Desestimación de ERTes por falta de acreditación de fuerza mayor derivada del COVID-19

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Aunque la definición de una «fuerza mayor laboral» destinada a la tramitación de los ERTes derivados de esta causa resulta novedosa, en algunas ocasiones la aplicación de la misma se rige por criterios interpretativos no del todo desconocidos

1. Con la declaración del estado de alarma y para evitar la masiva utilización del despido colectivo, el Real Decreto-ley 8/2020, 17 de marzo, BOE, 18, facilitó el recurso a los ERTes por fuerza mayor. En su artículo 22 definiría lo que, a los efectos de su regulación, debía considerarse fuerza mayor. De esta forma, las suspensiones de contratos laborales —o las reducciones de jornada— que se acogieran a las medidas establecidas en dicha normativa debían tener «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». De ser así, los ERTes tendrían causa en una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (LET), en el que se contenía (junto con el Real Decreto 1483/2012, 29 de octubre, BOE, 30, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido

colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada) la regulación ordinaria de estos expedientes suspensivos por fuerza mayor.

La principal dificultad de estos expedientes en su régimen ordinario radicaba en dos aspectos; uno, que había que demostrar la existencia de la fuerza mayor; y dos, que había que tramitar un expediente ante la autoridad laboral porque, a diferencia del resto de las suspensiones —o despidos— colectivos se hallaban sometidos a la autorización administrativa de los mismos. Con esta regulación extraordinaria, cambia lo primero, pero no así lo segundo. Y, pese a la «avalancha» de ERTes, la aplicación del silencio administrativo y aun cuando el Ministerio haya anunciado que se «revisarán» con posterioridad aquellos que hayan sido aceptados por esta última vía, esto es, sin la intervención activa de la Administración, lo cierto es que, en aquellos en los que ha sido posible, la autoridad laboral está interviniendo y, en algunos casos, denegando dichos ERTes.

2. En virtud de este artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, el procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. Por lo demás, la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la suspensión contractual o de la reducción de temporal de jornada, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas. 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. El citado informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.

Al margen de algunas especificidades, basadas fundamentalmente en abreviar los plazos de tramitación, el procedimiento de «emergencia» es muy similar al procedimiento «ordinario». Siendo la descripción del contenido de la «fuerza mayor» en el primero lo que diferencia nuclearmente a aquél del procedimiento ordinario. Sin embargo, la definición contenida en el artículo 22 de este Real Decreto-ley 8/2020 no ha conseguido «apartarse» en exceso de la aplicación del concepto de fuerza mayor empleado en la interpretación de los artículos 47 y 51 LET, respectivamente. No en vano, la Administración laboral, acude a dicha interpretación para justificar su actuación al denegar los ERTes. Eso significa que la definición empleada en esta situación «de emergencia» sobre lo que se considera, «a estos efectos», fuerza mayor no está siendo todo lo útil que inicialmente se preveía.

3. Tal vez porque, más allá del alcance que establece el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020 para la fuerza mayor a efectos de su aplicación, se sigan manteniendo los parámetros interpretativos de la fuerza mayor en la extinción —y ahora en la suspensión— de los contratos laborales.

En sus orígenes (sirva de ejemplo el Decreto de 26 de enero de 1944, BOE, 24 de febrero por el que se aprueba el Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo), la legislación laboral no dudó en

reconocer normativamente los supuestos fácticos de generación de fuerza mayor. Y admitía expresamente como tales aquellos que tenían una naturaleza propia de catástrofes naturales como la inundación, terremoto, incendio, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto, sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario no previsto o, a pesar de todo, inevitable (art. 76.6 de la citada Ley de 1944). Pero el Estatuto de los Trabajadores (en sus diferentes versiones desde 1980) optó por no definir el fenómeno, reconociéndolo únicamente como causa de extinción o, en su caso, de suspensión contractual —y después también de reducción temporal de jornada—.

Por eso, en la actualidad, el artículo 49.h) LET admite que el contrato se extinga «por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el artículo 51.7». A su vez, este último, acepta la «existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario....La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor». Y, por su parte, el artículo 47. 3 LET asume que «igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 y normas reglamentarias de desarrollo» porque, a su vez, el artículo 45.1.i) LET no establece reparo alguno para que el contrato se suspenda «por fuerza mayor temporal».

