

El silencio administrativo en los ERTEs Covid Jesús Rodríguez Hernández  
Juez sustituto Cuenca y Guadalajara. Experto en Derecho Laboral y Experto universitario en valoración del daño corporal

**Wolters Kluwer**

## ÍNDICE

El silencio administrativo en los ERTEs Covid

I. Planteamiento de la cuestión

II. Normativa concernida

1. Norma especialísima

A) Norma reglamentaria

B) Norma legal general

C) Norma aún más general a nivel de Procedimiento Administrativo

III. Alcance del silencio positivo. Criterios jurisprudenciales previos de la Sala IV

IV. La temida Disposición Adicional Segunda o el remedio a los efectos del silencio

V. Conclusiones propias

Normativa comentada

L 39/2015, de 1 Oct. (procedimiento administrativo común de las administraciones públicas)

TÍTULO II. De la actividad de las Administraciones Públicas CAPÍTULO I. Normas generales de actuación

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

RD-ley 9/2020 de 27 Mar. (medidas complementarias, en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19)

RD-ley 8/2020, de 17 Mar. (medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19)

CAPÍTULO II. Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos

Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, S 83/2021,25 Ene. 2021 (Rec. 125/2020)

Comentarios

Resumen

El artículo 22 del RDL 8/2020 regulaba los denominados ERTEs por Fuerza mayor ligados a la situación excepcional provocada por el COVID19. El momento extremo que se vivió en las semanas sucesivas al primer Estado de Alarma y la indudable trascendencia económica que podía tener cada decisión que se adoptara por las empresas, provocó un enorme desasosiego en los operadores jurídicos. Uno de los elementos principales de aquella máxima incertidumbre fue precisamente el silencio administrativo en los ERTEs. Ahora el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ello.

I. Planteamiento de la cuestión

Como es conocido el artículo 22 del RDL 8/2020) regulaba un procedimiento de Regulación Temporal de Empleo tendente a paliar la situación extrema que se vive desde marzo de dos mil veinte. Por ser más precisos, se puede decir que dicho artículo regulaba las especialidades a tener en cuenta en la tramitación de estos expedientes siendo la norma base el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y su Reglamento de desarrollo RD 1483/2012.

Al surgir la norma, una multitud de empresas se vieron abocadas a acogerse a este tipo de medidas y de inmediato las asesorías se pusieron manos a la obra. Uno de los escollos principales que se encontraron era que, en la mayoría de los casos, la Administración no contestaba la solicitud en el

plazo de cinco días que se preveía en el apartado c) del precepto legal, y, en consecuencia, surgían las dudas sobre la legalidad de la implantación de la medida.

La solución que se adoptó fue la de considerar constatada la existencia de las causas por efectos del silencio positivo, lo que se hizo por las propias empresas, implantando de plano la medida, y por la propia Administración que finalmente contestaba confirmando los efectos del silencio.

Como suele suceder en Derecho, algo aparentemente sencillo, ha terminado por complicarse, lo que determinó que la interpretación de esta figura haya sido objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-01-2021 que ha zanjado, creo que definitivamente, la cuestión.

II. Normativa concernida

1. Norma especialísima

Artículo 22 del RDL 8/2020 con su ámbito de aplicación definido en el apartado 1, y que conviene recordar:

«... causa directa en 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 ...»

El apartado segundo, regula un procedimiento muy sencillo en el que se exige la solicitud, un informe relativo a la vinculación de pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, y, en su caso, la documentación acreditativa, con la comunicación a los trabajadores.

Se exige la constatación de la fuerza mayor por la Autoridad laboral, y finalmente, en lo que aquí interesa, se establece un plazo de cinco días para la resolución.

A nadie se le escapa que es imposible que la Autoridad laboral pueda constatar en cinco días la existencia de todas las causas de Fuerza mayor que se le fueron presentando, y menos aún que pueda recabar y obtener en el mismo plazo el Informe de la Inspección de Trabajo, tal y como prevé el apartado d). De ahí que la figura del silencio administrativo cobre tanta relevancia en este caso.

A) Norma reglamentaria

Artículos 31 a 33 del Real Decreto 1483/2012 que poco añaden en este caso, salvo cuestiones meramente competenciales previstas en el artículo 31 que remite al 25 a fin de determinar la Autoridad Laboral competente para resolver, a saber autonómica, en el caso de que el 85% como mínimo de los trabajadores se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados dentro del territorio de una sola Comunidad Autónoma, o estatal en el caso de que se hallen repartidos en menor porcentaje en dos o más Comunidades Autónomas u organismo de la Administración General del Estado.

A nivel procesal la remisión al artículo 24 de la misma norma reglamentaria supone, sin ninguna duda, la competencia de la Jurisdicción Social para la resolución de los litigios que puedan surgir en esta materia.

