

Doctrina

Título: ERTES. concepto de fuerza mayor y procedimientos.

Fecha: 27/03/2020

Voces sustantivas: Convenios colectivos, Expediente de regulación de empleo, Inspección de trabajo, Relaciones laborales, Representación legal, Sedición, Seguridad social, Sociedades laborales, Sociedades mercantiles, Actuaciones inspectoras, Actividad pesquera, Alta en la seguridad social, Base reguladora, Base reguladora de la prestación, Cancelación, Concepto de fuerza mayor, Cotización, Cotización empresarial, Despido colectivo, Domicilio, Efectos de la resolución, Entidades gestoras, Exención, Extinción del contrato, Fuerza mayor, Incapacidad temporal, Incluidos en el régimen general de la seguridad social, Informes de la inspección de trabajo, Libertad de circulación, Libertad de empresa, Pagas extraordinarias, Período de carencia, Prestación por desempleo, Reducciones de jornada, Reglas especiales, Regímenes especiales, Renta, Seguridad y salud, Sindicato más representativo, Situación legal de desempleo, Socios trabajadores de cooperativas, Suspensión del contrato de trabajo, Teletrabajo, Tesorería general de la seguridad social, Trabajo a tiempo parcial, Adopción, Causas económicas, Causas productivas, Centro de trabajo, Cierre temporal, Contrato de trabajo, Duración del contrato, Embargo, Encuadramiento, Fuerza mayor, Legitimación, Lugar de trabajo, Marcas, Ministerio de trabajo, Número de trabajadores, Período de consultas, Plazos, Prestaciones por desempleo, Regímenes especiales, Régimen general de la seguridad social, Salario, Servicio público de empleo, Tesorería

Voces procesales: Medidas urgentes, Conexión, Pronunciamientos judiciales

TEXTO:

Concepto de Fuerza mayor:

Se considera como situaciones derivadas de fuerza mayor las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad derivadas de las distintas medidas gubernativas adoptadas como consecuencia del Covid-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

En estos casos las empresas pueden acogerse a las suspensiones o reducciones de jornada pro fuerza mayor del art. 47 ET.

Se asume pues que no solo el cierre o cese de actividades por orden gubernativa es fuerza mayor, sino también otras situaciones derivadas como la falta de suministros, problemas de movilidad, contagios o aislamiento - siempre decretados por la autoridad sanitaria - etc., todo ello coincidiendo con lo que ya había avanzado una nota técnica de 12 de marzo del Ministerio de Trabajo.

¿Qué es la fuerza mayor?

Las reglas del Estatuto de los Trabajadores aluden a la fuerza mayor, entre las causas de suspensión del contrato de trabajo (cfr. arts. 45.1.i] y 47.3) así como entre las que justifican su extinción (arts. 49.1.h] y 51.7 ET). Sin embargo, ninguno de estos preceptos define la noción. Al máximo, algunos de ellos aluden a los requisitos que debe reunir para dar lugar a tales medidas laborales: ha de ser "temporal" para posibilitar la suspensión contractual -o la reducción de jornada- (art. 45.1.i]); pero ha de imposibilitar "definitivamente la prestación de trabajo" para alcanzar relevancia extintiva (art. 49.1.h]).

Para la integración del concepto hay que acudir a las normas generales y, en concreto, al art. 1105 del Código Civil. Si bien este precepto no incluye un listado de supuestos que hayan de ser o no considerados constitutivos de fuerza mayor, sí incluye los rasgos que un evento debe reunir para ser incluido en tal categoría. En efecto, el precepto, que regula la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones, establece que "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

Sobre la base de estos criterios generales, en otro pasaje del Código se enumeran eventos que los reúnen. En este sentido, el segundo párrafo del art. 1575 enumera los "casos fortuitos extraordinarios" que permiten reducir el alcance de la obligación de pagar la renta del arrendatario de un predio rústico. Entiéndese por tales, según el precepto, "el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever".

En otros sectores del ordenamiento, existen también enumeraciones de supuestos que constituyen fuerza mayor. Tal es el caso del art. 239.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 que incluye en ella: "a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público".

En fin, una norma de referencia histórica para los laboristas, la Ley de Contrato de Trabajo, contenía una enumeración similar en la regla 6ª del art. 76. Aunque ya derogada, no es infrecuente que se traiga a colación por jurisprudencia y doctrina judicial al resolver conflictos al respecto (por ejemplo, STS 8 julio 2008, rec. 1857/2007). Conforme a ella, era causa de extinción del contrato la "fuerza

mayor que imposibilite el trabajo por una de las causas siguientes: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones, y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar".

