

Ante las consultas planteadas por distintas Inspecciones Provinciales, esta Área de Coordinación, de conformidad con lo previsto en el apartado 2º B, de la Resolución del Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 20-03-2020, sobre organización del Organismo en la gestión de la crisis del COVID-19, que crea la Unidad de gestión de la crisis del COVID, informa lo siguiente:

1

CONSIDERACIONES GENERALES

- 1) La presente nota pretende dar algunas pautas de actuación a las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en los expedientes temporales de regulación de empleo (ERTE) tramitados como consecuencia del impacto económico y social causado por el COVID-19.

Se trata de un documento complementario del documento elaborado por la Dirección General de Trabajo y dirigido a las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas.

Su objeto es procurar que las actuaciones de las Inspecciones Provinciales en los ERTE derivados del COVID-19 sean homogéneas en todo el territorio nacional. Esa homogeneidad implica que las argumentaciones mantenidas en los informes de la ITSS han de ser coherentes, sin perjuicio de que la valoración de las circunstancias de cada caso ha de corresponder a cada funcionario actuante, que conserva su autonomía técnica y funcional a todos los efectos.

- 2) En todo caso, hay aspectos generales que deben valorarse por el actuante caso por caso. Así:

- Se considera necesaria la motivación, la justificación y la acreditación de las circunstancias invocadas por la empresa, tanto más cuanto la apreciación de la fuerza mayor dependa de conceptos jurídicos indeterminados (“falta de suministros que impidan *gravemente...*”, restricciones en el transporte público y... de la movilidad de las personas “que queden debidamente acreditados”, etc.)
- Se entiende preciso valorar la proporcionalidad de la medida y el equilibrio en el reparto de cargas. No puede olvidarse que el ERTE por fuerza mayor persigue liberar al empresario de la carga de abonar el salario, cuando la prestación laboral deviene imposible como consecuencia de un hecho externo al círculo de la empresa, imprevisible o, en todo caso, inevitable.

Por tanto, cuando el empresario no tiene una merma de ingresos como consecuencia del hecho externo, no procede la apreciación de fuerza mayor, pues ello provocaría un

enriquecimiento injusto del empresario y un perjuicio, tanto para el trabajador, como para el erario público.

- Debe tenerse siempre en consideración, a efectos de la existencia de una imposibilidad de mantenimiento del trabajo, la previsión del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, según el cual, *“se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo para ello la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario es proporcionado”*.
 - Resulta necesario que la actuación no sólo se centre en la apreciación de la fuerza mayor, sino en la constatación de que no existe fraude, bien porque no se haya producido un cese real de la actividad, bien porque se incluyen trabajadores que no deberían estarlo, o bien por cualquier otra causa.
- 3) No se aborda en esta nota la causa contemplada en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, consistente en “situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria”. Se trata de una causa genérica, que dependerá de la decisión sanitaria, y que sería de aplicación a todos los ámbitos que se abordan en esta nota.

2

SECTOR PRIMARIO

Se incluyen en el sector primario, a los efectos de esta nota, las actividades productivas de obtención de materias primas, tales como agricultura, ganadería, pesca y acuicultura.

Dado que una de las medidas establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, concretamente en su artículo 15, es la de garantizar el abastecimiento alimentario y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción, las empresas encuadradas en este sector deben mantener su actividad, no admitiéndose con carácter general la alegación de la existencia de fuerza mayor para justificar la presentación de un expediente de regulación temporal de empleo, salvo que se acredite debidamente la concurrencia de alguna de las situaciones urgentes y extraordinarias reguladas en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Respecto a la silvicultura y la explotación forestal, también comprendidas dentro del sector primario, aunque su función principal no sea la de abastecimiento alimentario, sí se considera una actividad de suministro de materias primas no afectada por ningún tipo de suspensión,

por lo que en principio y salvo las excepciones antes indicadas, no se considerará la existencia de fuerza mayor para justificar la presentación de un expediente de regulación temporal de empleo.

3

SECTOR INDUSTRIAL

El sector industrial no está incluido en las actividades que, de acuerdo con los artículos 9 y 10, y anexo del *Real Decreto 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*, tiene la obligación de suspender su actividad. Es por ello, que las empresas pertenecientes a la industria, con carácter general, continúan prestando sus servicios.

