

ACLARACIONES DE LA DGT SOBRE LOS ERTES POR FUERZA MAYOR

La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social (DGT) ha sido de nuevo interpelada, en esta ocasión, para obtener su opinión acerca de algunas -que no todas- las cuestiones más polémicas que incorpora el Real Decreto-ley 18/2020, opinión que, como hemos reiterado en anteriores circulares, no tiene carácter vinculante sino meramente informativo. Y, lamentablemente, hemos de constatar que, una vez más, algunas de las respuestas de la DGT no son en absoluto claras. Resumimos a continuación el contenido de la contestación a las preguntas formuladas al centro directivo.

- **Libertad para retornar a la actividad**

Se plantea a la DGT si, con motivo de la superación de las sucesivas fases del 'plan de desescalada', el paso de un ERTE por fuerza mayor total a uno parcial es automático -en el sentido de que se van a encontrar en esa situación todas las empresas que, habiendo solicitado un ERTE por fuerza mayor por ver imposibilitada la realización de su actividad con motivo de las medidas de restricción acordadas por el Gobierno como consecuencia de la pandemia, ven ahora autorizado, aunque sea parcialmente, el desarrollo de su actividad- o la vuelta a la actividad y, por tanto, la retirada de trabajadores del ERTE inicialmente autorizado es una decisión que pueden tomar libremente las empresas.

Esta cuestión, tan importante para muchos de nuestros sectores económicos, no recibe de la DGT una respuesta clara, sino que, incluso, incurre en una aparente contradicción pues si bien en un principio parece inclinar la balanza a favor de la libertad empresarial de retornar o no a la actividad en función de las circunstancias en que prevea que va a poder desarrollar esa actividad y, sobre todo, de la estimación económica que dicho retorno represente, lo cierto es que con motivo de la pregunta que resumimos a continuación, podría interpretarse precisamente lo contrario.

Por otra parte, y como era previsible deducir, la DGT manifiesta con rotundidad que la reincorporación de algún trabajador incluido en el ERTE conlleva el paso a la situación de fuerza mayor temporal, independientemente de que ésta se hubiese producido antes del 13 de mayo de 2020, entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020.

ACLARACIONES DE LA DGT SOBRE LOS ERTES POR FUERZA MAYOR

Podríamos entender que nos encontramos ante un supuesto de aplicación retroactiva de una norma peyorativa

- **Situación de las empresas con ERTES parciales 'ab initio'**

Se pregunta a la DGT sobre la situación en la que se encuentran las empresas que solicitaron desde el principio un ERTE por fuerza mayor que, o bien no afectó a toda su plantilla, o bien se trataba un ERTE de reducción de jornada (combinado o no con suspensiones contractuales). Esto es, dichas empresas que han mantenido parcialmente la actividad, ¿se encuentran por ello en situación de fuerza mayor parcial desde la entrada en vigor de la nueva norma?

La respuesta del centro directivo es negativa. Mientras las citadas empresas mantengan sus ERTES en las condiciones en las que fueron inicialmente aprobados, y hasta el próximo 30 de junio, no pasan a situación de fuerza mayor parcial.

- **Posibilidad de retirar temporalmente a trabajadores del ERTE**

El supuesto concreto que se plantea a la DGT es el de que si, ante un previsible incremento de la actividad, es posible retirar a un trabajador de un ERTE o modificar su situación de suspensión de contrato a reducción de jornada, y, con posterioridad, volver a colocarlo en la situación de partida al constatar que no hay carga de trabajo suficiente.

En esta ocasión el centro directivo se muestra tajante al afirmar que sí es posible 'desafectar' y 'afectar' nuevamente a trabajadores en las circunstancias descritas, con el límite temporal del 30 de junio, y siempre que la empresa no haya comunicado a la autoridad laboral su renuncia total al ERTE.

**Se adjunta a la presente circular texto literal del criterio interpretativo de la DGT



MINISTERIO DE TRABAJO Y
ECONOMÍA SOCIAL

SECRETARÍA DE ESTADO DE
EMPLEO Y ECONOMÍA SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE
TRABAJO

O F I C I O

S/REF:

N/REF: DGT-SGON-962CRA

FECHA :19.05.2020

ASUNTO: CONSULTA SOBRE EL REAL DECRETO-LEY 18/2020

DESTINATARIO: RICARDO GABALDÓN GABALDÓN

Que se reciben diversas consultas del presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, a través de su Presidente en relación con el concepto de la fuerza mayor recogido en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo.

