



DOSSIER. Medidas económicas y sociales. Especial desescalada.

Actualización
diaria



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

LABORAL

Las novedades de esta semana en materia laboral son: las propuestas normativas para regular el teletrabajo y el trabajo en plataformas. Anuncio de desarrollo reglamentario de los planes de igualdad y un nuevo boletín de Noticias RED continúan proporcionando criterios interpretativos. Además, los juzgados van matizando el concepto de fuerza mayor.

1. Sometida a consulta pública la Futura «Ley de Teletrabajo»

El Ministerio de Trabajo está sometiendo a consulta pública previa la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia. Sin perjuicio de las ventajas de dicho sistema, el Ministerio destaca que también presenta posibles inconvenientes como son la necesidad de protección de datos, las brechas de seguridad, el tecnoestrés, el horario continuo, la fatiga informática, la conectividad digital permanente, el mayor aislamiento laboral, la pérdida de la identidad corporativa, las deficiencias en el intercambio de información entre los trabajadores presenciales y los trabajadores a distancia y el traslado a los empleados de costes de la actividad productiva sin compensación alguna, entre otros. El plazo para la presentación de aportaciones termina el día 22 de junio de 2020.

Necesidad y oportunidad

La norma proyectada es necesaria para desarrollar y concretar las disposiciones legales que permitan garantizar un régimen jurídico seguro y suficiente sobre estas formas de prestación y organización del trabajo por cuenta ajena, completando el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, así como la limitada vigencia de artículo 5 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 relativo al carácter preferente del trabajo a distancia.

Problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma.

El impacto real de estas formas de prestación u organización del trabajo se ha visto incrementada de manera exponencial por el impacto de la pandemia del COVID-19, lo



que ha puesto de manifiesto sus ventajas y debilidades, así como la necesidad de que se aborde su regulación desde un marco jurídico de seguridad, certeza y transparencia.

El trabajo a distancia en su concepción clásica de trabajo a domicilio como aquel que se realiza fuera del centro de trabajo habitual y sin el control de la empresa y vinculado a sectores y ámbitos geográficos muy concretos se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías.

En la actualidad más que trabajo a domicilio lo que existe es un trabajo remoto y flexible que permite que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia del trabajador en el centro de trabajo.

Esta virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos, lo que sin duda trae consigo notables ventajas, entre otras, mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; conciliación de la vida laboral, personal y familiar, reducción de costes en las oficinas y ahorro de costes en los desplazamientos, productividad, racionalización de horarios; compromiso y experiencia del empleado, atracción y retención de talento, inserción laboral de personas con movilidad reducida y con responsabilidades familiares y reducción del absentismo.

Sin embargo, también presenta posibles inconvenientes: protección de datos, brechas de seguridad, tecnoestrés, horario continuo, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, pérdida de la identidad corporativa, deficiencias en el intercambio de información entre los trabajadores presenciales y los trabajadores a distancia y traslado a la persona trabajadora de costes de la actividad productiva a la persona trabajadora sin compensación alguna, entre otros.

Objetivo de la norma

Se trata de proporcionar una regulación suficiente que dé respuestas a diversas necesidades, equilibrando el uso de estas nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena y las ventajas que suponen para empresas y personas trabajadoras, de un lado, y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos

máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento.

El objetivo es procurar igualmente certezas para personas trabajadoras y empresas sobre la utilización del trabajo a distancia incluida dentro del derecho de conciliación, incluyendo los requisitos necesarios para un ejercicio equilibrado y corresponsable entre mujeres y hombres.

Por último, es necesario introducir los elementos precisos para asegurar que el mtrabajo a distancia y el empleo de los dispositivos digitales y otras formas de trabajo en red, no supongan una desprotección o merma de los derechos a la mprivacidad, sin perjuicio de las formas de control empresarial que puedan ejercerse de acuerdo con las exigencias de la LOPDGDD y el ET.

Se define el teletrabajo como una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales.

Se destacan ámbitos en los que es preciso tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo

a) El carácter temporal del teletrabajo: El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario de que se trate. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del trabajador o es posible aceptarlo voluntariamentedespués. En ambos casos el empresario facilita al teletrabajador la información escrita pertinente.

b) Las condiciones de empleo: los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales de la empresa. Esos derechos están garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables. Podrían ser necesarios acuerdos específicos para tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo.

c) La protección de los datos: y el ámbito de la vida privada: corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales.



- d) Los equipos para la actividad: por lo general, el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo.
- f) La salud y la seguridad: el empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador con arreglo a la Directiva 89/391/CEE y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes.
- g) La organización del trabajo: en el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las normas laborales aplicables, corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo.
- h) La formación de los teletrabajadores: los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los demás trabajadores.
- i) Los derechos colectivos de los teletrabajadores: los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que realizan su tarea en los locales de la empresa. No deberá obstaculizarse la comunicación con los representantes de los trabajadores.