Sobre la base de estos datos normativos, y de la experiencia acumulada en la casuística jurisprudencial y judicial, es posible apuntar que el de fuerza mayor es un concepto abierto. Los acontecimientos catastróficos que se suelen enumerar en las disposiciones que se han citado no agotan la noción sino que es posible concebir otros casos de análoga significación. Esta idea puede comprobarse fácilmente acudiendo a los repertorios que, muestra, por supuesto, litigios relacionados con eventos naturales -por ejemplo, intensas lluvias (SSTSJ STSJ Castilla-León [Valladolid] cont. 704/2006, de 3 abril; Extremadura cont. 48/2013, de 22 enero), nevadas (STS 23 mayo 2006, rec. 78/2005), o incendios (STS cont. 27 febrero 2008, rec. 105/2005)-. Pero también incluye circunstancias derivadas de la voluntad, de las personas o de sus organizaciones. Se trata de la llamada fuerza mayor «impropia», integrada por "hechos imposibilitantes no catastróficos" (STSJ Andalucía (Málaga) 414/2002 de 1 marzo), que derivan de la decisión adoptada por un tercero ajeno a la relación laboral.

En este terreno, los repertorios muestran que puede discutirse si constituyen o no fuerza mayor las decisiones adoptadas por terceros privados que impiden la continuidad de la actividad empresarial -por ejemplo, la finalización del arrendamiento del local de la empresa por voluntad del dueño (STS 8 julio 2008, rec. 1857/2007)-. Sin embargo, la mayor parte de los casos se refieren a las adoptadas por poderes públicos en el ejercicio de sus competencias. Se trata del llamado *factum principis* que impide la prestación de trabajo que, con independencia de la decisión que en cada caso concreto se haya adoptado por los tribunales, cabe hallarlo en diferentes supuestos. Sin ánimo exhaustivo cabe citar la recuperación municipal de concesiones en mercado de abastos (STS cont. 25 noviembre 2008, rec. 117/2006), el cierre judicial de la empresa (SSTSJ Cataluña 1694/2016 de 11 marzo y 7414/2016 de 16 diciembre), la parada biológica de la actividad pesquera (STS cont. 16 julio 2001, rec. 8783/1995), la expropiación de los bienes necesarios para el desarrollo de la actividad de la empresa (SSTSJ Madrid cont. 644/2006 de 15 septiembre, o Andalucía (Sevilla) 2872/2009 de 21 junio) o la declaración administrativa de ruina del edificio que la alberga (STSJ Andalucía (Málaga) 414/2002 de 1 marzo, o Castilla-La Mancha 146/2007 de 30 enero).

Las características de la fuerza mayor

En realidad, lo importante no es tanto deslindar los supuestos de fuerza mayor sino más bien determinar las características cuya concurrencia es necesaria para que un determinado evento pueda ser considerado como tal. En este segundo terreno, creo que hay que hacer tres reflexiones diferentes.

La primera hace referencia a que no resulta necesario que un determinado evento afecte directamente a una empresa para que pueda ser considerado constitutivo de fuerza mayor. El evento puede afectar a su entorno y, como consecuencia de ello, generar en ella la imposibilidad de continuar su actividad. Quizá la organización empresarial no haya sufrido daños directos como consecuencia de la acción de la naturaleza, pero es posible que esta imposibilite el acceso de los trabajadores o la continuidad del aprovisionamiento de energía o de las materias primas necesarias para la producción. También en este segundo supuesto se puede admitir la existencia de fuerza mayor. Esta idea puede advertirse en los pronunciamientos judiciales sobre nevadas (STS 23 mayo 2006, rec. 78/2005) o lluvias torrenciales (SSTSJ Castilla-León [Valladolid] cont. 704/2006, de 3 abril, o Extremadura cont. 48/2013, de 22 enero).

Por otro lado, la apreciación de la fuerza mayor no depende únicamente de la existencia de un evento como los que se han descrito en el apartado anterior. Requiere también que el empresario haya actuado diligentemente en su previsión. El solo evento, por extraordinario que pueda ser, no adquiere relevancia si no se ha actuado diligentemente en su previsión. Como ha indicado la STS 8 julio 2008, rec. 1857/2007, recogiendo la doctrina legal de la Sala de lo civil, la fuerza mayor es "una fuerza superior a todo control y previsión, ponderándose a efectos de su concurrencia la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto". De este modo, no basta que el evento sea ajeno a la voluntad del empresario "sino su carácter previsible y evitable".

