

Estimado/a Compañero/a:

Por medio de este escrito, te facilito la valoración que el Asesor Jurídico de este Consejo General de Graduados Sociales ha emitido en relación con la presentación de los ERTES, su aprobación por silencio administrativo y su tramitación. Además, te hago llegar el Modelo de Autorización que se ha preparado desde este CGCOGSE para que sea firmado por la oportuna empresa, si lo estimas conveniente, y de esta manera salvaguardar los intereses de nuestro colectivo ante la oportuna solicitud de esta prestación:

“Las innumerables dudas que presenta la interpretación y aplicación de la nueva normativa derivada de la declaración del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prorrogado por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, en especial, las derivadas de la tramitación de los ERTES excepcionales regulados en el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, son difíciles de resolver en este momento tanto por el carácter absolutamente novedoso en el Derecho Español de esa normativa como por el poco tiempo transcurrido desde su publicación y entrada en vigor.

Dado el carácter técnico de las cuestiones que plantea el citado Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, (en relación con el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo), en cuanto a los ERTES, lo mejor es atender tanto a la interpretación oficial (como la contenida en la Nota DGE-SGON-841RA, de 28.03.20, publicada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social), como a la opinión de los expertos especialistas en materia de Derecho del Trabajo, la cual tiene en este campo mucho más peso que la mía.

En tal sentido, te acompaño a este correo, de una parte, el artículo de los profesores de la Universidad de Valencia Carlos L. Alfonso y Gemma Fabregat Monfort, que publica hoy TIRANT, y, de otra, esquema que también publica hoy el Diario La Ley.

Por lo que se refiere a la específica cuestión del silencio positivo como forma de obtener la autorización a la solicitud de uno de estos ERTES excepcionales, por razón de fuerza mayor derivada del COVID-19, el plazo del que dispone la autoridad laboral para resolver la solicitud es de cinco días, (prorrogables mediante comunicación expresa notificada dentro de ese plazo al solicitante, por cinco días más, como autoriza el artículo 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Transcurrido ese plazo sin que la Autoridad Laboral haya notificado su resolución expresa, la autorización del ERTE por fuerza mayor solicitada al amparo de ese Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, se entiende obtenida por silencio administrativo positivo.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el que también se regulan los efectos de tal obtención de un acto administrativo por silencio positivo:

***“Artículo 24. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado.***

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

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

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

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

***3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen:***

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

***b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.***

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

Una vez producido ese acto autorizador del ERTE por silencio administrativo positivo el mismo no puede dejarse sin efecto, sin más. Como acto declarativo de derechos, la Autoridad Laboral autora del mismo sólo podría dejarlo sin efecto mediante uno de los procedimientos de revisión previstos en los artículos

106 y 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establecen lo siguiente:

*“Artículo 106. Revisión de disposiciones y actos nulos.*

*1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.*

*2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.*

*3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.*

*4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.*

*5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo”.*

Esas causas de nulidad de pleno derecho son las tasadas en el artículo 47 de esa misma Ley, es decir, las siguientes:

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.**
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

Si no concurre ninguna de estas causas de nulidad de pleno derecho pero el acto presunto obtenido por silencio vulnera el ordenamiento jurídico, la única vía para que la Autoridad Laboral pueda dejarlo sin efecto es la prevista en el artículo 107 de la citada Ley:

*Artículo 107. Declaración de lesividad de actos anulables.*

*1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.*

*2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.*

*Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.*

3. *Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.*

4. *Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.*

5. *Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad”.*

Por tanto, en principio, debe tenerse tranquilidad en relación con la inatacabilidad de la autorización de un ERTE por silencio administrativo, dada la complejidad de los procedimientos que debería seguir la Administración para dejarlo sin efecto.

No obstante, la Disposición Adicional Segunda 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, parece que abre otra vía para revisar y dejar sin efecto la autorización de un ERTE concedida por silencio administrativo positivo (o de forma expresa). Dice así esta norma:

***“Disposición adicional segunda. Régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas.***

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

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

*3. La obligación de devolver las prestaciones prevista en el apartado anterior, en cuanto sanción accesoria, será exigible hasta la prescripción de las infracciones referidas en el Texto Refundido de la Ley de infracciones y Sanciones en el Orden Social que resulten aplicables, de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa previstos en este real-decreto ley”.*

Aunque la norma técnicamente es muy confusa, parece querer decir que, con independencia de los procedimientos de revisión del acto administrativo que, expresa o presuntamente por silencio positivo, hubiera autorizado un ERTE, que sólo son los indicados de los artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y que determinarían que se dejara sin efecto el acto autorizador de forma que el empresario debería pagar a los trabajadores su retribución ordinaria durante todo el periodo que aplicó la suspensión de los contratos de trabajo, menos las cantidades percibidas como desempleo, que las debería devolver a la entidad gestora de esa prestación, si las solicitudes presentadas por la empresa contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados o consistieran en solicitar medidas en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas, tras la tramitación del oportuno procedimiento sancionador, además de la correspondiente multa, se podrá imponer al empresario como sanción accesoria la obligación de devolver las prestaciones por desempleo a la entidad gestora, (lo cual ya estaba previsto en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), sanción accesoria que se podrá imponer durante el plazo de prescripción de la correspondiente infracción, -tres años desde su comisión, según el artículo 4.1 de ese mismo texto refundido-.”

Con el firme propósito de ayudarte lo más posible en todas las gestiones que tenemos que realizar en nuestros despachos profesionales ante la emergencia en que nos encontramos, recibe mi más cordial saludo.

Fdo.: Ricardo Gabaldón Gabaldón  
Presidente del Consejo General.