2. Sometida a consulta pública la futura regulación del «trabajo de plataformas».

El Ministerio de Trabajo ha sometido a consulta pública la regulación de la prestación de servicios relacionados con las plataformas *online*. Para el Ministerio, el uso de medios tecnológicos o digitales no puede desvirtuar la naturaleza de la actividad prestada, ni todas las actividades prestadas con el apoyo de instrumentos digitales responden a los mismos presupuestos ni tienen el mismo objetivo. Mantiene que los nuevos modelos de negocio *online* deben estar sometidos a las mismas reglas que los modelos de negocio clásicos y que existe la necesidad de articular de manera segura para los distintos sujetos implicados, una realidad económica nueva que debe garantizar la protección de quienes son trabajadores, aun cuando puedan prestar servicios de un modo que se aparta del tradicional -trabajo esporádico o intermitente, sin un lugar físico determinado, sin jornada ni horario preestablecido, con una retribución por hora de

trabajo-, pero que están o pueden estar sometidos al control de la prestación, a un poder informático y tecnológico de nivel superior sobre los procesos y los resultados.

De conformidad con lo previsto en el art. 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se somete a consulta pública previa la elaboración del proyecto normativo sobre las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia.

Antecedentes de la norma

En el ámbito comunitario la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 sobre el caso UBER establece, por vez primera, elementos de importancia que debe ser convenientemente sopesados en otros modelos de negocio distintos de los tradicionales que utilizan de manera prioritaria nuevas tecnologías, señalándose entre otras razones de peso, la condición de imprescindible del medio tecnológico para la prestación del servicio, así como el factor de la influencia decisiva sobre los factores de organización y ejecución del servicio.

Asimismo, la reciente Directiva sobre condiciones transparentes y previsibles Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, pone de manifiesto la preocupación por las fórmulas atípicas, entre ellas las que son producto del uso de las nuevas tecnologías, y señala como objetivo prioritario la mejora de las condiciones de trabajo promoviendo un empleo más transparente y previsible, así como garantizar la adaptabilidad al mercado de trabajo.

Subraya además la necesidad de que el uso de las nuevas formas de trabajo no deje de implicar el reconocimiento de unos derechos mínimos asociados a la condición de trabajador por cuenta ajena, sobre la base de que la falta de previsibilidad y transparencia sobre las condiciones de trabajo no puede ser confundida con una supuesta libertad del trabajador en la prestación de su trabajo.

En la actualidad, la Comisión Europea ha iniciado en junio de 2020 una consulta pública sobre la Ley de Servicios Digitales en donde además del objetivo de garantizar la seguridad en la prestación de los servicios, la Comisión ha aprovechado la oportunidad para celebrar consultas sobre otras cuestiones emergentes relacionadas con



las plataformas en línea, por ejemplo, las oportunidades y los desafíos que enfrentan los trabajadores autónomos en la prestación de servicios a través de plataformas en línea.

En el ámbito interno, existen numerosas sentencias, entre otras, la sentencia de 25 de julio de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que ponen de manifiesto la necesidad de una solución definitiva respecto de una situaciónel uso de plataformas- que puede comprender supuestos diferentes y que pueden agruparse conforme a unas notas básicas que constituyen su común denominador, en torno al concepto del “soft control”.

Problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma.

El uso de medios tecnológicos o digitales no puede desvirtuar la naturaleza de la actividad prestada, ni todas las actividades prestadas con el apoyo de instrumentos digitales responden a los mismos presupuestos ni tienen el mismo objetivo.

Por esta razón es necesario distinguir entre las empresas tecnológicas que se limitan a propiciar un punto de encuentro entre demandantes y ofertantes de un servicio, sin intervención alguna en las condiciones o términos de dicho encuentro, o los profesionales que en el ejercicio de su prestación autónoma desempeñan su actividad a través de medios tecnológicos sin necesidad de apoyarse en elementos estructurales complejos, y los modelos de negocio representados por otro tipo de empresas, que prestan servicios a terceros con arreglo a unas condiciones específicas.

Hay que partir, por tanto, de una premisa fundamental para adoptar una decisión equilibrada y es que los nuevos modelos de negocio on line deben estar sometido a las mismas reglas que los modelos de negocio clásico, lo que podríamos denominar como equiparación entre los modelos de producción clásicos o tradicionales y los nuevos modelos tecnológicos o informáticos.

De ahí la necesidad de articular de manera segura y con las certezas necesarias para los distintos sujetos implicados, una realidad económica nueva que debe garantizar la protección de quienes son trabajadores, aun cuando puedan prestar servicios de un modo que se aparta del tradicional -trabajo esporádico o intermitente, sin un lugar físico determinado, sin jornada ni horario preestablecido, con una retribución por hora de trabajo-, pero que están o pueden estar sometidos al control de la prestación, a un poder informático y tecnológico de nivel superior sobre los procesos y los resultados.



Necesidad y oportunidad

La norma proyectada es necesaria para asegurar la protección laboral de las personas trabajadoras en plataformas digitales.

La propuesta se alinea con las posiciones de la OIT y de la ONU sobre trabajo con derechos; con la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, así como con soluciones internacionales como la ofrecida por la Ley de California. Asimismo, se apoya en los antecedentes judiciales y en el trabajo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La cobertura y protección de las personas trabajadoras por cuenta ajena a través de estos modelos de negocio es capital, puesto que la distinción entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia lleva consigo la aplicación de regímenes jurídicos distintos basados en el reconocimiento de situaciones subjetivas concretas.