Como podemos comprobar, salvo estos dos detalles competenciales y procesales, nada añade la norma reglamentaria al artículo 22.

B) Norma legal general, después de contemplar la posibilidad legal de suspender los contratos por causas de Fuerza mayor, se remite en todo al artículo 51.7, que regula un procedimiento que es el que calca casi en su totalidad el artículo 22 es decir solicitud de la empresa, con el informe y los medios de prueba y comunicación a los representantes de los trabajadores, constatación de la existencia de Fuerza mayor por la Autoridad Laboral y resolución en cinco días.

En suma, tampoco añade nada en relación con el silencio, lo que nos obliga a continuar con nuestra búsqueda.

C) Norma aún más general a nivel de Procedimiento Administrativo

Que es donde finalmente encontramos la respuesta, en el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

«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.»

El periplo que hemos realizado por las normas especiales, entendemos que devenía totalmente necesario, en tanto el artículo 24 que acabamos de transcribir, es ley general y por tanto subsidiaria a cualquier norma especial que pudiera establecerse, así lo dice el propio artículo al establecer como excepción aquellos casos 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». En el caso analizado, quizá por omisión o quizá para evitar la redundancia, el legislador no ha establecido el efecto positivo del silencio en el caso de la constatación de la Fuerza mayor de los ERTes derivados del COVID19, pero se hacía necesario su examen para despejar cualquier duda al respecto.

El Real Decreto Ley 9/2020 establece el efecto positivo condicionado a la limitación temporal de los ERTes a la duración máxima del Estado de Alarma y sus prórrogas

En descargo del legislador es importante significar que el Real Decreto Ley 9/2020, que desarrolla, en cierto modo, el contenido del artículo 22, como explicaremos después, ya deja caer este efecto positivo del actor presunto por dos veces, cuando la Disposición Adicional Primera establece la limitación temporal de los ERTes a la duración máxima del Estado de Alarma y sus prórrogas y dice en su párrafo segundo:

Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta «Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta».

De donde quedan claras dos cosas: una principal que es el silencio positivo, por cuanto de lo contrario sobraría este segundo párrafo y una secundaria que es precisamente limitar los efectos de ese silencio al estricto contenido de la ley, evitando con ello que una solicitud empresarial que establezca un plazo mayor de la medida pueda verse amparada en dicha institución del acto presunto positivo. A la vista de la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, corroborada por la que vamos a analizar a continuación este segundo párrafo tiene un efecto práctico enorme.

Como decíamos el RDL 9/2020 habla por dos veces del silencio administrativo, y en el punto II de la Exposición de Motivos lo dice de forma clara y sin ambages para justificar la Disposición Adicional a la que hacíamos referencia anteriormente «... se pretende clarificar el límite temporal de las resoluciones tácitas recaídas en los expedientes de regulación temporal de empleo solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio, que es positivo conforme a lo previstos en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no puede suponer una duración máxima diferente que la aplicable a las resoluciones expresas.», ciertamente cuando el legislador quiere hablar claro lo consigue.

De hecho, este Real Decreto 9/2020 como veremos, en gran medida se debe a la prevención del legislador de paliar los efectos de este silencio positivo, y encuentra su plasmación tanto en la Disposición Adicional referida, como en la temida Disposición Adicional Segunda), como después se verá.

III. Alcance del silencio positivo. Criterios jurisprudenciales previos de la Sala IV

Hemos transcrito el artículo 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo, donde se puede ver el efecto demoleador que tiene el silencio positivo:

«2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.»

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.

Ni más ni menos, la Administración, una vez transcurrido el plazo máximo para resolver, no puede sino confirmar la estimación de la solicitud.

Haciendo un poco de memoria, en el ámbito laboral, la Caja de los Truenos se abrió con los procedimientos dirigidos en su día contra el Fondo de Garantía Salarial. Se daba la circunstancia, en plena crisis económica y presupuestaria, el indicado órgano administrativo se eternizaba en resolver las solicitudes de prestaciones que le eran propias. El silencio administrativo, a falta de cualquier norma propia de su ámbito de actuación, era de carácter positivo y se producía una vez transcurridos tres meses desde la solicitud conforme al artículo 28.7 del RD 505/1985. Ciertamente, en muy pocas ocasiones se caía en la cuenta de este efecto del silencio. FOGASA contestaba fuera de plazo siempre en lugares como Madrid, y nadie reclamaba más allá de los límites legalmente permitidos, esto es, nadie hacía valer los efectos del silencio positivo, hasta que ya por el lejano año 2012, se recurrió la denegación del FOGASA una vez transcurrido el plazo de tres meses, y tras la doble desestimación del Juzgado de lo Social y de la Sala del TSJ, el Tribunal Supremo estimó su recurso de Casación, haciendo suya doctrina de la Sala Tercera y reconociendo todos los efectos estimatorios del silencio en el sentido expuesto (STS 16-03-2015), con interpretación del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, entonces vigente.