Atendiendo a esta premisa, aquellas empresas del sector industrial que decidan una suspensión de relación laboral o una reducción de la jornada, tendrán que solicitarlo, con carácter general, atendiendo a causas económicas o productivas, de acuerdo con el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y siguiendo el procedimiento establecido con las particularidades fijadas en dicho precepto.

Por tanto, la regla general supone que no se entenderá que existe fuerza mayor en el sector industrial, por no ser la causa directa de dicha suspensión o reducción la pérdida de actividad ocasionada por el COVID-19.

No obstante, deberán valorarse las circunstancias de cada caso. En particular, existen dos excepciones en las que sí podría apreciarse fuerza mayor en el sector industrial, de acuerdo con el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020:

- En el caso de que la empresa tenga falta de suministro de recursos propios para la realización del proceso productivo (falta de proveedores), de forma que impida gravemente continuar con el desarrollo de la actividad como consecuencia directa del Covid-19.
- En el caso de suspensión o cancelación de actividades, debido a que la empresa pierda todos sus clientes por una de las causas que se consideren fuerza mayor. La pérdida tiene que ser de todos sus clientes; y la causa de la suspensión o cancelación de actividades,

tendrá que ser que dicha pérdida de clientes se deba a que aquellos estén aquejados a su vez por fuerza mayor.

En ambos casos, la causa deberá de ser acreditada por la empresa solicitante.

4

SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

El sector de la construcción no está incluido entre las actividades que, de acuerdo con los artículos 9 y 10, y anexo del *Real Decreto 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 la obligación de suspender su actividad. Es por ello, que las empresas pertenecientes al sector de la construcción, con carácter general, continúan prestando sus servicios.

Atendiendo a esta premisa, aquellas empresas del sector de la construcción que decidan una suspensión de relación laboral o una reducción de la jornada, tendrán que solicitarlo, con carácter general, atendiendo a causas económicas o productivas, de acuerdo con el artículo 23 del *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19* y siguiendo el procedimiento establecido con las particularidades fijadas en dicho precepto.

Por tanto, la **regla general** supone que no se entenderá que existe fuerza mayor en el sector de la construcción, por no ser la causa directa de dicha suspensión o reducción la pérdida de actividad ocasionada por el COVID-19.

No obstante, deberán valorarse las circunstancias de cada caso. En particular, existe **una excepción** en las que sí podría apreciarse fuerza mayor en este sector, de acuerdo con el artículo 22 del *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo*: que la empresa tenga falta de suministro de recursos propios para la realización del proceso productivo (falta de proveedores), de forma que se impida gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del Covid-19.

En tal supuesto, la causa deberá de ser acreditada por la empresa solicitante.

5**SECTOR SERVICIOS****5.1.****Establecimientos y actividades que pueden permanecer abiertos al público**

El artículo 10.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, exceptiona de la suspensión de apertura al público, y por tanto permite el ejercicio de su actividad, a establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio,

Respecto de estos establecimientos comerciales, debe mantenerse el criterio de que son actividades de prestación de servicios de primera necesidad y para cuya adquisición no se han establecido limitaciones de movilidad de personas, según lo establecido en los artículos 10.2 y 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Por tanto, como regla general, no se considerará la existencia de fuerza mayor para justificar la presentación de un expediente de regulación temporal de empleo. Si en el ámbito de estas actividades hubiera un descenso de la demanda, nos encontraríamos ante una causa productiva, pero no de fuerza mayor.

En este apartado se incluirían, entre otras, actividades como las prestadas por odontólogos, fisioterapeutas, podólogos, ópticos, etc.

5.2.

Establecimientos y actividades que deben permanecer cerrados al público

De acuerdo con los artículos 9 y 10 del *Real Decreto 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*, se establecen medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, y en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales; pasando en su anexo a desglosar la relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.

Se indican aquellas actividades que deberán de permanecer suspendidas durante el tiempo que dure el estado de alarma. En estos casos, se trata de una imposición establecida por el propio real decreto, en la que las empresas que se dediquen a estas actividades obligatoriamente tienen que dejar de realizar su actividad durante dicho periodo.