Estas condiciones son, entre otras, la garantía de un salario cuyo suelo viene determinado por una norma legal, un tiempo de trabajo máximo junto a periodos mínimos de descanso, los derechos asociados a la extinción del contrato de trabajo, el derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables, el ejercicio de derechos colectivos con las garantías de indemnidad precisas, entre otras.

Objetivo de la norma

Se trata de proporcionar una regulación suficiente que dé respuestas adecuadas al fenómeno descrito aclarando las notas de laboralidad y distinguiendo lo accesorio o instrumental- el uso de los medios tecnológicos- de lo esencial- la existencia de auténticas relaciones subordinadas y dependientes prestadas dentro del círculo rector y organizativo de la empresa, evitando el uso desproporcionado de soluciones judiciales a veces contradictorias, con la inseguridad jurídica y la desprotección que esto genera para las personas trabajadoras afectadas.

Esto permitirá igualmente diferenciar el régimen jurídico de situaciones que tienen como único denominador común el uso de plataformas o medios digitales, pero en las que concurren aspectos esenciales diferenciados, potenciando un uso seguro de las nuevas tecnologías como fórmulas flexibles de prestación del trabajo por cuenta propia, con el valor añadido de una descentralización productiva eficiente y cualificada que se

encuentra en la base misma del desarrollo de trabajos susceptibles de ser desempeñados en régimen de autonomía, y que no es posible asumir por parte de las empresas.

3. Se retoma el desarrollo de los reglamentos de igualdad.

Los proyectos de reales decretos para regular los planes de igualdad y su registro, así como para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, incorporan una mayor participación e involucración de los representantes de los trabajadores. Así, entre otros, se introduce la obligación de la consulta a la representación legal de los trabajadores con carácter previo a la elaboración del registro retributivo o la creación de una comisión *ad hoc* para negociar los planes de igualdad cuando la empresa no cuente con representación de los trabajadores.

https://www.tirantonline.com/resources/DGSO_1455RD_10_20200611_TextoProyecto_gabinete_empleo_0.pdf

4 Se publica un nuevo boletín de Noticias RED.

Pese a no contar con validez legal ni carácter vinculante, la nueva entrega del **boletín de Noticias RED de fecha 5 de junio** de 2020, emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, sigue proporcionando claves interpretativas ante la incertidumbre en la aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social aprobada en el contexto del COVID-19. https://www.tirantonline.com/resources/DGSO_1455-BNR142020_0.pdf

5 . Juzgado de lo Social, de 05/05/2020 RES:110/2020 REC:235/2020

Jurisdicción: Social

Origen: Juzgado de lo Social

Fecha: 05/05/2020

Tipo resolución: Sentencia **Sección:** Primera

Número Sentencia: 110/2020 **Número Recurso:** 235/2020

TOL: 7.966.995

Ecli: ES:JSO:2020:1831

Fuerza mayor; se estima que la empresa demandante puede acogerse al ERTE por fuerza mayor, en este caso parcial, respecto de la parte de la plantilla o de la actividad no afectada por el carácter esencial, **porque aun cuando la venta minorista de equipos de telecomunicación sea una actividad esencial y permitida, es evidente que al no tratarse de productos de primera necesidad, el volumen de su actividad se habrá visto sustancialmente disminuido por un acontecimiento externo y extraño al círculo de la empresa,** de carácter objetivo e independiente de la voluntad de ésta respecto de las consecuencias que acarrea, en orden a la prestación de trabajo, existiendo una desconexión entre el evento dañoso, como es el COVID-19 y el área de actuación de la propia empresa.

(...)

TERCERO.- La pretensión formulada en la demanda origen de este proceso viene como decimos a impugnar la resolución administrativa que considera que no concurre la fuerza mayor invocada por la empresa para justificar el Expediente de Regulación Temporal de Empleo, por el que se pretendía la suspensión temporal del contrato de 17 de los 25 trabajadores de la empresa.

La resolución administrativa impugnada denegaba como decimos la solicitud de la empresa, remitiendo directamente para su impugnación a la parte interesada, ante la jurisdicción social. Ello nos lleva a plantear en primer lugar, si con carácter previo era necesario el agotamiento de la vía administrativa, aun cuando no se alegara por la parte demandada en el acto del juicio, al ser una cuestión de orden público y apreciable de oficio.