1. La Dirección General de Trabajo tiene entre sus funciones la elaboración de informes y consultas relativas a la interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas de su competencia, conforme a lo previsto en el artículo 3.1.o) del Real Decreto 499/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Economía Social, y se modifica el Real Decreto 1052/2015, de 20 de noviembre, por el que se establece la estructura de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social en el exterior y se regula su organización, funciones y provisión de puestos de trabajo., pero esta función se ejerce en términos generales y no en relación con un supuesto de hecho determinado, cuyas circunstancias concretas y particulares pudieran determinar una solución diferente.

2. En cuanto a la consulta se refiere a diferentes aspectos sobre el concepto de fuerza mayor vinculada al COVID-19 durante la fase de desconfinamiento, así:

- Si puede entenderse en ERTE total la empresa que no desafecte a partir de la entrada en vigor del RDL, independientemente del número de trabajadores de la empresa, es decir si están o no en el ERTE, y de que haya o no desafectado a trabajadores con anterioridad.

- ¿Como se entiende la expresión “que impidan el reinicio de su actividad”? ¿Puede entenderse en fuerza mayor total las empresas que pese a poder reiniciar su actividad deciden no hacerlo por razón de las circunstancias que acompañan al reinicio?

- La empresa que desde el comienzo han aplicado un ERTE de fuerza mayor por reducción ¿pasa a considerarse en fuerza mayor parcial?

3. Tal y como se ha dicho en criterios interpretativos anteriores, la fuerza mayor vinculada al COVID-19 presenta unos perfiles y características singulares que la apartan-en cierta manera- de la fuerza mayor en su concepción “clásica” u ortodoxa.

Este régimen jurídico singular se basa en las siguientes premisas:

www.mitramiss.gob.es
dge-direccion@mitramiss.es
Código DIR3: E05040301

C/ PÍO BAROJA, 6
28071 MADRID
TEL: 91 363 18 00
FAX: 91 363 20 38

CSV : PTF-5ec6-1ca6-4bb8-1761-460f-8e98-3fd9-9c1f

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : <https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm>

FIRMANTE(1) : VERONICA MARTINEZ BARBERO | FECHA : 28/05/2020 23:19 | Sin accion especifica | Sello de Tiempo: 28/05/2020 23:19



1º La agilización y flexibilidad en su tramitación, así el artículo 22.2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo habla en su letra c) de que: "la resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor."

2º Un régimen causal concreto basado en la incidencia de una crisis epidémica y la adopción necesaria de medidas de restricción por razones sanitarias.

3º Su naturaleza estricta e inherentemente coyuntural, pero no sólo eso a diferencia de otras formas o sucesos clásicos de este elemento obstativo, presenta un carácter cambiante porque cambiantes son asimismo las circunstancias y las decisiones gubernativas que pueden determinar la reanudación de actividades, e incluso es posible, aunque no deseable, un retroceso según las indicaciones y estimaciones de las autoridades sanitarias.

De ahí que la causa, aunque sea siempre la misma en su fundamento y naturaleza, pueda ser diferente en su intensidad, en su alcance y en sus efectos.

4º Pero además hay que contar con que tales decisiones vuelcan sus efectos en las empresas, de manera que una vez restablecidas ciertas pautas de actividad, hay que **recuperar tanto criterios de seguridad jurídica como criterios de utilidad social, elementos adicionales propios del ámbito laboral.**

Es por tanto necesario subrayar e insistir una vez más y en línea con lo expresado en la exposición de motivos del real decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, que el objetivo del mismo es triple:

- a) garantizar la estabilidad de los puestos de trabajo;
- b) ser un elemento de utilidad para recuperar el empleo restableciendo las rentas salariales;
- c) evitar la destrucción del tejido empresarial.

En definitiva, a una situación de emergencia sanitaria que ha llevado a una interrupción sin precedentes de la actividad productiva en todos los sectores, sucede sin solución de continuidad una situación de emergencia social donde las medidas de suspensión y reducción **de jornada y todas las medidas complementarias de sostén y racionalidad no sólo permiten superar -como en su concepción clásica- una situación de "dificultad" coyuntural, sino que apuntalan la propia recuperación y pervivencia del empleo y de las empresas.**



Así la fuerza mayor en su sentido obstativo viene descrita en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, que se sigue aplicando en sus propios términos y que, en efecto, puede afectar a una parte o la totalidad de la plantilla.