4. Más allá de las circunstancias derivadas de situaciones de catástrofes y sus consecuencias, la existencia de una fuerza mayor como causa, principalmente, de extinción, ha sido considerada de forma dispar por la jurisprudencia social. En ocasiones, porque se ha intentado delimitar los supuestos de fuerza mayor respecto de los de caso fortuito. Así, el orden social distingue entre «la imprevisión e inevitabilidad, fuerza mayor, o en la previsión y evitabilidad, caso fortuito» (STS 22 de diciembre de 1997, Ar. 737/1998, FJ 2).

Si bien, de forma general, se establece una relación de causalidad entre la extinción —o la suspensión— y la fuerza mayor. En este sentido, se estima cómo «en realidad, la fuerza mayor se configura en nuestro Derecho, en el marco de la regulación de los efectos del incumplimiento del contrato (artículo 1105 del Código Civil en relación con los artículos 1101, 1102, 1103 y 1104 del mismo texto legal) como un criterio de imputación (fuerza mayor y caso fortuito frente a culpa y dolo). Aquí, sin embargo, no opera la fuerza mayor dentro del enjuiciamiento de un incumplimiento contractual, sino en la apreciación sobre la existencia de una causa de extinción del contrato de trabajo, en la que ese elemento debe valorarse a efectos de determinar la norma aplicable. En este sentido...lo que hay que determinar es si concurren los dos elementos que configuran el supuesto extintivo específico de los artículos 49.h) y 51.12 del Estatuto de los Trabajadores: la imposibilidad definitiva de la prestación de trabajo y el carácter de fuerza mayor de la acción que la determina...De esta forma, la fuerza mayor, a los efectos de los artículos 49.h) y 51.12 del Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse como la actuación de causa extraña al empresario, es decir, como la acción de elementos exteriores que quedan fuera de su esfera de control...Pero el que se trate de un hecho independiente de la voluntad del empresario no implica que se trate de fuerza mayor, porque lo relevante no es la voluntariedad

en cuanto a la producción de la causa —normalmente, tampoco son voluntarias otras causas empresariales no incluíbles en la fuerza mayor y que un autorizado sector de la doctrina científica denomina incluso fuerza mayor impropia—, sino su carácter previsible y evitable (STS 8 de julio de 2008, Ar. 4455, FJ 2).

Excluyendo de tal consideración toda aquella circunstancia derivada de un comportamiento negligente o culpable del empleador. Y, así, se afirma que *«ha de entenderse por fuerza mayor, y por ende, por "situación extraordinaria", un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable, requisitos éstos, que no concurren en el presente caso...(pues) era previsible y enteramente imputable a la empresa, ya que, pudiendo solicitar un aplazamiento que le autorizara para pagar las cuotas fuera del plazo reglamentario de ingreso, y que así se la pudiera considerar, en tanto se cumplieran las condiciones requeridas, al corriente respecto de las deudas aplazadas..., la empresa no se planteó solicitar dicho aplazamiento hasta finales del mes de abril de 2011, esto es, cuando ya había incurrido en la infracción, y ello no porque quisiera estar al corriente en el pago de la cuotas, como era su obligación, sino porque advirtió que la Tesorería General de la Seguridad Social había trabado embargo sobre sus cuentas bancarias» (STS 22 de julio de 2015, Ar. 4723, FJ 3). Por esta razón, «la conducta sancionable se caracteriza por la falta de ingreso de las cuotas en tiempo y forma; y es ésta una conducta que resulta plenamente acreditada en este caso dado el propio reconocimiento de la parte actora...La alegación de una evidente situación de cúmulo de deudas no puede servir para aplicar tales eximentes. De un lado, no pueden servir para afirmar la concurrencia de fuerza mayor, la cual se define tradicionalmente como un acontecimiento extraordinario, irresistible e imprevisible, y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia» (STS 8 de octubre de 2019, Ar. 4432, FJ 4).*

5. Diseccionando el contenido otorgado por el artículo 22 de este Real Decreto-ley 8/2020 al concepto de fuerza mayor, a estos efectos, habría que precisar que su extensión es amplia. Y, así, el empresario podrá demostrar que las pérdidas de su actividad tienen como «causa directa» la situación derivada del COVID-19; también puede recurrir a la declaración del estado de alarma en cuanto contribuya a suspender o cancelar su actividad [por 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]. Asimismo, podrá basar esta causa en la 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.