La demandada inicial de este proceso no hacía una referencia expresa a la modalidad procesal por la que habría de tramitar su pretensión, pero al amparo de lo dispuesto en el artículo 102-1 de la L.R.J.S ., se dio al procedimiento la tramitación correspondiente a la pretensión ejercitada, que en este caso era la de impugnación por parte de la empresa de un acto administrativo, en concreto el denegatorio del ERTE por fuerza mayor,

procedimiento que es el del artículo 151 de la L.R.J.S. Este precepto en su apartado 2 dispone que "Con la demanda deberá acreditarse, en su caso, el agotamiento de la vía administrativa en la forma y plazos que correspondan según la normativa aplicable a la Administración autora del acto, en la forma establecida en el art. 69 de esta Ley ". En este caso lo que se impugna como decimos es la denegación del ERTE por fuerza mayor, lo que nos remite a la normativa específica que lo regula, el Real Decreto 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los **procedimientos de despido colectivo** y de suspensión de contratos y **reducción de jornada**. En su artículo 33.3 establece que "La resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa", y en su apartado 4 que "en el supuesto de que, instruido el procedimiento, no se haya constatado la existencia de la fuerza mayor alegada, se podrá iniciar el oportuno **procedimiento de despido colectivo** o de suspensión de contratos o **reducción de jornada**, de acuerdo con lo establecido en el Título I". En su apartado 5 expresamente dispone que "Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, la resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor por la empresa podrá ser impugnada por el empresario ante la jurisdicción social", ya que desde la entrada en vigor de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la competencia para conocer en vía judicial de la impugnación de la resolución administrativa pasó a ser del orden jurisdiccional social, artículo 2 -n), en lugar del orden contencioso-administrativo que era el competente hasta ese momento.

Del tenor de dichos preceptos, se infiere que la empresa ante la denegación de la fuerza mayor, puede acudir a la jurisdicción social para impugnar dicho acuerdo, para lo que no es obstáculo que además haya iniciado un procedimiento de suspensión de contratos por causas económicas, técnicas organizativas o productivas como ha ocurrido en este. Por otro lado, de dicho precepto podría deducirse que contra dicha resolución, denegatoria de la fuerza mayor, no es necesario interponer previo recurso ante el órgano administrativo competente, sino que queda abierta de forma directa la vía judicial, a diferencia de lo que ocurría con el anterior Real Decreto 81/2011 de 10 de junio regulador de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, que si establecía una previsión expresa a este respecto, en su artículo 27 al disponer que contra la resolución de la autoridad laboral se podía

interponer recurso de alzada en los términos previsto en su artículo 20.

En el marco normativo ahora vigente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 151-2 de la L.R.J.S ., el agotamiento de la vía administrativa previa, constituye un presupuesto consustancial a la modalidad procesal que se regula, salvo en los supuestos legalmente exceptuados, entre los que no figura de forma expresa el que ahora nos ocupa, lo que lleva a pensar que efectivamente es preceptivo el agotamiento previo de la vía administrativa, a través del oportuno recurso de alzada, y en este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de febrero de 2014, recurso 56/2014 .

No obstante, en el supuesto que aquí nos ocupa, concurre una circunstancia especial, cual es que la resolución administrativa impugnada, no hacía mención alguna a la necesaria formulación de recurso de alzada sino que remitía directamente para su impugnación al orden jurisdiccional social.

Sobre esta cuestión la reciente sentencia nº 112/2019 de 3 de octubre de 2019, del Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de otorgar amparo al demandante, por considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la C.E ., al inadmitir un recurso contencioso-administrativo fundamentado en no haber agotado la vía administrativa por no interponer el preceptivo recurso de alzada. El Tribunal Constitucional considera que la resolución recurrida no fue notificada correctamente dado que carecía de la necesaria indicación de los recursos procedentes frente a dicho acto, y concluye en la sentencia afirmando que la ausencia de dicho contenido en el acto notificado no puede perjudicar al derecho a interponer recurso y acceder a la jurisdicción. Considera el Tribunal Constitucional, que la Administración no puede beneficiarse de sus propias irregularidades en detrimento de los derechos de los afectados por la resolución.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, como la resolución administrativa impugnada no hacía mención expresa a que debía formularse recurso de alzada previo, la ausencia de dicho requisito no puede perjudicar al derecho de la empresa de acceso a la jurisdicción, y en consecuencia no cabe apreciar en este caso, la falta de agotamiento

de la vía administrativa previa.

CUARTO.- Entrando en el fondo del asunto, como decimos en este caso se impugna por la parte actora, la resolución administrativa que deniega la concurrencia de fuerza mayor en relación al ERTE planteado por la empresa.

El artículo 47.3 del ET , dispone que 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.

El artículo 51.7 del E.T., que regula el **despido colectivo**, por su parte, establece que "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".

El desarrollo reglamentario a que hace referencia el citado precepto, se llevó a cabo a través del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los **procedimientos de despido colectivo** y de suspensión de contratos y **reducción de jornada**. Dicho texto legal regula por un lado el **procedimiento de despido colectivo** y de suspensión de contratos y **reducción de jornada** por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y por otro lado, estos mismos procedimientos cuando derivan de fuerza mayor. Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto, "la diferencia esencial es que mientras los procedimientos derivados de fuerza mayor tienen por finalidad el obtener un pronunciamiento de la autoridad laboral consistente en la constatación del hecho constitutivo de la misma y son, por ello, procedimientos administrativos, los primeros no persiguen una respuesta de una autoridad administrativa, como sucedía en la regulación anterior, sino sobre todo establecer las peculiaridades de un proceso esencialmente bipartito, tal como lo dibuja la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los **despidos colectivos**, y en el que la autoridad laboral no juega un papel decisorio, como sucedía hasta la entrada

en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero".