Por ello, se apreciará la existencia de fuerza mayor para las empresas que pertenezcan a estas actividades, y decidan una suspensión o reducción de jornada, porque su causa directa es la pérdida de actividad ocasionada por el COVID-19, de acuerdo con el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020,

No obstante, los apartados 1 y 3 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 se refieren a la *suspensión de la apertura al público*, por lo que no estarán afectadas por fuerza mayor aquellas tareas o trabajo que pudieran seguir realizándose mientras la actividad está cerrada al público (ej. los restauradores en los museos).

Igualmente, el artículo 10.4 del Real Decreto 463/2020 suspende las actividades de hostelería y restauración, pero permite expresamente poder prestar el servicio de entrega a domicilio, por lo que el personal dedicado a este servicio tampoco estaría afectado por la fuerza mayor.

En todo caso, se debe tener en cuenta que además del Real Decreto 463/2020, diversas disposiciones dictadas por el Gobierno o por las autoridades competentes delegadas, con posterioridad a dicha disposición, han establecido regulaciones para distintas actividades permitidas, que inicialmente se habían prohibido o viceversa.

Así, unos establecimientos que se encuentran en una situación específica es el de los talleres de reparación y mantenimiento de vehículos. En efecto, los **talleres de reparación y mantenimiento de vehículos a motor y a los establecimientos de actividades conexas** de venta de piezas y accesorios con venta directa a los talleres de reparación, tienen permitida su apertura, aunque de manera limitada (no cabe la apertura al público en general), según la orden TMA/259/2020, de 19 de marzo, por la que se dictan instrucciones sobre transporte por carretera, y todo ello con la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento de las operaciones de transporte de mercancías y de los transportes permitidos en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Ha de citarse el caso también de los **alojamientos turísticos**, cuya actividad se prohibió inicialmente por aquel. Así, la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico, de acuerdo con el artículo 10.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que posteriormente fue modificada por la Orden TMA/277/2020, de 23 de marzo, por la que se declaran servicios esenciales a determinados alojamientos turísticos y se adoptan disposiciones complementarias.

El seguimiento de todas esas disposiciones, puede llevarse a cabo en el siguiente enlace del Boletín Oficial del Estado, en el que se están recogiendo todas las normas que se están aprobando en relación con el estado de alerta derivado del COVID-19:

https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2¬a=1

5.3.

Fuerza mayor derivada de restricciones a la movilidad

El artículo 7 del Real Decreto 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, establece que “durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.

- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.”

A sensu contrario, lo anterior quiere decir que los ciudadanos no pueden acceder a la vía pública para realizar otras actividades, ni acudir a otros establecimientos diferentes de aquellos vinculados a la realización de las actividades anteriores.

Por ello, debe apreciarse fuerza mayor en aquellas suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en restricciones en el transporte público y de la movilidad de las personas, de conformidad con el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

En este supuesto quedaría integrada una variada gama de actividades: agencias inmobiliarias, comercio de bienes o servicios no esenciales, autoescuelas, etc.

No obstante, en todo caso, debería valorarse la posibilidad de que las empresas titulares de estos negocios puedan realizar sus actividades total o parcialmente por otros medios (teletrabajo, realización normal de actividades administrativas, atención telefónica a clientes o prestación de servicios *online*).

6**SUPUESTOS ESPECÍFICOS****6.1.**

Fuerza mayor alegada en casos de paralización de actividades por riesgo grave e inminente, clausura de actividades por orden de autoridades públicas, etc.

En algunos supuestos, se ha alegado fuerza mayor en casos en los que:

- se paraliza la actividad por riesgo grave e inminente;
- el empresario alega fuerza mayor porque no puede cumplir un requerimiento de proveer de EPIS a los trabajadores;
- hay un cierre de instalaciones por incumplimiento de las recomendaciones sanitarias. Caso diferente es el del cierre decretado por las autoridades sanitarias, que se considera fuerza mayor *ex lege*, en virtud de lo previsto en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Ninguno de estos supuestos puede considerarse fuerza mayor. El “factum principis”, como decisión de la autoridad que impide jurídicamente la continuación de la prestación laboral, no puede apreciarse cuando deriva de un incumplimiento empresarial. Como ejemplo, puede citarse la STS de 3/4/2000 (Núm. Rec. 3236/1994), que enjuicia una orden de cierre de una planta química de fabricación de cloro por posible riesgo para los trabajadores y el público en general, y que argumenta que “no puede afirmarse que los motivos que determinan la adopción de la decisión administrativa de suspensión sean ajenos o externos al círculo de la empresa, ya que ésta está obligada a cumplir estrictamente la normativa que regula las medidas de seguridad establecidas”.