La doctrina fijada era muy clara y ha sido reiteradísima hasta la fecha en los innumerables pleitos que ha tenido FOGASA:

«una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad.»

Como quiera que, por silencio, se dieron situaciones abiertamente ilegales, como el hecho el cobro de cantidades por encima los topes legales, el Tribunal Supremo manteniendo firme e incólume su doctrina aclaró lo siguiente:

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

2. Obtención de prestaciones por encima de los topes legales.

El hecho de que se hayan otorgado derechos superiores o no previstos legalmente no significa que no puedan dejarse sin efecto. No obstante, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el entonces vigente artículo 62.1.f) LRJPAC (en la actualidad: artículo

47.1 f) LPAC): "serán nulos de pleno derecho: 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", podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del artículo 146 LRJS en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto.»

Se está primando la seguridad jurídica del acto administrativo, sin perjuicio de que se pueda anular el mismo mediante el empleo de los medios previstos

O lo que es lo mismo, el acto presunto positivo, aunque sea abiertamente contra ley, cobra eficacia y vigencia en el momento que transcurre el plazo, sin perjuicio de que la Administración acuda a los medios de anulación del mismo previstos legalmente, en tanto cualquier acto contra ley es nulo de pleno derecho. En definitiva, se está primando la seguridad jurídica del acto administrativo, sin perjuicio de que se pueda anular el mismo mediante el empleo de los medios previstos, sea la declaración de lesividad, o como en este caso el artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Esta doctrina, que hemos traído a colación es el auténtico precedente jurisprudencial de la STS de 25 de enero de 2021 que, en lo que aquí nos ocupa, navega de forma recta por esta misma línea.

«El art. 22.2 a) del RD-Ley 8/2020 cuya infracción se denuncia, dispone que: "El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa.

La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas."

Del inalterado e incombustible relato fáctico de instancia resulta que la documentación esencial fue aportada por la empresa: solicitud a la que se acompaña Memoria o informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, sin que los demás documentos aparezcan como de aportación obligatoria, según resulta del redactado del precepto al señalar "en su caso", o "en caso de existir". En dicha documentación consta, como resalta el Ministerio Fiscal en su informe los siguientes datos con referencia a las correspondientes normas legales: la declaración del estado de alarma, la limitación de la libre circulación de personas a determinadas actividades entre las que no se encuentra la asistencia a escuelas de educación infantil, la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, y la suspensión automática de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes celebrados por las entidades pertenecientes a Sector Público. A ello hay que añadir y así se constata acreditado que la totalidad de ingresos de la empresa proviene de la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros.

La empresa cumplió con las exigencias del art. 22.2 del RD-L. 8/2020, por lo que nada impide que opere el silencio administrativo positivo. Cierto es que no se refiere a esta figura el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, pero así resulta del Real Decreto-Ley 9/2020 de 27 de marzo, tanto en el preámbulo con remisión al art. 24 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre (que como regla general, otorga al mismo sentido positivo, no encontrándonos ante un supuesto en el que se establezca lo contrario), como en

el propio articulado en relación a la constatación de la fuerza mayor vinculada al COVID-19 para aplicar medidas temporales de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de la jornada laboral, se deben entender estimadas por silencio administrativo positivo en el supuesto de que no se dicte una resolución expresa en el plazo de 5 días (artículo 22.2.c del RDL 8/2020).

En consecuencia, debe entenderse constatada la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo positivo, aunque posteriormente en el presente caso, recayó resolución expresa en el ERTE por fuerza mayor, que constata su existencia, reforzando la calificación y efectos del silencio.

Por lo que se refiere a la apreciación de la fuerza mayor, negada por la demandante ahora recurrente, cabe señalar que la solicitud de la empresa de autorización de expediente de regulación de empleo temporal de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor, ha de estimarse aprobada inicialmente por silencio administrativo positivo, aunque con posterioridad recayera resolución expresa de la Dirección General de Trabajo que constata la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, con lo cual decae por su propio peso la alegación del recurrente, al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, lo cual determina pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19 y es causa justificativa de la suspensión de los 187 contratos de trabajo de los trabajadores de su plantilla. Resolución que no consta haya sido impugnada, y que, en todo caso, no sería objeto del presente procedimiento.»