La previsibilidad y evitabilidad se valora en las catástrofes naturales (cfr. STS 23 mayo 2006, rec. 78/2005, y pronunciamientos citados en ella en relación con nevadas de intensidad; SSTSJ Castilla-León (Valladolid) cont. 704/2006, de 3 abril, respecto de lluvias torrenciales). Pero también en los eventos que derivan de la voluntad de terceros. En este último sentido, la reiteradamente citada STS 8 julio 2008, rec. 1857/2007, excluye de la condición de fuerza mayor la denuncia del contrato de arrendamiento por vencimiento de término, puesto que el plazo de duración del contrato es conocido de antemano. La idea de que la previsibilidad excluye la existencia de fuerza mayor se ha proyectado también en el ámbito del *factum principis*. En esta línea, la STS cont. 16 julio 2001, rec. 8783/1995, ha entendido que no la constituye la parada biológica de la actividad pesquera en determinado caladero marroquí al tratarse de una circunstancia perfectamente previsible habida cuenta de las previsiones del acuerdo hispano-marroquí sobre el particular. Más en general, se entiende que las decisiones administrativas o judiciales que afectan a la continuidad, temporal o definitiva, de la actividad empresarial, solo pueden ser consideradas fuerza mayor si en su fundamento no se encuentra una actividad ilegal de la empresa (SSTSJ STSJ

Andalucía (Málaga) 414/2002, de 1 marzo, o Cataluña 1694/2016 de 11 marzo y 7414/2016 de 16 diciembre).

Por último, es claro que la relevancia suspensiva o extintiva de la fuerza mayor no es automática. Es cierto que una determinada lectura de las normas laborales que la regulan podría conducir a otra conclusión. El Estatuto de los Trabajadores utiliza en dos ocasiones el verbo "constatar" para describir la actividad que debe desarrollar la autoridad laboral en relación con la fuerza mayor (arts. 49.1.h] y 51.7 ET); y dado su significado -"comprobar un hecho, establecer su veracidad o dar constancia de él"-, podríamos pensar que aquella se ha de limitar a verificar que se ha producido el hecho y, en caso positivo, conceder forzosamente la autorización solicitada por el empresario.

Sin embargo, las cosas no son tan simples. Aparte de que, como hemos visto, la sola calificación de un evento como fuerza mayor requiere la valoración de la diligencia empresarial, las normas requieren una determinada intensidad para sus efectos que, lógicamente, ha de ser igualmente "constatada" por la autoridad laboral. El art. 49.1.h) ET se refiere, en este sentido, a "fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo" -y, aunque no se diga expresamente, la "fuerza mayor temporal" aludida en el art. 45.1.h) ET es la que la imposibilita temporalmente-. Por ello, no es infrecuente que en los pronunciamientos judiciales en la materia se pondere la existencia de alternativas menos gravosas a las medidas empresariales. En esta línea, por ejemplo, la STS cont. 25 noviembre 2008, rec. 117/2006, aunque acaba por rechazar esta argumentación, valora "la posibilidad de otros centros de trabajo en que se pudiera dar ocupación" (véase, también, STSJ Madrid cont. 644/2006, de 15 septiembre, con cita de otros pronunciamientos). Al límite, STSJ Andalucía (Sevilla) 2872/2009, de 21 junio, la excluye en un caso de expropiación habida cuenta de que el cobro de la correspondiente indemnización podría permitir reanudar la actividad en otro lugar.

COVID-19 y fuerza mayor

Este marco normativo e interpretativo posibilita el encuadramiento de los efectos del COVID-19 en el terreno de la fuerza mayor. Recuérdese, de un lado, que la "peste" es uno de los supuestos enumerados en el listado de "casos fortuitos extraordinarios" del art. 1575 CC. Pero, sobre todo, hay que tener en cuenta que, en aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, ha procedido a declarar el estado de alarma con base en su art. 4.b) que lo posibilita en casos de "crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves".

Las medidas puestas en marcha por el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, tienen entidad suficiente para como para paralizar temporalmente, de forma total o parcial, la actividad de muchas empresas.

Aparte de las limitaciones de la libertad de circulación de las personas establecidas por el art. 7, cabe llamar la atención sobre el art. 9 que introduce "medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación"; y si bien se contempla el mantenimiento de "las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y «on line»" se condiciona a que ello "resulte posible". Cabe pensar pues en situaciones de imposibilidad de trabajar mientras dure la crisis sanitaria. Por otro lado, y sobre todo, el Real Decreto establece "medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales" (art. 10) que implica el cierre al público mientras dure la crisis de un amplio número de establecimientos concretados en el anexo de la disposición. Se prevé en fin la reducción de actividad en algunos sectores como el transporte (art. 14).

