

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 la Dirección Especial y 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 la Dirección Especial y 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.
- 4) Hay que tener en cuenta que el *Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19*, establece un nuevo escenario para el marco temporal comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril.

De acuerdo con el criterio emitido por la Dirección General de Trabajo el pasado 31 de marzo, el real decreto-ley determina el cese de todas las actividades no declaradas esenciales durante el período indicado. Según dicho criterio, el cese de actividad se puede producir mediante el otorgamiento a los trabajadores de un permiso retribuido recuperable, o bien de cualquier otro modo, incluyendo la posibilidad de solicitar un expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor.

Por ello, a lo largo de este informe se tiene en cuenta, cuando es necesario, la diferencia entre el período comprendido desde la declaración del estado de alarma hasta el 29 de

marzo, el período comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril, así como el posterior a ésta última fecha.

En todo caso, este Organismo considera que el informe de la ITSS podrá ser comprensivo de todos estos períodos, en aras de una mayor agilidad y una menor carga administrativa, tanto para el administrado, como para la propia Administración.

- 5) En fecha 22 de abril de 2020 se ha publicado en el BOE el *Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*, el cual, en su disposición final octava, apartado dos, modifica el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de manera que **clarifica que la fuerza mayor pueda ser parcial**. Así, en empresas que desarrollen actividades consideradas esenciales durante esta crisis, puede apreciarse la fuerza mayor respecto una parte de su actividad o una parte de su plantilla no afectada por específicas condiciones de mantenimiento de la actividad.

Dada la ausencia de reglas de derecho transitorio, este nuevo párrafo ha de entenderse como una mera aclaración del anterior, apuntando la manera en que debe interpretarse el primer párrafo del artículo 22.1. Esta interpretación, por tanto, sería aplicable desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

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.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, y hasta el 9 de abril, hay actividades del sector primario que no se consideran esenciales y deban cesar. Este sería el caso de las actividades forestales o la silvicultura, en la medida en que no formen parte de la cadena de producción de ninguna actividad esencial o se relacionen con tareas de prevención y extinción de incendios.

En estos casos, de acuerdo con el criterio de la Dirección General de Trabajo de 31 de marzo de 2020, el cese de actividad derivado de la entrada en vigor del Real Decreto-ley puede considerarse producido por fuerza mayor.

3 SECTOR INDUSTRIAL

A. Período comprendido entre el 15 y el 29 de marzo y posterior a 9 de abril.

Durante estos períodos, el sector industrial no está incluido en las actividades que tienen la obligación de suspender su actividad, 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*. 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.

B. Período comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril.

El Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, determina el cese de todas aquellas actividades que no se consideran esenciales. Entre las actividades declaradas esenciales figuran algunas del sector industrial.

De acuerdo con el criterio emitido por la DGT el 31 de marzo, el cese de actividades puede conseguirse, tanto con la concesión de un permiso retribuido recuperable, como con otras medidas, entre ellas un ERTE por fuerza mayor.

Además, hay que tener en cuenta dos disposiciones de este real decreto-ley:

- Según el artículo 4, “las empresas que deban aplicar el permiso retribuido recuperable regulado en este artículo podrán, en caso de ser necesario, establecer el número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles con el fin de mantener la actividad indispensable. Esta actividad y este mínimo de plantilla o turnos tendrá como referencia la mantenida en un fin de semana ordinario o en festivos”.
- La disposición transitoria primera establece que “en aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad, las personas trabajadoras

incluidas en el ámbito subjetivo de este real decreto-ley podrán prestar servicios el lunes 30 de marzo de 2020 con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la reanudación de la actividad empresarial.”

Por tanto, los ERTE que pueden presentarse en el sector industrial estarán delimitados por tres circunstancias:

- Si la actividad se considera esencial o no, de acuerdo con lo previsto en el anexo del real decreto-ley.
- Si se ha producido un cese total de actividad o se ha mantenido al personal imprescindible para la actividad indispensable.
- Si se trabajó o no el día 30 de marzo.

4

SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

A. Período comprendido entre el 15 de marzo y el 29 de marzo y posterior al 9 de abril.

El sector de la construcción no está incluido entre las actividades que tienen la obligación de suspender la producción, 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*. 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, existen **dos excepciones** 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.
- Que se trate de **obras de reforma** afectadas por la Orden SND/340/2020, de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID-19 para personas no relacionadas con dicha actividad. Dicha Orden ha sido posteriormente modificada por la Orden SND/ /385/2020, de 2 de mayo. Con arreglo a esta normativa, debe suspenderse la ejecución de toda clase de obra que suponga una intervención en edificios existentes, en los supuestos en los que en el inmueble en el que deban ejecutarse se hallen personas no relacionadas con la actividad de ejecución de la obra. Se exceptúan:

1º. Aquellos casos en que se garantice que no hay interferencia entre trabajadores y otras personas.