Recurrir, por tanto, a las mismas exigencias que ha venido empleando la jurisprudencia social para delimitar un concepto que antes no tenía una definición, puede resultar desproporcionado. Eso no significa que el empleador no deba demostrar que existe una causa que justifique la suspensión de los contratos de los trabajadores. Pero, quizá, no con el mismo perfil descrito en las resoluciones judiciales expuestas.

Porque, de lo contrario, podríamos encontrarnos con un problema, el de no poder distinguir entre los ERTes del artículo 22 del Real Decreto-ley 18/2020 y de los del artículo 23 de dicha norma. Estos últimos, previstos para aquellos supuestos en los que la empresa decida una suspensión de contrato o reducción de jornada «por causas económicas, técnicas, organizativas y de

producción relacionadas con el COVID-19». Y, como, ya desde antiguo, precisara la jurisprudencia social «no cabe contraponer de manera simplista la fuerza mayor a las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. En efecto, como señala el propio artículo 49.h) del Estatuto de los Trabajadores, la fuerza mayor no es causa extintiva en sí misma, sino un acontecimiento susceptible de provocar esa causa, que el precepto citado identifica como una imposibilidad definitiva de la prestación de trabajo, pero que también podría dar lugar a una situación económica negativa o a dificultades de funcionamiento de la empresa que justificasen la medidas técnicas u organizativas, que, en definitiva, se traducen, según el esquema legal, en la necesidad de amortizar determinados puestos de trabajo» (STS 8 de julio de 2008, Ar. 4455, FJ 2).

6. Conviene precisar que, además de la norma en cuestión —principalmente, el artículo 22 Real Decreto-ley 8/2020—, la interpretación sistemática obliga a tener en cuenta algunos elementos importantes en su aplicación. Por una parte, que el propio legislador acaba de precisar en el Real Decreto-ley 15/2020, 21 de abril, BOE, 22 que *«la fuerza mayor definida en este precepto, por lo tanto, no está configurada por referencia a la construcción doctrinal y clásica de dicho concepto en nuestro ordenamiento civil. Se trata de un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediabilmente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes a la que se enfrentan nuestro país y todo el planeta»* (Exposición de Motivos). Por otro lado, que esta misma norma, el Real Decreto-ley 15/2020, instauro la figura de la «fuerza mayor parcial», posibilitando que la fuerza mayor sea una «causa» que no se extienda a las «consecuencias» empresariales que afectan a la plantilla porque parte de que esta última podrá no encontrarse afectada por las mismas (artículo 22.1). Se trata de *«circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por la ley»* (Exposición de Motivos). Y, finalmente, porque cuando, en el Real Decreto-ley 11/2020, 31 de marzo, BOE, 1 de abril, se introduce una nueva legislación sobre los ERTes en las empresas concursadas (Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 8/2020), el legislador confiesa cómo la coyuntura económica constituye un obstáculo para la viabilidad de estas empresas por lo que deberán beneficiarse de esta nueva legislación laboral de emergencia. En concreto, de la posibilidad de acceder a los ERTes con una tramitación más ágil, *«prácticamente inmediata en caso de fuerza mayor»*, garantizado el acceso a los mismos.

En consecuencia, la combinación entre la nueva regulación y la antigua aplicación no parece ajustarse ni a la pretensión legislativa ni a la realidad aplicativa. Se trata de una solución coyuntural —una regulación temporal— que deberá venir avalada por alguno de los condicionantes «extraordinarios» que señala la norma, y no por las exigencias «ordinarias» hasta el momento consideradas para interpretar la fuerza mayor en los supuestos extintivos o suspensivos del contrato de trabajo.