Por supuesto, a la vista de lo anterior, cabe poca duda respecto al encuadramiento del COVID-19 en el ámbito de la fuerza mayor temporal (art. 45.1.h] ET), cuyos efectos se desplegarán en forma de suspensiones contractuales o de reducciones de jornada (art. 47.3 ET).

Ahora bien, los problemas laborales derivados del COVID-19 no se agotan con los directamente derivados de la restricción de actividades ex RD 463/2020. Son concebibles otros escenarios en que la grave crisis social y económica derivada de su irrupción impida temporalmente el desarrollo de la actividad de las empresas. Podría abrirse con ello la duda de si a estas situaciones se les extiende o no la consideración de fuerza mayor. Para resolverla se ha dictado el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 cuyo art. 22 incluye "medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor". En el apartado primero de este precepto se establece en concreto:

1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Antes de comentar brevemente los supuestos descritos, es razonable preguntarse si los mismos agotan o no los casos de fuerza mayor derivados del

COVID-2019. Es probable, a mi juicio, que así sea siempre que no se haga una interpretación en exceso literal del precepto. En caso contrario, no es razonable pensar que el listado los agota. En este sentido, parece lógico que la regla comprende las derivadas de las actuaciones puestas en marcha por otras autoridades, europeas o de otros estados, que produzcan efectos equivalentes a los descritos. Asimismo, habrá que aceptar que actividades inicialmente no afectadas por las restricciones del estado de alarma quedan incluidas en fuerza mayor si existe la suficiente conexión con las que sí lo están: aunque logística y almacenaje no están incluidas en el RD 463/2020, es claro que los almacenes de una cadena de distribución cuya actividad queda suspendida por el estado de alarma corren la misma suerte que las tiendas.

Tres supuestos de fuerza mayor

Por lo demás, el listado del art. 22.1 RDL 8/2020 puede organizarse distinguiendo tres supuestos. De hecho, así se procede en la citada Nota interna del Ministerio, cuya redacción inspira directamente la del RDL. El primero se relaciona con las "pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías". Prescindiendo de la defectuosa redacción, la idea es clara: la desaparición temporal de la actividad por aplicación de las reglas del RD 463/2020 es considerada fuerza mayor a efectos de justificar suspensiones o reducciones de jornada. Se trata de un *factum principis*, imprevisible e inevitable para el empresario afectado.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la "falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad". Tampoco cabe discutirlo. Como se ha visto más arriba, la fuerza mayor puede afectar directamente a la empresa pero también a su entorno. Aquella permanece inmune a las prohibiciones, sus proveedores pueden estar afectados por diferentes incidencias derivadas del coronavirus o de las medidas dispuestas para hacerles frente. En estos casos, como deja claro el art. 23.1 RD 8/2020, la fuerza mayor se proyecta tanto sobre la pérdida de actividad del proveedor como sobre la empresa destinataria de sus productos o servicios.

Se incluyen, por último, las "situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados". Probablemente, detrás de esta expresión se incluyen dos realidades diferentes, aunque conectadas. La primera deriva de situaciones de contagio y aislamiento referidas a un volumen crítico de trabajadores que impide la continuidad de la actividad. La segunda, a la necesidad de prevenir el contagio conforme a las directrices de las autoridades sanitarias, que puede conducir igualmente a la paralización de la misma (cfr. art. 10.1 in fine RD 463/2020). Aparentemente, ambas han de ser decretadas por la autoridad sanitaria.

Sin embargo, es dudoso que así sea. La inasistencia de trabajadores de la plantilla por razón de la incapacidad temporal derivada del contagio -o por otras razones derivadas del ejercicio del "derecho de adaptación del horario y reducción de jornada" durante la crisis sanitaria regulado en el propio RDL 8/2020 (cfr. art. 6)-. Por otro lado, es posible que las medidas aconsejadas por las autoridades sanitarias en materia de distancia interpersonal no puedan ser cumplidas en determinados centros de trabajo: las reglas establecidas al respecto en la normativa preventiva (cfr. RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo) no son estrictamente las mismas, como puede advertirse en el Criterio Operativo 102/2020, sobre medidas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2), emitido por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social -no publicado en la web oficial de la ITSS, aunque la búsqueda en Google arroja más de 30.000 resultados-. Parece razonable entender que no hay que aguardar a la actuación inspectora o de las autoridades sanitarias para iniciar los trámites dirigidos a la suspensión de actividad, en prevención de la expansión del coronavirus.

Constatación de la fuerza mayor derivada del COVID-19 Aunque establece algunas especialidades procedimentales -que no serán objeto de análisis-, el RDL 8/2020 no cambia la necesidad de que la fuerza mayor sea constatada por la autoridad laboral (cfr. art. 22.2.b)). Resulta por tanto necesario reflexionar, para terminar, sobre los posibles criterios que se emplearán a estos efectos.