2º. Los trabajos y obras puntuales que se realicen en los inmuebles con la finalidad de realizar reparaciones urgentes de instalaciones y averías, así como las tareas de vigilancia.

3º. Las obras que se realicen en locales, viviendas u otras zonas delimitadas del edificio no habitadas, o a las que no tengan acceso los residentes mientras duren las obras, siempre que se cumplan todas las siguientes condiciones:

- a) Se limite la circulación de trabajadores y materiales por zonas comunes no sectorizadas, y se adopten todas las medidas oportunas para evitar, durante el desarrollo de la jornada, el contacto con los vecinos del inmueble.
- b) El acceso y salida de esos locales, viviendas o zonas se produzca al inicio y a la finalización de la jornada laboral.

- c) Los trabajadores adopten las medidas de prevención e higiene frente al COVID-19 indicadas por las autoridades sanitarias.

En tales todas las excepciones, la causa deberá de ser acreditada por la empresa solicitante.

B. Período comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, y hasta el 9 de abril, las actividades constructivas no se consideran esenciales y por tanto, con carácter general, deben cesar. En estos casos, de acuerdo con el criterio de la Dirección General de Trabajo de 31 de marzo de 2020, el cese de actividad derivado de la entrada en vigor del Real Decreto-ley puede considerarse producido por fuerza mayor.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 10/2020 establece que “en aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad, las personas trabajadoras incluidas en el ámbito subjetivo de este real decreto-ley podrán prestar servicios el lunes 30 de marzo de 2020 con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la reanudación de la actividad empresarial.”

Por tanto, en el eventual expediente habrá que delimitar el ámbito temporal del cese y concretar si se trabajó o no el día 30 de marzo.

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. El Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, mantiene el carácter esencial de estos establecimientos y, por tanto, pueden seguir funcionando con normalidad.

Respecto de estas actividades, debe tenerse en cuenta lo previsto en el segundo párrafo del artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, introducido por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de febrero, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Según dicho párrafo, en estas actividades “se entenderá que concurre la fuerza mayor... respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad”. En consecuencia, siempre que garanticen el mantenimiento de las funciones esenciales que la normativa o las autoridades les encomiendan, este tipo de establecimientos puede acogerse a expedientes temporales de regulación de empleo por fuerza mayor, siempre que se fundamenten en alguna de las causas previstas en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020: restricciones de movilidad, falta de suministros, etc.

En este apartado se incluiría una amplia gama de actividades, entre otras, las prestadas por entidades financieras o de seguros, odontólogos, fisioterapeutas, podólogos, ópticos, etc., siempre que no fuera posible la realización de teletrabajo, la prestación de servicios *online*, etc.

Al mismo tiempo, también hay que tener en cuenta las prescripciones establecidas en normas específicas respecto de algunas de ellas:

- **Centros, servicios y establecimientos sanitarios**

La Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados **centros, servicios y establecimientos sanitarios**, desarrolla lo previsto en los Reales Decretos-leyes 9/2020, de 27 de marzo, y 10/2020, de 29 de marzo, en el ámbito sanitario.

De acuerdo con dicha Orden, a partir del 2 de abril, se consideran servicios esenciales los especificados en su anexo. De este texto se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- Respecto de los centros y establecimientos sanitarios especificados en el anexo, sólo es posible reducir o suspender la actividad “parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes” (artículo 1.2 Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo).¹
- En sentido contrario, algunas actividades no se consideran esenciales en el anexo (por ejemplo, fisioterapeutas o podólogos), mientras que otras quedan matizadas (por ejemplo, las clínicas dentales sólo pueden atender urgencias). Ello tiene como consecuencia que se consideraría derivado de fuerza mayor el cese total de actividad de un centro de fisioterapia, o el cese parcial de una clínica dental.

En esta misma línea, a efectos interpretativos, puede tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo séptimo de la *Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, según el cual “se entienden por establecimientos médicos aquellos en los que se requiere la prestación, por parte de profesionales sanitarios, de la asistencia necesaria para resolver problemas de salud que puedan tener una evolución desfavorable si se demora su tratamiento”.

- Finalmente, hay casos en los que la Orden del Ministerio de Sanidad deriva a las Comunidades Autónomas la posibilidad de definir como esencial un determinado ámbito o centros o proveedores concretos. Por tanto, habrá de estarse también a las normas que puedan haber aprobado las autoridades autonómicas a estos efectos.

¹ En este ámbito, hay que tener en cuenta la Resolución de 24 de abril de 2020, de la Secretaría General de Sanidad, por la que se modifica el Anexo de la Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Su objeto es suprimir del listado de servicios esenciales los **centros de reconocimiento**. Esto se justifica en que se han prorrogado los permisos y licencias, con lo cual no es necesario realizar los informes previos de aptitud psicofísica. Ahora bien, puesto que los permisos y licencias de conducción prorrogaron su validez a través de la Orden INT/262/2020, de 20 de marzo, hay que entender que la fuerza mayor podría ser de aplicación desde la fecha de entrada en vigor de esa Orden (21/03/2020).