En cambio, la “fuerza mayor total vinculada al Covid durante la fase de desescalada o desconfinamiento” **a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley queda descrita de acuerdo con otros presupuestos.**

Definida a partir de lo anterior- lo previsto en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020- las medidas de suspensión o reducción de jornada se mantendrán hasta el 30 de junio “**en la medida en que las causas referidas en dicho precepto impidan el reinicio de su actividad**”, artículo 1.1 del Real Decreto

Es decir, constatada inicialmente su concurrencia por la autoridad laboral, y en razón a que sus consecuencias impiden el reinicio de las prestaciones laborales, las empresas **continuarán en situación de fuerza mayor total derivada del COVID-19, artículo 1.1 del Real Decreto-ley.**

No hay que olvidar que las medidas adoptadas se refieren a la suspensión y reducción de jornada, es decir, sus efectos se hacen sentir sobre los contratos de trabajo y que el objetivo último es evitar los despidos, respecto de los cuales se mantiene la limitación prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, y que en todo caso, dicha situación se agota o desaparece el día 30 de junio (a salvo de lo previsto en la disposición adicional primera que en este caso se refiere de forma explícita a las restricciones sanitarias).

En relación con la fuerza mayor parcial vinculada al COVID durante la fase de desescalada o desconfinamiento el supuesto se refiere a “desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto **permitan** la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020”., Artículo 1.2 del Real Decreto-ley.

Continúa señalando el precepto: “Estas empresas y entidades deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, **en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada.**”

La fuerza mayor parcial tiene por tanto como elemento nuclear la reincorporación de las personas **trabajadoras afectadas por el ERTE autorizado**, en la medida necesaria y conforme lo permita la recuperación parcial de la actividad, todo ello de conformidad con los efectos que en materia de exoneración de cuotas corresponde interpretar a la TGSS.

Tal y como se declara en la exposición de motivos del real decreto-ley, el objetivo de la norma es “permitir una transición adecuada que posibilite la recuperación gradual de la actividad empresarial y que se desarrolle de forma acompasada con la recuperación de la actividad económica general, contando, para ello, con el estímulo necesario”.



La brevedad del precepto no resta claridad sobre sus elementos ni sobre sus requisitos desde el momento en que el legislador lo que ha pretendido es dar solución a unas circunstancias de imposible previsión- la situación de emergencia sanitaria- no sólo en su acaecimiento sino también en sus efectos, estableciendo que aquellas empresas que se vieron abocadas la adopción de medidas de suspensión o reducción de jornada con arreglo a las causas descritas en el artículo 22.1, deban y puedan recuperar a sus trabajadores, de una manera ágil, con las necesarias garantías y con un control sobre la causa en la medida en que esta persista.

Lo anterior lleva pues a una serie de conclusiones:

a) La fuerza mayor parcial no actúa de forma automática en aquellas actividades económicas que puedan reiniciarse de acuerdo con las Órdenes Ministeriales referentes al proceso de desescalada sino en la medida en que las causas del art. 22 Real Decreto-ley 8/2020 permitan “parcialmente” el inicio de la actividad y las personas trabajadoras afectadas por las medidas de regulación de empleo se reincorporen, incluso antes del 13 de mayo, y la forma o porcentaje en que lo hagan, entendiéndose en otro caso en fuerza mayor total.

b) La fuerza mayor total, a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, se refiere a las empresas que continúan aplicando las medidas autorizadas de suspensión o reducción de jornada, afecte a toda o a parte de la plantilla, en la medida en que las causas referidas en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, impidan el reinicio de su actividad y, en todo caso, hasta el 30 de junio de 2020.

Respondiendo a las concretas consultas las empresas se encontrarán en fuerza mayor total a los efectos del Real Decreto-ley 18/2020 independientemente del número de trabajadores afectados por el ERTE, **no así si hubiesen desafectado a algún trabajador con carácter previo o posterior de acuerdo con el régimen de exoneraciones previsto por la TGSS y sus efectos.**

Así mismo, se encuentran en fuerza mayor total las empresas que continúan aplicando las medidas autorizadas en la medida en que las causas previstas inicialmente impiden a aquellas recuperar su actividad.

4. Es cuanto se informa sobre la cuestión planteada, debiendo entenderse el criterio expuesto con un mero carácter informativo, que no vinculante, como corresponde a las competencias interpretativas de este Centro Directivo, por cuanto la competencia para realizar interpretaciones legales con carácter vinculante se atribuye en exclusiva por nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales.

LA DIRECTORA GENERAL

Verónica Martínez Barbero