Llama la atención, de entrada, la utilización de algún adjetivo o adverbio que parece restringir el juego de la fuerza mayor -la necesidad de conexión causal "directa" entre las pérdidas de actividad y el COVID-19; el requisito de que la falta de suministros "impidan gravemente" su desarrollo-. No creo, sin embargo, que quepa atribuir a estas expresiones tal sentido. Implican más bien, a mi juicio, una concreción de la teoría general en materia de fuerza mayor que obliga a establecer, como hemos visto, una conexión causal entre el evento y la imposibilidad temporal de la prestación. Su demostración será mucho más fácil en los casos de actividades directamente afectadas por las medidas del estado de alarma y puede requerir un esfuerzo adicional de argumentación y acreditación en los casos restantes. Así se advierte en la propia página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social que diferencia el contenido de la "memoria o informe justificativo de la causa alegada" según se trate o no de "centros de trabajo que pertenezcan a sectores que hayan tenido que suspender su actividad conforme a lo establecido en los artículos 9 y 10 del Real Decreto 463/2020". En el primer caso, no se precisa su aportación sino que "basta con la presentación de cualquier documento que acredite dicha circunstancia".

Sí que encontramos una importante especialidad en la interferencia de las reglas relacionadas con el trabajo a distancia. El art. 5 RDL 8/2020, tras insistir en que "las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la

situación de excepcionalidad sanitaria", mira al trabajo a distancia como un sistema de organización del trabajo que permite "mantener la actividad por mecanismos alternativos". Desde la perspectiva que ahora nos interesa, ello implica el establecimiento de una regla expresa de prioridad de la continuidad de la prestación a distancia frente a "la cesación temporal o reducción de la actividad".

Lógicamente, ello abre un espacio a la valoración administrativa de la posibilidad de sustitución de la suspensión o reducción de jornada por medidas vinculadas a la implantación del teletrabajo. Es muy razonable, claro; pero difícil de concretar en términos de control administrativo pues no parece fácil valorar el alcance de la obligación empresarial de "adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado", sin sustituir el criterio empresarial, fundamentado incluso en este momento aciago en la libertad de empresa, por el de la autoridad administrativa. En todo caso, en caso de discrepancia con su criterio, la resolución podrá ser impugnada ante los tribunales del orden social de acuerdo con el art. 138 LRJS.

Por lo demás, la exigencia de una razonable adecuación entre la causa y las medidas solicitadas a la autoridad laboral permiten entender que es posible que estas sean diferentes y no afecten por igual a la entera plantilla de la empresa. El art. 22 RDL 8/2020 permite poner en marcha tanto suspensiones como reducciones de jornada. Y estas podrán extenderse a la entera plantilla del centro afectado por la fuerza mayor o únicamente a una parte.

PROCEDIMIENTO ERTE:

ERTE por fuerza mayor

El RDL 8/2020, establece una serie de medidas para responder a las situaciones de fuerza mayor antes mencionadas, disponiendo que todas las personas trabajadoras sujetas al régimen general de la seguridad social y las entidades para las que presten servicios, con independencia de la forma jurídica que adopten, pueden acogerse a las medidas que se detallan a continuación.

En los supuestos anteriores de fuerza mayor las empresas pueden acogerse a las medidas previstas en el art 47 ET (ERTE), pero con las siguientes reglas especiales que se derivan de los arts. 22 y 24 y 25 RDL.

a) Documentación simplificada:

Para la solicitud basta con acompañar por parte de la empresa a la Autoridad Laboral competente un informe relativo a la vinculación de la medida propuesta

con las medidas gubernativas adoptadas, acompañado, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa -que puede ser muy simple, bastando normalmente la mera documentación demostrativa de la concurrencia de fuerza mayor o de que la empresa realiza una de las actividades suspendidas-

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 aquel si es que existe en la empresa. Debe recordarse que en este supuesto no existe obligación de realizar periodo de consultas.

Lógicamente sí que habrá que demostrar, en su caso, que el cierre de locales impide razonablemente la actividad e incluso que no es posible mantenerla con formas de trabajo distancia, aunque al respecto puede bastar, en principio, la declaración del empresario.

b) Tramitación simplificada:

Se produce simplemente la emisión de informe por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el plazo improrrogable de 5 días, siendo su solicitud potestativa para la autoridad laboral, por lo que puede prescindirse del mismo, y en todo caso, debe haber resolución de la Autoridad Laboral, que será expedida en el plazo de 7 días, sin que al respecto el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sea vinculante.