- **Centros residenciales de personas mayores, personas con discapacidad u otros centros de servicios sociales de análoga naturaleza.**

De acuerdo con el artículo 2 de la SND/275/2020, de 23 de marzo (BOE de 24 de marzo), estos centros “deberán mantener su actividad, no pudiendo adoptar medida alguna que, en relación con la situación de emergencia originada por el COVID-19, conlleve el cierre, reducción o suspensión de actividades o de contratos laborales, salvo que la autoridad competente de la comunidad autónoma determine, por las circunstancias concurrentes, que el mantenimiento de la actividad del centro no es imprescindible”.

En consecuencia, la aplicación de medidas de suspensión de contratos de trabajo en estos centros deberá estar precedida de una previa valoración por las autoridades autonómicas de que la actividad prestada puede reducirse o suprimirse.

- **Estaciones de servicio.**

Atendiendo a lo dispuesto en la Orden SND/337/2020, de 9 de abril de 2020, por la que se establecen las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los servicios esenciales para la distribución al por menor de carburantes y combustibles en estaciones de servicio, como consecuencia de la declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria establecida mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se realizan las siguientes consideraciones respecto a tales estaciones de servicio en lo que se refiere a la distribución al por menor de productos petrolíferos, entendiendo por tales combustibles y carburantes de vehículos.

En primer lugar, queda claro su carácter de servicio esencial y en consecuencia la obligación de sus titulares de garantizar tal prestación de servicio de suministro de combustibles y carburantes mientras se mantenga el estado de alarma.

En segundo lugar, se distinguen tres tipos de estaciones de servicios, según criterios fijados en la citada Orden:

- **Estaciones de servicio que deben mantener su calendario y horario de apertura habituales:** El listado de tales estaciones de servicio puede consultarse en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, así como en el sitio web Geoportal Gasolineras (www.geoportalgasolineras.es).

En principio, no cabe la presentación de ningún expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, aunque sí la suspensión de contratos por causas productivas.

No obstante, deberá analizarse caso por caso cada situación y evaluar las consecuencias en la estación de las restricciones en el transporte y la movilidad, posibles faltas de suministro, etc.

- **Estaciones de servicio que pueden flexibilizar sus horarios siempre que mantengan la apertura durante un mínimo de 30 horas semanales de lunes a sábado, con un mínimo de 5 horas diarias.** Cabrá la presentación de expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor que afecten únicamente a aquella parte de la plantilla no necesaria para el cumplimiento del horario de apertura mínimo. El listado de tales estaciones de servicio puede consultarse en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, así como en el sitio web Geoportal Gasolineras (www.geoportalgasolineras.es).
- **Estaciones de servicio que pueden libremente determinar los días y horas de apertura, sin límites mínimos.** Serán todas aquellas estaciones de servicio que no se encuadren en ninguna de las dos categorías anteriores. Cabrá la presentación de expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor que afecten incluso a la totalidad de la plantilla, pues no se han establecido horarios mínimos de apertura. No existe listado a consultar para estas estaciones de servicio, aunque tendrán obligación de publicar el nuevo horario en un lugar suficientemente visible para los vehículos. Para comprobar si se encuadran en esta categoría, deberá consultarse si cumplen alguno de los criterios indicados en los apartados cuatro y cinco de la Orden SND.

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 desgranar 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).²

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**

² Ahora bien, el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, conduce al cese de todas aquellas actividades que no sean consideradas esenciales. En estos casos, habría empresas a las que antes se permitía el funcionamiento parcial y que entre el 30 de marzo y el 9 de abril deban ampliar la suspensión o cesar totalmente su actividad. Podría ser el caso de un archivo o un museo. En estos casos, existiría fuerza mayor derivada del cese de actividades producido como consecuencia del Real Decreto-ley 10/2020.

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 y el anexo de esta última por la Orden 305/2020, de 30 de marzo.

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, 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.

Tal y como se indicó en el apartado 5.1 de este informe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1, segundo párrafo, del Real Decreto-ley 8/2020, en redacción dada por el Real Decreto-ley 15/2020, este supuesto también se aplicaría a los establecimientos dedicados a actividades esenciales, en relación con la prestación de servicios más allá de los mínimos requeridos por la normativa o las autoridades. Este podría ser el caso de las entidades financieras o de seguros o de las clínicas dentales.

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

SECTOR DEL TRANSPORTE

Tanto el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, como el Real Decreto-ley 10/2020, de 27 de marzo, establecen el carácter esencial de diversas actividades de transporte.