Como podemos comprobar, en sede de ERTE COVID, se confirma punto por punto la doctrina anterior sobre el silencio positivo y sus efectos, si bien hay un pequeño matiz que es preciso que no pase desapercibido y es la reflexión que hace la sentencia sobre el argumento de la parte recurrente en el que se alega que la empresa no habría aportado todos los elementos de juicio bastantes para que el organismo público pueda formar su voluntad. Es importante recalcar esto, puesto que la Sala lo resuelve diciendo que el informe que aporta es suficiente para la formación de esta voluntad, y ello es importante por dos cuestiones, en primer término porque sirve esta salvedad, de freno lógico, a que cualquier solicitud absurda, descabellada o carente de toda fundamentación, pueda crear un acto administrativo presunto de carácter estimatorio, y en segundo lugar por lo que dice claramente la propia resolución, el informe es documento bastante para la formación de esa voluntad del órgano administrativo.

IV. La temida Disposición Adicional Segunda o el remedio a los efectos del silencio Adelantábamos que el Real Decreto Ley 9/2020, venía de algún modo a atenuar los efectos del silencio positivo, primero limitando en el tiempo los efectos del ERTE, con independencia del contenido de la solicitud empresarial. Ya hemos visto lo que podría haber sucedido de no fijarse expresamente este límite. Una solicitud que prolongara más allá de los límites legales el ERTE de Fuerza mayor, y que fuera estimada por silencio, tendría una duración mayor que aquellas que hubieran sido expresamente estimadas y además de forma contraria al texto legal. El legislador se cura en salud con esta primera Disposición Adicional y se evita tener que acudir a los siempre largos, tediosos e inciertos procedimientos de revisión de los actos administrativos.

Esta norma matizaba esta cuestión, pero la que verdaderamente venía como remedio a los posibles desmanes de algunas empresas era la Disposición Adicional Segunda.

«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.

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

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 (LA LEY 2611/2000) que resulten aplicables, de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa previstos en este real-decreto ley.»

Lo que, en suma, abre la puerta a la revisión, de facto, de los ERTes en busca de posibles falsedades o, lo que puede resultar más preocupante por la carga de arbitrariedad que puede llevar, medidas que no resulten necesarias o sin conexión suficiente con la causa que los origina. El análisis de la suficiencia de esta conexión de la medida con la causa puede ser una auténtica pesadilla para las empresas al poder venir inspirada en por criterios muy poco objetivos y conllevar, nada menos que la devolución a cargo de la empresa de todas las prestaciones que hayan cobrado sus trabajadores, además de la imposición de la sanción administrativa correspondiente.

No es que la Administración revise su resolución dictada por silencio positivo, que no puede hacerlo como hemos visto fuera de los cauces legales que se lo permitan y a los que parece que no tiene ninguna intención de acudir, sino que, para evitar utilizar esos cauces, la propia Inspección, directamente, puede declarar indebidas las prestaciones percibidas por los trabajadores durante la situación de ERTE porque simplemente considere que no hay conexión entre la medida y la causa, y verse el empresario obligado a su devolución, además de al pago de lo que reste por salarios a sus trabajadores.

#### V. Conclusiones propias

Como hemos visto, la Sala IV del Tribunal Supremo mantiene incólume su doctrina sobre el silencio positivo haciendo suya la más consolidada y antigua de la Sala III. Pocas sorpresas cabía esperar en la sentencia del pasado veinticinco de enero que ha venido a confirmar toda la doctrina anterior aplicando a los ERTes COVID todo lo que ha repetido hasta la saciedad en los pleitos que han venido enfrentando en los últimos cinco años al FOGASA con los solicitantes de prestaciones a los que se respondía fuera de plazo.

Estos efectos demoledores y absolutos del silencio positivo, son quizá los responsables de que la Administración se haya tenido que defender de la forma tan radical que lo ha hecho al promulgar la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto ley 9/2020. Es verdad que no nos consta que la Inspección de Trabajo esté actuando de forma inquisitorial ni que se esté comportando de forma arbitraria, pero no es menos cierto que la delegación legislativa abre la posibilidad a que sea la propia Administración quien, de facto, pueda revertir los efectos del silencio por este cauce, con la merma en la seguridad jurídica que ello implica, por cuanto a pesar del necesario control jurisdiccional ulterior, lo cierto es que una resolución administrativa que declare indebidas las prestaciones de los trabajadores puede «mandar a la lona» a una empresa por lo costes desmesurados y de ejecución inmediata que ello conlleva y por la dificultad notoria que tiene la

admisión de una medida cautelar que pueda paralizar una ejecución dineraria en el ámbito administrativo. En definitiva, entendemos que, aunque la medida pueda venir más justificada desde un punto de vista de prevención de un posible fraude masivo, es lo cierto que quizá debieron arbitrarse medios legales menos agresivos o amenazantes para con las empresas, como procedimientos especiales de lesividad para este caso concreto que, siendo igualmente eficaces y obteniéndose el mismo resultado final, concedieran mayores garantías al administrado.