No se alteran otros aspectos y debemos recordar que la resolución tiene efectos retroactivos al momento inicial del motivo de fuerza mayor, resultando de aplicación el art. 47 ET y los arts. 31 a 33 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Además de que la resolución se limita a la mera constatación de la existencia de la fuerza mayor alegada.

Por otro lado, esta tramitación se aplica siempre que se alegue fuerza mayor con independencia del número de trabajadores afectados por las medidas.

c) Efectos de la resolución:

Los trabajadores (y en su caso los restantes colectivos a los que se hará referencia) afectados, pasan al desempleo y perciben prestaciones con independencia de que tengan suficientes cotizaciones o no para ello, basta con que estuviesen de alta antes de la entrada en vigor del RDL, sin que resulte exigible periodo de carencia, es decir de cotización previa ninguno, salvo lo ya indicado en cuanto a fecha de alta.

El RDL concreta diversas reglas aplicables a estas situaciones y otras se reconducen a las normas habituales que regulan la prestación de desempleo.

En concreto, la base reguladora de la prestación en estos casos se calcula conforme a lo cotizado en los 180 días precedentes a la situación legal de desempleo, pero si el periodo cotizado es inferior se calcula proporcionalmente conforme a ese periodo inferior.

En cualquier caso, lo que sí resultan aplicables son los topes de prestación establecidos en el artículo 270 TRLGSS.

Así, en los seis primeros meses se percibe el 70% del promedio de la base reguladora calculada conforme se ha indicado y en los siguientes el 50%.

Como en la base reguladora se incluyen las pagas extraordinarias, el trabajador no notará tanta disminución en su salario, pero luego si notará que las pagas extraordinarias son inferiores a las normales, pues una parte de ellas estará ya cobrada en la prestación que percibió.

También rigen los máximos y mínimos normales de la prestación concretados en el art. 270.3 TRLGSS.

Igualmente rigen las reglas de cálculo normales para los supuestos de trabajo a tiempo parcial.

En cuanto a la duración de la prestación se limita al tiempo que dure la situación de fuerza mayor que motiva el reconocimiento de la suspensión o reducción de jornada, aunque si la misma se prolongase, lo que no es ni deseable ni esperable, no parece que puedan aplicarse los topes de duración previstos para las situaciones de normalidad.

Además el periodo consumido como consecuencia de estos ERTES no se entenderá consumido a efectos del periodo máximo de percepción de prestaciones cuando el trabajador o trabajadora disfrute de un posterior desempleo.

Para el supuesto de trabajadores fijos discontinuos y fijos periódicos se establece con claridad que la interrupción de campaña motivada por esta situación excepcional se debe considerar como de suspensión contractual con prestación por desempleo y, para garantizar que no les perjudique, se establece que las prestaciones por desempleo que perciban al ser suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 durante periodos que, en

caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, podrán volver a percibirse las prestaciones de desempleo, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo. Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efectivamente trabajado por el trabajador o trabajadora durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año de actividad de la persona trabajadora, se estará a los periodos de actividad de otros trabajadores comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la Entidad Gestora cuando el interesado solicite su reanudación.

En cuanto a la cotización empresarial y a su exención, se prevé una exención total para las empresas de menos de 50 trabajadores y parcial aunque amplia para las de 50 o más; así el RDL prevé que en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 definida en el artículo 22 del propio RDL en los términos que se analizaron, la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras dure el período de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado en base a dicha causa cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 trabajadores o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial.

La exoneración debe ser solicitada por el empresario a la Tesorería de la Seguridad Social previa comunicación de la identificación de los trabajadores afectados y período de la suspensión o reducción de jornada, a través del sistema que establezca la misma.

Para la verificación de la medida basta con el reconocimiento de prestaciones por el Servicio Público de Empleo a los trabajadores afectados.

Por supuesto la exoneración de cotización empresarial no alcanza a la del trabajador o trabajadora que se descuenta del importe de la prestación (art. 273.1 y 2 TRLGSS) y, en consecuencia, a todos los efectos este periodo se entiende como cotizado para la persona afectada.

Era lógica la medida, pues en las situaciones de emergencia la prevé el art. 24.2.b) de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, aunque señalando simplemente que esta es una medida que puede adoptarse lo que parece requerir un instrumento normativo posterior que la acuerde en cada caso concreto y, de ser necesario, en situaciones distintas de las de emergencia.

Este instrumento es, en este caso, el RDL comentado y por tanto la exención del pago de las cotizaciones se produce en los términos contemplados en el mismo.