En su Título II regula la extinción y suspensión de relaciones de trabajo y **reducción de jornada** por fuerza mayor, y el artículo 33 dispone: "1. La autoridad laboral competente recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y realizará o solicitará cuantas otras actuaciones o informes considere indispensables, dictando resolución en el plazo máximo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. 2. En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a ésta y a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día. 3.

La resolución de la autoridad laboral 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 o 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. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. 4. En el supuesto de que, instruido el procedimiento, no se haya constatado la existencia de la fuerza mayor alegada, se podrá iniciar el oportuno **procedimiento de despido colectivo** o de suspensión de contratos o **reducción de jornada**, de acuerdo con lo establecido en el Título I. 5. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, la resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor por la empresa podrá ser impugnada por el empresario ante la jurisdicción social. 6. Los trabajadores podrán impugnar la decisión empresarial sobre la extinción de contratos o las medidas de suspensión de contratos o **reducción de jornada** en los términos establecidos en los artículos 15 y 24".

Junto a la normativa expuesta, que es la que regula el expediente de suspensión de contrato por causa de fuerza mayor, han de tenerse presentes, las novedades introducidas a raíz de la crisis sanitaria provocada con el COVID-19, que llevó a la promulgación del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo que decretó el estado de

alarma en el que estamos sumidos. Tras su entrada en vigor, si una empresa se ve en la necesidad de suspender su actividad de manera total o parcial, ya sea por decisión de las Autoridades Sanitarias, o de manera indirecta por los efectos del coronavirus en el desempeño normal de su actividad, puede hacerlo de acuerdo con los mecanismos previstos en la normativa laboral vigente, y por las causas contempladas en la misma, en concreto en los citados artículos 47-3 y 51-7 del E.T. y en el Real Decreto 1483/2012 , ya sea por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por causa de fuerza mayor.

En el ámbito de las relaciones laborales, y con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y reforzar la protección de los trabajadores afectados, se promulgó el Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En su capítulo II se establecen las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. Como se recoge en su Preámbulo, "El capítulo II establece las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos. Por ello, en primer lugar, se especifica que las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada y se agiliza la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, tanto por fuerza mayor, como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción".

Así, en su artículo 22 establece una serie de medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, y en el artículo 23 en relación a los procedimientos de suspensión de contratos y

reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

Disponía el artículo 22 en su redacción original, vigente en el momento de dictarse la resolución administrativa aquí impugnada: "1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. 2. En los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo con base en las circunstancias descritas en el apartado 1, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes: a) 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. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas. b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas. c) 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. d) El 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...".

En relación con los expedientes de suspensivos y de reducción de jornada derivados del COVID-19, la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ha fijado unos criterios dirigidos a todas las autoridades laborales, en un documento de fecha 19 de marzo de 2020, referencia DGE-SGON-81 1 bis CRA, y en una nota posterior que lo completa, de 28 de marzo, referencia DGE-SGON-841-CRA.

En el primero de ellos, se señala que la fuerza mayor se caracteriza porque consiste en un acaecimiento externo al círculo de la empresa, de carácter objetivo e independiente de la voluntad de esta respecto de las consecuencias que acarrea en orden a la prestación de trabajo, existiendo una desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la propia empresa. Añade que "La fuerza mayor trae consigo la imposibilidad de que pueda prestarse el contenido del contrato de trabajo, ya sea de manera directa o bien de manera indirecta al afectar el suceso catastrófico, extraordinario o imprevisible de tal manera a la actividad empresarial que impida mantener las prestaciones básicas que constituyen su objeto. Conforme al artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo se consideran provenientes de fuerza mayor temporal con los efectos previstos en el artículo 47.3 que remite al artículo 51.7, ambos del Estatuto de los Trabajadores, las suspensiones y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el Covid-19, y de manera concreta las debidas a las siguientes situaciones: a) La declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. En estos casos será necesario acreditar por la empresa que la imposibilidad de seguir prestando servicios- total o parcialmente- está causada por las distintas medidas de contención incluidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

A estos efectos todas las actividades incluidas en el artículo 10 y en el anexo del real decreto antes citado se consideran afectadas, en la medida prevista en el párrafo anterior, por fuerza mayor temporal.

b) Decisiones vinculadas con el Covid-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas. Tales decisiones se entienden ratificadas por la

disposición final primera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y producen los efectos previstos en la mismas.

En este caso es necesario que en la documentación aportada por la empresa se incluya la decisión gubernativa concreta, efectos, publicación y alcance de su contenido, para poder establecer el vínculo causal entre aquella y la medida que se solicita.

c) Las debidas a situaciones urgentes y extraordinarias provocadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo que queden debidamente acreditadas. Cuando se trate de decisiones sanitarias- contagio y aislamiento- será necesario aportar la acreditación de las mismas y el número de personas concretas afectadas.

d) 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 mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del Covid-19. En tales casos se habrá de acreditar la relación causal entre la pérdida de actividad de la empresa y las situaciones objetivas descritas derivadas como consecuencia del Covid-19".