Actividad	Base jurídica
Transporte de mercancías en todo el territorio nacional, con objeto de garantizar el abastecimiento y la entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia	Ap. 6 Anexo RDL 10/2020
Servicios de transporte de viajeros que se vengán desarrollando desde la declaración de estado de alarma	Ap. 6 Anexo RDL 10/2020
Distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia	Ap. 24 RDL 10/2020
Servicios de entrega de comida a domicilio	Art. 10.4 RD 463/2020 Ap. 3 Anexo RDL 10/2020

Lo anterior quiere decir que las actividades descritas no pueden dejar de realizarse y, en consecuencia, no podrá haber ERTE de suspensión total de actividades.

Sí es posible, por otra parte, la constatación de fuerza mayor parcial en algunos casos. Particularmente, en el subsector del transporte de viajeros las autoridades competentes han aprobado una amplia variedad de disposiciones para reducir los servicios de transporte de viajeros. A nivel estatal, por ejemplo, la Orden TMA/273/2020, de 23 de marzo, por la que se dictan instrucciones sobre reducción de los servicios de transporte de viajeros y la Orden TMA/306/2020, de 30 de marzo, por la que se dictan instrucciones sobre reducción de servicios de transporte de viajeros durante la vigencia del Real Decreto-ley 10/2020.

Esas disposiciones se han desarrollado posteriormente por las autoridades autonómicas y locales, en sus respectivos ámbitos de competencia, estableciendo reducciones obligatorias de actividad en cada modalidad de transporte.

En consecuencia, debe entenderse producida por fuerza mayor la reducción de la jornada de trabajo de aquellos trabajadores dedicados al servicio de transporte de viajeros, cuando las autoridades competentes han obligado a la disminución de la actividad.

7 SUPUESTOS ESPECÍFICOS

7.1.

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.

7.2. **Fuerza mayor en contratistas y subcontratistas (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 contratistas de un comedor escolar o del transporte escolar (sin perjuicio de lo previsto para las contratistas del sector público).

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.

7.3. 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 suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. Para ello es preciso que la suspensión sea solicitada por el contratista y estimada por el órgano de contratación en el plazo de cinco días naturales desde la solicitud.

En caso de que la solicitud sea estimada y el contrato quede suspendido, 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 y de Seguridad Social del personal afectado por la suspensión del contrato público y durante todo el período de suspensión.

En consecuencia, en los casos en que estos contratos públicos queden en suspenso, 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, por cuanto la empresa sería resarcida por los gastos salariales incurridos.

- 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, en la medida en que el contratista vería resarcidos los gastos salariales por parte de la entidad adjudicataria.

- c) **Contratos públicos de servicios y de suministro distintos** de los referidos en el apartado a) 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) **Contratos públicos de concesión de obras y concesión de servicios.**

Cuando la ejecución del contrato público devenga imposible como consecuencia del COVID-19, el concesionario podrá pedir el reequilibrio económico del contrato. Ese reequilibrio compensará al concesionario por la pérdida de ingresos y por el incremento de costes soportados.

En estos casos, aunque no se contempla una indemnización por los gastos salariales ni por las cotizaciones de Seguridad Social abonadas, se prevé una compensación por la pérdida de

ingresos. De esta manera, si el empresario mantiene de alguna manera sus ingresos, no debería acudir a un procedimiento de regulación temporal de empleo, pues ello derivaría en un enriquecimiento injusto (al mantener sus ingresos y eliminar los gastos), en perjuicio de los trabajadores.

e) Supuestos específicos: contratos de mantenimiento de sistemas informáticos; contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte; contratos de suministro farmacéutico y otros vinculados con la crisis del COVID-19.

Este tipo de contratos tiene un régimen específico en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo. Según este precepto, estos contratos no se rigen por las normas anteriores, sin que se prevea ningún régimen de resarcimiento.

En principio, el propósito es que estos contratos se cumplan en sus propios términos. Dicho lo anterior, 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 siendo imposible, 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.

f) Contratos de seguridad y limpieza.

Se rigen por lo previsto en el artículo 34.6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo. También ha de tenerse en cuenta lo previsto en la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 10/2020, de 31 de marzo.

De acuerdo con estas disposiciones, habrá que estar a las circunstancias concretas del caso, pues hay centros e instalaciones de la Administración que han de permanecer abiertos, mientras que otros quedan cerrados, haciendo imposible la ejecución de los contratos de limpieza o seguridad.

Ahora bien, en los casos de cierre de instalaciones o edificios administrativos, se prevé la suspensión de la contrata y el resarcimiento del contratista, que incluye los gastos salariales y de Seguridad Social del personal afectado por el cierre, en los términos señalados en el



apartado a) anterior. En consecuencia, no debe haber ERTE por fuerza mayor en este tipo de contratos, sino resarcimiento de gastos salariales por parte de la entidad adjudicataria.

5 de mayo de 2020