Por otro lado, si la resolución de la autoridad laboral no constata la existencia de fuerza mayor, nada impide que el empresario replantee su petición pero alegando causas distintas (económicas, técnicas, organizativas o productivas), siguiendo el procedimiento que a continuación analizaremos.

d) Otros colectivos:

La medida es aplicable no sólo al personal sujeto a relación laboral sino también a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo.

En este caso la tramitación se remite al procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada, salvo en lo relativo al plazo para la emisión de resolución por parte de la Autoridad Laboral y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por los plazos especiales que se han indicado (7 y 5 días respectivamente).

Por el contrario, la medida no parece aplicable a las Administraciones Públicas y entidades públicas vinculadas a las mismas conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoséptima del ET, salvo en el caso concreto previsto en la misma, esto es las entidades que se financien mayoritariamente con ingresos procedentes de operaciones en el mercado.

Sí resulta, por el contrario, aplicable a las entidades vinculadas a Administraciones Públicas pero sujetas a régimen de derecho privado, por ejemplo, sociedades mercantiles de capital público.

OTROS ERTES DERIVADOS DE LA SITUACIÓN.

Para el caso de las empresas que se vean afectadas por la situación, pero no puedan acogerse al ERTE por fuerza mayor, el RDL prevé que pueden hacerlo por las causas generales del art. 47 ET. Causas productivas por la caída de

demanda, pero en general pueden alegarse cualquiera de las causas previstas, económicas, técnicas, organizativas o productivas.

En muchos casos aunque la fuerza mayor pueda tener un cierto impacto en la situación, el ERTE deberá reconducirse a este supuesto, como por ejemplo en empresas que suministren a locales cerrados pero también a otros, por lo que en realidad la actividad lo que evidencia es una caída en la demanda de productos, o cuando, por ejemplo, fuese posible continuar la actividad por medios distintos a los habituales, en cuyo caso lo que podría ocurrir es que no haya tanta demanda o tanta necesidad de personal. Seguramente ello es alegable como causa económica, productiva, etc., pero más difícilmente como fuerza mayor, aunque, como ya se dijo, en casos dudosos puede intentarse el ERTE por fuerza mayor que es muy rápido y, si no se constata la situación de fuerza mayor por la autoridad laboral, replantearlo por estas otras causas.

En este caso de alegar causas distintas a la fuerza mayor el RDL (arts. 23 y 24) establece las siguientes reglas a las que pueden acogerse todas las personas trabajadoras sujetas al régimen general de la seguridad social, además de otros colectivos que se mencionarán, y las entidades para las que presten servicios, con independencia de la forma jurídica que adopten:

a) Periodo de consultas:

En el supuesto de que no exista representación legal de los trabajadores, la comisión representativa de los mismos para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, habrá que ver, pues, los sujetos que negociaron el convenio sectorial.

El número máximo de miembros de la comisión negociadora será de uno por cada sindicato legitimado, sin perjuicio de que la representación y proporcionalidad de los citados sindicatos se tenga en cuenta a la hora de adoptar decisiones.

Se puede apreciar la intencionalidad de una tramitación ágil.

De no conformarse la comisión representativa anterior, dicha comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

A este efecto la empresa cumple dirigiendo comunicación a las organizaciones sindicales en los domicilios de sus sedes; concretamente a las organizaciones que firmaron el convenio sectorial que le pudiera resultar de aplicación.

Lógicamente si hay representantes el periodo de consultas se produce con ellos en los términos previstos en general (art. 47.1 ET).

El periodo de consultas durará como máximo 7 días, luego puede ser más rápido y cómo es un plazo máximo puede suscribirse el acuerdo desde el principio, lo que no será raro cuando las razones estén claras.

El procedimiento del ERTE por estas causas se aplica siempre que quieran aplicarse estas medidas con independencia del número de trabajadores afectado.

b) Tramitación simplificada:

Se produce simplemente la emisión de informe por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el plazo improrrogable de 7 días, siendo su solicitud potestativa para la autoridad laboral, por lo que puede prescindirse del mismo.

No se alteran otros aspectos, resultando de aplicación el art. 47 ET y los artículos 16 a 29 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

En estos casos la documentación puede ser muy simple, bastando la que evidencia la afectación de la empresa por los efectos indirectos o derivados de las medidas adoptadas por el estado de alarma, como la caída de demanda, la dificultad para mantener el proceso productivo, etc.

c) Efectos de la resolución:

Los trabajadores (y en su caso los restantes colectivos a los que se hará referencia) afectados pasan al desempleo y perciben prestaciones con independencia de que tengan suficientes cotizaciones o no para ello, basta con que estuviesen de alta antes de la entrada en vigor del RDL, sin que resulte exigible periodo de carencia, es decir de cotización previa ninguno, salvo lo ya indicado en cuanto a fecha de alta.