La Nota posterior sobre esta materia de la Dirección General de Trabajo de fecha 28 de marzo de 2020, vino a completar la anterior, ampliando el criterio de la Dirección General y tratando de dar respuesta a una serie de preguntas, y entre ellas la relativa a cuando se entiende concurre la fuerza mayor temporal descrita en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020.

Sobre esta cuestión señala el documento lo siguiente: "El alcance objetivo del artículo 22.1 relativo a lo que se considera fuerza mayor de carácter temporal tiene un doble propósito: a) Incluir aquellos supuestos que deben considerarse fuerza mayor temporal, por entender por razones de seguridad jurídica que satisfacen el concepto clásico de fuerza mayor ya sea en su condición de suceso de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública (situaciones de contagio o aislamiento preventivo decretados por la autoridad

sanitaria) o bien como suspensiones de actividad derivadas de manera directa de las decisiones adoptadas por el Gobierno (artículos 9 y 10 y Anexo del Real Decreto 463/2020 y su modificación por el Real Decreto 465/2020, así como las adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas de acuerdo con la disposición final primera del Real Decreto 465/2020).

Aunque en estos supuestos se mantiene el concepto y los efectos de la fuerza mayor temporal- imposibilidad objetiva, temporal y reversible sobre la prestación-, integran su ámbito objetivo en la medida en que se acredita una u otra condición.

b) Incluir aquellos otros supuestos que a causa del COVID-19, van a traer consigo la mencionada pérdida de actividad. La no inclusión de este supuesto hubiese traído consigo situaciones en las que se hubiese impuesto a las empresas cargas desproporcionadas que en modo alguno pueden enjugarse o reducir sus consecuencias adoptando algún tipo de medida alternativa, existiendo una absoluta desconexión entre el evento del que trae su causa la falta de actividad y el área de actuación de la propia empresa.

No obstante, este supuesto debe satisfacer tres requisitos: 1. Su carácter inevitable sobre la actividad productiva, en el sentido antes apuntado de externo o desconectado del área de actuación de la propia empresa.

2. La imposibilidad objetiva de seguir prestando servicios.

3. El medio instrumental en virtud del cual se producen las anteriores consecuencias tiene que ser de manera necesaria alguno de los mencionados en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley, que se interpretan de manera exhaustiva: - 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.

Fuera de los supuestos anteriores, hay que entender que estamos ante suspensiones o reducciones por causas productivas (o económicas) por más que pudieran existir dificultades objetivas para mantener la actividad productiva, establecer nuevas pautas organizativas, bajadas de clientela o suministros, cuando en este último caso no suponga una dificultad grave.

En definitiva, cualquiera que sea el sector de actividad al que pertenezca la empresa en tanto no incluida en el estado de alarma, ya sea el definido en la actualidad o el que pudiera definirse en un futuro, en tanto no afectada por la situación urgente y extraordinaria, o en tanto no cumpla los criterios establecidos más arriba respecto de lo que se entiende como fuerza mayor por causa del COVID- 19, deberá entenderse como fundado en las causas del 47, en sus apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo seguir los trámites abreviados del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020 ".

De la normativa y de los criterios fijados por la Dirección General de Trabajo que han sido expuestos, lo que se infiere es que el artículo 22 RD-Ley 8/2020 , identificaba por tanto la fuerza mayor con la pérdida de actividad por causa directa por el Covid-19. Lo que se exige, por tanto, es que exista una relación directa entre la pérdida de actividad y el Covid-19, aunque no con la declaración del estado de alarma, de donde cabe deducir que, los supuestos de fuerza mayor son más amplios que los supuestos de pérdida de actividad por la declaración del estado de alarma.

Con posterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto 8/2020, se promulgó el Real Decreto 15/2020 de 21 de abril, publicado al día siguiente en el B.O.E., que modifica el artículo 22 del Real Decreto 8/2020 , en relación al ERTE por fuerza mayor. Señala este nuevo Real Decreto en el apartado V de su Preámbulo que "En el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se adoptaron diferentes medidas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción de la jornada (ERTEs) con el objetivo de evitar que una situación coyuntural como la actual tuviera un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. En el caso de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, la necesidad de acudir a medidas de ajuste en el ámbito laboral viene

impuesta, en muchos supuestos, por las circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa descritas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020 , con ánimo exhaustivo. 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. Define este artículo 22 los supuestos a los que se atribuye de manera objetiva esa condición o carácter involuntario, perentorio y obstativo, correspondiendo a la autoridad laboral constatar la concurrencia de los hechos descritos, el necesario vínculo entre aquellos y la actividad productiva singular de la empresa, así como la proporcionalidad entre las medidas propuestas, en sus términos personales y objetivos, y el suceso configurado como de fuerza mayor.

A diferencia de otros sucesos catastróficos, la fuerza mayor descrita en el artículo 22 del real decreto-ley se vincula a unas circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por la ley; de ahí su definición, los elementos que satisfacen en cada caso la concurrencia de la causa y el papel atribuido a la autoridad laboral. En consecuencia, tal y como se procede a aclarar con la modificación del artículo 22 recogida en el presente real decreto -ley, la fuerza mayor podrá ser parcial. En este sentido, puede esta no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales durante esta crisis, concurriendo la causa obstativa descrita en el artículo 22 en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial".