En cuanto a los supuestos de paralización de la actividad por decisión de los trabajadores o de sus representantes legales, como consecuencia de riesgo grave e inminente, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que configura la paralización en estos casos como un derecho del trabajador, sin que pueda sufrir perjuicio alguno derivado de su ejercicio, salvo mala fe o negligencia grave.

6.2.

Fuerza mayor en contrata y subcontratas (excluidas las del sector público)

Las empresas contratistas cuya empresa principal estuviera afectada por un ERTE de fuerza mayor, podrá presentar igualmente un ERTE por fuerza mayor.

Es decir, en estos casos, se entiende que la causa directa del ERTE de la empresa principal es una pérdida de actividad ocasionada por el COVID-19 por alguno de los motivos del artículo 22 del Real Decreto Ley, y por lo tanto, la empresa contratista no puede prestar la actividad para la que fue contratada. La causa de fuerza mayor se extendería así a la contrata. Sería el caso, por ejemplo, de las contrata de un comedor escolar o del transporte escolar.

A sensu contrario, si la empresa principal continuara realizando su actividad, o hubiese planteado un ERTE pero no por fuerza mayor, como regla general, no se entenderá que la contratista esté afectada por causa de fuerza mayor.

Sentado lo anterior, hay que tener en cuenta que el término “subcontrata” engloba una variada tipología de supuestos, lo que obliga a un análisis individualizado de las circunstancias de cada caso.

Además, sería necesario acreditar tanto la pérdida de actividad, como la pérdida de ingresos. Ello es así porque, por ejemplo, no cabría un ERTE en los casos en los que una subcontrata va a percibir los mismos ingresos acordados en el contrato, pues ello conllevaría un enriquecimiento injusto del empresario.

6.3.

Fuerza mayor en la contratación pública

El artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, prevé normas específicas en materia de contratación pública para paliar los efectos del COVID-19. Esas normas específicas establecen unas medidas específicas en función del tipo de contrato de que se trate. Así:

- a) **Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva** celebrados con entidades del sector público.

Cuando su ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirlo, quedarán automáticamente

suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse.

En estos casos, la norma prevé que la entidad adjudicadora abone al contratista una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Esa indemnización incluye los gastos salariales del personal afectado por la suspensión del contrato público y durante todo el período de suspensión.

En consecuencia, los contratos de trabajo de los trabajadores vinculados a estos contratos públicos no quedarían en suspenso, ni por fuerza mayor, ni por ninguna otra causa.

- b) **Contratos públicos de obras** celebrados por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato.

En estos casos, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo. La suspensión dará lugar a una indemnización, que incluirá los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

En consecuencia, los contratos de trabajo de los trabajadores vinculados a estos contratos públicos no quedarían en suspenso, ni por fuerza mayor, ni por ninguna otra causa.

- c) **Contratos públicos de servicios y de suministro distintos** de los referidos en el apartado anterior, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19.

En estos casos, se prevé el aplazamiento del cumplimiento de las obligaciones del contratista. Por tanto, a efectos laborales, el aplazamiento podrá dar lugar a la suspensión de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, con los mismos criterios señalados en este documento, según el sector y supuesto aplicable en cada caso.

- d) **Supuestos específicos: contratos de seguridad, limpieza y mantenimiento de sistemas informáticos; contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.**

Este tipo de contratos tiene un régimen específico en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Según este precepto, estos contratos no se rigen por las normas anteriores, sin que se prevea ningún régimen de resarcimiento.

Siendo así, deberá estarse a las circunstancias del caso concreto. Si se acredita la imposibilidad de prestar servicios y la pérdida de ingresos, podrá apreciarse fuerza mayor. Si, por el contrario, la prestación del servicio es posible, o, aun siéndolo, el contratista no tiene pérdida de ingresos (p.e., porque se abona el precio convenido sin disminución), no cabrá la suspensión de los contratos de trabajo, pues ello supondría un enriquecimiento injusto del empresario.

27 de marzo de 2020