La norma establece la forma en que se actuará en estos casos para fijar la base reguladora de las prestaciones y otros aspectos adicionales, que se resuelven

prácticamente igual que en los ERTE por fuerza mayor con la salvedad de las cotizaciones empresariales.

En concreto, la base reguladora de la prestación en estos casos se calcula conforme a lo cotizado en los 180 días precedentes a la situación legal de desempleo, pero si el periodo cotizado es inferior se calcula proporcionalmente conforme a ese periodo inferior.

En cualquier caso, lo que sí resultan aplicables son los topes de prestación establecidos en el artículo 270 TRLGSS. Así en los seis primeros meses se percibe el 70% del promedio de la base reguladora calculada conforme se ha indicado y en los siguientes el 50%. Como en la base reguladora se incluyen las pagas extraordinarias, el trabajador no notará tanta disminución en su salario, pero luego si notará que las pagas extraordinarias son inferiores a las normales, pues una parte de ellas estará ya cobrada en la prestación que percibió.

También rigen los máximos y mínimos normales de la prestación concretados en el art. 270.3 TRLGSS.

Igualmente rigen las reglas de cálculo normales para los supuestos de trabajo a tiempo parcial.

En cuanto a la duración de la prestación se limita al tiempo que dure la situación que motiva el reconocimiento de la suspensión o reducción de jornada, aunque si la misma se prolongase no parece que puedan aplicarse los topes de duración previstos para las situaciones de normalidad. Además, el periodo consumido como consecuencia de estos ERTES no se entenderá consumido a efectos del periodo máximo de percepción de prestaciones cuando el trabajador o trabajadora disfrute de un posterior desempleo.

En cuanto a la cotización empresarial y a su posible exención no existe una regla similar a la de los ERTES por fuerza mayor, por lo que se mantiene la obligación de cotizar por la empresa y el descuento al trabajador en su prestación de su aportación a la cotización (art. 273. 1 y 2 TRLGSS).

d) Otros colectivos:

En relación con otros colectivos cabe reiterar lo que anteriormente se expuso; así, la medida es aplicable también a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo.

En este caso la tramitación se remite al procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada, salvo en lo relativo al plazo para la emisión de resolución por parte de la Autoridad Laboral y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se registrarán por los plazos especiales que se han indicado (7 y 5 días respectivamente).

Por el contrario, y al igual que en el supuesto de fuerza mayor, la medida no parece aplicable a las Administraciones Públicas y entidades públicas vinculadas a las mismas conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoséptima del ET, salvo en el caso concreto previsto en la propia disposición, esto es las entidades que se financien mayoritariamente con ingresos procedentes de operaciones en el mercado.

Si resulta, por el contrario, aplicable a las entidades vinculadas a Administraciones Públicas pero sujetas a régimen de derecho privado, por ejemplo, sociedades mercantiles de capital público.

Disposiciones transitorias

En todo caso, especialmente en materia de regulación de empleo, son esenciales las Disposiciones transitorias del RDL y deben tenerse muy presentes.

En este sentido, la Disposición Transitoria Primera establece que no se aplicarán las especialidades previstas en el artículo 22 apartados 2 y 3 y artículo 23 del RDL a los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada iniciados o comunicados antes de la entrada en vigor del RDL y basados en las causas previstas en el mismo. Por el contrario, las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo reguladas en los artículos 24, 25, 26 y 27 del RDL sí serán de aplicación a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL, siempre que deriven directamente del COVID-19.

Conforme a este precepto, aquellas empresas que hubiesen tramitado ya antes del 18 de marzo de 2020, estos expedientes, ya por fuerza mayor, ya por causas distintas, normalmente productivas, deberán atenerse a la tramitación ordinaria y a los plazos previstos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2020; aunque la tramitación se reconduzca a la normativa anterior, no así los efectos extraordinarios en orden a la posible exoneración de cotizaciones empresariales, no exigencia de periodos de carencia en el acceso a las prestaciones de desempleo y no cómputo de estos desempleos a efectos de duración máxima de posteriores prestaciones, reglas especiales que sí les resultarán de aplicación.

Es decir, se remite el procedimiento a las reglas precedentes, pero no los efectos para los que se aplican las nuevas disposiciones del RDL 8/2020.

A ello se une otra regla esencial que debe tenerse muy presente, concretamente la establecida en la Disposición Adicional Sexta RDL 8/2020, que establece que el acogimiento a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el RDL 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, lógicamente superada la crisis.