Con esta premisa, el Real Decreto 15/2020, en su Disposición final octava , da una nueva redacción al tan citado artículo 22-1 del Real Decreto 8/2020 , que pasa a tener el contenido siguiente: «Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en

situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo , se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior 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 definitiva, la reforma operada ha venido a dejar claro que el concepto de fuerza mayor se configura como vinculado de forma directa e irremediable a la situación de crisis sanitaria que sufrimos derivada del COVID-19, apartándose de la definición clásica y doctrinal del concepto en el ordenamiento civil, de manera que podrá ser parcial, y afectar a parte de la plantilla o de la actividad, cuando se trata de empresas cuya actividad se considera esencial.

QUINTO.- Partiendo de la normativa que ha sido expuesta, en el caso que analizamos, la resolución dictada por la autoridad laboral que aquí se impugna, denegó la solicitud de fuerza mayor alegada por la empresa demandante al no estar incluida dentro del campo de aplicación del Real Decreto 463/2020 anexo al mismo y del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. La decisión administrativa se fundamenta en lo recogido en el informe emitido por la Inspección de Trabajo, en el que se expone que la actividad declarada por la empresa en su solicitud es la de comercio menor de equipos de telecomunicaciones, que es también la que figura en la base de datos de la TGSS, en la que la empresa consta inscrita con el CNAE 4742 que se corresponde a esa misma actividad.

El artículo 10 del Real Decreto 463/2020 de 14 de octubre , modificado por el posterior Real Decreto 465/2020 de 17 de marzo, excluye expresamente de la norma general de

suspensión de la apertura al público de locales y establecimientos minoristas, entre otros, los de equipos tecnológicos y de telecomunicaciones.

La empresa aquí demandante en la solicitud inicial presentada ante la autoridad laboral del ERTE por fuerza mayor, expresamente hacía constar que la actividad a la que la empresa se dedicaba era la de "comercio al por menor de equipos de telecomunicación". Se alega en la demanda que la empresa se dedica al comercio al por menor de aparatos de uso doméstico por lo que se encontraría dentro de las actividades suspendidas como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Ahora bien, tal alegación se contradice con lo expresado por la propia empresa en el expediente administrativo, al señalar que el objeto de su actividad era el comercio de equipos de telecomunicación, lo que además se constató por la Inspección de Trabajo en el informe emitido, en el que se recoge que conforme a los datos que constan en la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa figura inscrita con el CNAE 4742, correspondiente a dicha actividad. La empresa además en el ERTE por causas económicas, organizativas y productivas, promovido tras el acuerdo de denegación de la fuerza mayor, dirigió un escrito a la Oficina Territorial de Trabajo, en el que de nuevo señala que la actividad de la empresa es la de comercio al por menor de equipos de telecomunicaciones (CNAE-09 4742), y explica además que se trata de una tienda de móviles MOVISTAR, cuya actividad se concreta en recibir clientes, atender sus consultas sobre el contrato y realizar cambios de compañía (portabilidades) y vender móviles. Frente a ello, lo que no cabe ahora es ir contra sus propios actos y postular que es otra su actividad, lo que por otro lado viene avalado por el hecho de que la suspensión de contratos pretendida no afecta a toda la plantilla, como sería lo lógico de tratarse de un cese total de la actividad empresarial, sino a parte de ella.

En definitiva, estamos ante una empresa cuya actividad está dentro de las consideradas esenciales, y por tanto excluidas del cese de actividad decretado con consecuencia del estado de alarma. Siendo así, la cuestión a solventar es la de si una empresa no afectada por declaración del estado de alarma puede tramitar un ERTE por fuerza mayor, en el contexto generado por el COVID-19. Y la respuesta a esta cuestión ha de ser positiva, porque como ya adelantábamos el artículo 22 del Real Decreto ley 8/2020 identifica fuerza mayor con la pérdida de actividad que tenga su causa directa en el COVID-19,

aunque no la tenga con la declaración del estado de alarma, de manera que el concepto de fuerza mayor específico que se ha configurado, es más amplio que el del cese de actividad motivada por la declaración del estado de alarma.

En definitiva, el artículo 22 del Real Decreto 8/2020 , configura un concepto específico de fuerza mayor que se aparta del tradicional, vinculado a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria a la que nos enfrentamos, definiendo los supuestos a los que se atribuye esta condición. Pero su tenor literal no excluye la posibilidad de que pueda apreciarse la fuerza mayor cuando se trate de una empresa cuya actividad se considere esencial, y así se infiere del texto del artículo 22 cuando habla de "...suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades...". Este extremo ha quedado aclarado después, tras la reforma operada en el artículo 22 por el Real Decreto 15/2020 , que viene a señalar que la fuerza mayor puede ser parcial, es decir, no afectar a toda la plantilla respecto a aquellas empresas que desarrollen actividades consideradas como esenciales durante la crisis, concurriendo la causa de fuerza mayor en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por el carácter esencial.

El referido Real Decreto Ley 15/2020 entró en vigor con posterioridad a que se dictara la resolución aquí impugnada, pero ello no es obstáculo para entender que la empresa demandante no pueda acogerse al ERE por fuerza mayor aun cuando su actividad esté dentro de las consideradas esenciales. Y ello porque la redacción original del tan citado artículo 22 permitía como hemos visto esta interpretación, avalada por los criterios interpretativos fijados por el Ministerio de Trabajo en los documentos a que hemos hecho referencia, y después por la reforma operada que respondía a una finalidad más de aclarar las dudas creadas sobre la materia, que de introducir un cambio en la regulación. Por otro lado, no tendría sentido dar una respuesta diferente, por el simple hecho de que la solicitud se formule antes o después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 15/2020, cuando el contexto en el que se enmarca es el mismo.

En este caso, como la propia demandante tiene reconocido, se trata de tiendas de móviles de la marca MOVISTAR, cuya actividad se concreta en recibir clientes, atender sus consultas sobre el contrato y realizar cambios de compañía (portabilidades), y vender teléfonos móviles. Tenía en plantilla en el momento de la declaración del estado de alarma un total de 25 trabajadores de alta, y lo que pretende la suspensión de los contratos de trabajo de 17 de ellos, de toda la plantilla a excepción de los ocho que ostentan la categoría profesional de comerciales, que son los únicos que continuarían con la prestación efectiva de servicios.

La declaración de estado de alarma ha llevado consigo la suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de las actividades consideradas esenciales. Pero también como consecuencia del estado de alarma, se ha decretado que la permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida, debe ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, artículo 10-2 del Real Decreto 463/2020.

Esta prohibición, consecuencia de la limitación temporal de la libertad de circulación de las personas, que comporta la declaración del estado de alarma, ha supuesto en la práctica una inevitable disminución en la afluencia de clientes a los establecimientos abiertos al público, aun los considerados esenciales, salvo contadas excepciones como podrían ser los establecimientos dedicados al comercio de alimentación, las farmacias o cualquier otro destinado al comercio de productos de primera necesidad.

En atención a los razonamientos que se han expuesto, se debe concluir por estimar que la empresa aquí demandante, puede acogerse al ERTE por fuerza mayor, en este caso parcial, respecto de la parte de la plantilla o de la actividad no afectada por el carácter esencial, porque aun cuando la venta minorista de equipos de telecomunicación sea una actividad esencial y permitida, es evidente que al no tratarse de productos de primera necesidad, el volumen de su actividad se habrá visto sustancialmente disminuido por un acontecimiento externo y extraño al círculo de la empresa, de carácter objetivo e independiente de la voluntad de ésta respecto de las consecuencias que acarrea, en orden a la prestación de trabajo, existiendo una desconexión entre el evento dañoso, como es

el COVID-19 y el área de actuación de la propia empresa.

Consta además acreditado en autos que la operadora MOVISTAR, cuyos productos comercializa la empresa demandante, le ha comunicado un cambio en la gestión de sus productos, como consecuencia del cierre de los puntos de venta, para asegurar los servicios mínimos y de emergencia y garantizar la conexión a sus clientes. Siendo así, y ante el cierre de los establecimientos abiertos al público, que no de la prestación del servicio que continúa de forma telemática, resulta que la medida de suspensión temporal de empleo afecta a trabajadores con la categoría profesional de director administrativo, subdirector, adjunta a la dirección, coordinador de tienda y dependientes, manteniendo la relación laboral respecto a los trabajadores que ostentan la categoría profesional de comerciales. Se trata de un supuesto de fuerza mayor parcial, en el que los trabajadores afectados son aquellos cuya actividad ha cesado como consecuencia del cierre de los establecimientos abiertos al público, y no el resto que son los que pueden continuar realizando su actividad a través del nuevo sistema de gestión y atención a los clientes que no requiere actividad presencial.

En el expediente administrativo, la empresa alegó también la imposibilidad de continuar con la actividad por la existencia de un trabajador de la plantilla, infectado por COVID-19, lo que obligaría a un aislamiento domiciliario del mismo y de sus compañeros. Sin embargo en la demanda formulada no hace referencia alguna a este hecho para fundamentar su impugnación, lo que hace innecesario entrar a analizarla, no existiendo por otro lado acreditación alguna de esta circunstancia, ni constancia del acuerdo de la autoridad sanitaria que haya decretado el cierre de los centros de trabajo por este motivo.

En base a los razonamientos expuestos, procede por tanto la estimación de la pretensión deducida en la demanda, dejando sin efecto la resolución administrativa impugnada, y acordando en su lugar que procede apreciar la concurrencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, lo que sin duda contribuirá a minorar el impacto negativo que esta situación está generando tanto para los trabajadores afectados, evitando la extinción de los contratos de trabajo, como para la empresa contribuyendo a su viabilidad, que era la finalidad pretendida por la normativa específica generada como consecuencia del

COVID-19. La resolución administrativa que se impugna, ha de limitarse conforme dispone el artículo 33-3 del Real Decreto 1483/2012 a constatar la existencia de fuerza mayor, por lo que el fallo de la presente resolución, que deja sin efecto la dictada en el expediente de referencia, ha de concretarse a tal pronunciamiento, constatando la existencia de la fuerza mayor invocada.

18/06/2020



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica