

# ALGUNAS REFERENCIAS AL RDL 18/2020<sup>1</sup>. EN ESPECIAL A LOS CONCEPTOS DE FUERZA MAYOR TOTAL Y PARCIAL<sup>2</sup>

## SOME REFERENCES TO THE RDL 18/2020. IN PARTICULAR TO THE CONCEPTS OF TOTAL AND PARTIAL FORCE MAJEURE

Francisco VILA TIERNO\*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Medidas de flexibilidad para hacer frente a las situaciones de crisis. La extinción de contratos como última ratio. III. El ERTE como modelo de actuación ante una situación coyuntural. IV. La fuerza mayor como causa objetiva al margen de la voluntad de la empresa. V. La fuerza mayor total y parcial. VI. Otras cuestiones incluidas expresamente en el RDL 18/2020

**SUMMARY:** I. Introduction. II. Flexibility measures to deal with crisis situations. Termination of contracts as the last *ratio*. III. The ERTE as a model of action in the face of a conjunctural situation. IV. Force majeure as an objective cause outside the company's will. V. Force majeure total and partial. VI. Other issues expressly included in the RDL 18/2020

**Resumen:** Las continuas normas que regulan las relaciones laborales en el contexto del COVID 19, han puesto como centro de atención a la figura del ERTE, si bien, los cambios en la evolución de la pandemia, de la economía y del empleo, obligan a realizar modificaciones sucesivas desde que el RDL 8/2020 introdujera las especialidades para la tramitación de este procedimiento en las circunstancias actuales. Como consecuencia de esa permanente actualización normativa, el RDL 18/2020 introduce los conceptos de fuerza mayor total y parcial, lo que será decisivo para establecer el régimen de exenciones a las cuotas de Seguridad Social.

**Palabras clave:** ERTE, COVID 19, Suspensión, Seguridad Social, Fuerza Mayor

**Abstract:** The continuous norms that regulate the labor relations in the context of the COVID 19, have put as a focus the figure of the ERTE, although the changes in the evolution of the pandemic, of the economy and of the employment, require successive changes since RDL 8/2020 introduced the specialities for the handling of this procedure in the current circumstances. As a result of this constant updating of regulations, the

---

<sup>1</sup> Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

<sup>2</sup> El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA?; del Proyecto P18-RT-2585 “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza”; del Proyecto de Investigación “LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA DIGITAL”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028; y del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social.

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga. Of Counsel de GVA & Atencia Abogados [fvila@uma.es](mailto:fvila@uma.es)

RDL 18/2020 introduces the concepts of total and partial force majeure, which will be decisive in establishing the system of exemptions to social security contributions.

**Key words:** ERTE, COVID 19, Suspension, Social Security, Force Majeure.

## I. INTRODUCCIÓN

La situación de crisis sanitaria como consecuencia de la irrupción y extensión de los casos de Covid 19 o Coronavirus, llevó a las autoridades públicas a adoptar una serie de medidas de contención que tuvieron, como punto de partida, la aprobación 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.

En el mismo, se determinaba, entre otras cuestiones, de una parte, limitaciones a la libertad de circulación de las personas (art. 7.1 c)<sup>3</sup> y, de otra, medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales (art. 10). Completando este último precepto, se incluía un anexo en el que se enunciaban que actividades quedaban afectadas de manera directa por dicho Estado de Alarma y, en consecuencia, abocadas al cierre. Relación que podía verse ampliada por el desarrollo posterior a través de la habilitación al Ministerio de Sanidad vía orden ministerial<sup>4</sup>.

Ello suponía, en la práctica, la paralización de gran parte de la actividad laboral. Y, consecuentemente, una ralentización o ausencia de la prestación de servicios en un importante número de sectores que, a la par, repercutían sobre otros adicionales. Esta situación, con una incidencia directa, por tanto, en el contexto de las relaciones laborales y el empleo, motiva la actuación urgente de los poderes públicos. Una actuación reducida en un primer momento -art. 5 RDL 6/2020<sup>5</sup>-, pero que encuentra su norma de referencia a través del RDL 8/2020<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> “Limitación de la libertad de circulación de las personas. 1. 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: c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial”. A cuyos efectos se completa con el permiso para el reportaje en gasolineras con el objeto de garantizar tal desplazamiento (si bien el art. 14 establece limitaciones al transporte) -se modifica el primer inciso y la letra h) del apartado 1 por el art. único.1 del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo-.

<sup>4</sup> V.gr. 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, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. *Artículo quinto. Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.*

<sup>6</sup> Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

## II. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD PARA HACER FRENTE A LAS SITUACIONES DE CRISIS. LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS COMO ÚLTIMA RATIO

En este sentido, cabe recordar que, ante una situación de crisis, la normativa laboral ha tenido especialmente en sus últimas etapas una extraordinaria capacidad de adaptación y mediante las nuevas formas del trabajo flexible o de la flexibilidad en el trabajo<sup>7</sup>, se introducen mecanismos que permiten a las empresas adoptar decisiones para salvaguardar no ya el empleo, sino la propia viabilidad de las mismas. Y así, en el contexto de la regulación laboral vigente al inicio de la situación derivada del COVID 19 -y a la espera de la que era una inminente reforma laboral<sup>8</sup>- seguían siendo aplicables multitud de instrumentos de flexibilidad laboral.

En un repaso rápido de la relación de las posibles medidas a adoptar, pueden citarse, entre otras:

- Movilidad funcional (art. 39 ET);
- Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), pudiendo variarse el tiempo de trabajo, salarios, funciones...y sea a título individual o colectivo (si la condición no está establecida en convenio colectivo, en cuyo caso, debemos irnos a lo establecido en el punto siguiente).;
- Descuelgue convencional o inaplicación del convenio colectivo del art. 82.3 ET. Por esta vía, debe recordarse, que cabe descolgarse de las condiciones expresamente citadas en el referido precepto y entre las que se encuentran también las relativas a jornada u horario, salarios... o mejoras voluntarias. Todo ello si concurren las causas objetivas de carácter económico, técnico, organizativo o de producción. Pero siempre será por Acuerdo con los representantes de los trabajadores o la comisión ad hoc del art. 41.4 ET (o en su defecto, solución extrajudicial);
- Distribución irregular de jornada, si así se ha previsto en el convenio colectivo o en acuerdo de tal naturaleza o, en su defecto, la empresa puede distribuir el 10% de la jornada de trabajo;
- Renegociación del convenio colectivo o modificación parcial del convenio y de ultraactividad (art. 86 ET);
- Prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET);
- Suspensión o reducción de jornada conforme al art. 47 ET;
- Extinciones por causas objetivas o por causa mayor (independientemente de la no renovación de contratos temporales).

La última de las posibilidades contempladas en este listado abría el paso a la rescisión de los contratos y, dependiendo del número de trabajadores afectados, por la vía del art. 51 (colectivos) o 52 (individuales) -conforme a las directrices 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-.

---

<sup>7</sup> Vid. un completo análisis de este proceso cambiante en la disciplina, en MONEREO PÉREZ, J.L. (2017); *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete.

<sup>8</sup> Según se desprende del documento: Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España, de 30 de diciembre de 2019.

### **III. EL ERTE COMO MODELO DE ACTUACIÓN ANTE UNA SITUACIÓN COYUNTURAL**

Este peligro, cierto y real, de destrucción masiva de empleo, justifica que se impulse en el RDL 8/2020 medidas que tienen por objeto arbitrar alternativas reales a las extinciones de contratos, para lo que se van plantean como medidas prioritarias el teletrabajo o carácter preferente del trabajo a distancia (art. 5), la conciliación o adaptación de la jornada laboral mediante el Plan MECUIDA (art. 6) y, si éstos no bastan o no son compatibles por la actividad, se deberá acudir a la figura de la suspensión o reducción de la jornada prevista en el art. 47 ET, que hoy por hoy, de manera coloquial responde al nombre de su procedimiento, ERTE. No obstante, atendiendo a las circunstancias de urgente necesidad, se configura no solo un procedimiento acelerado de tramitación, sino una especial protección para los afectados, así como una delimitación más estricta de los elementos a tener presentes para acceder a la referida protección, así como a la liberación de costes sociales para las empresas<sup>9</sup>. Lo que queda reforzado, en lo que respecta a la limitación de acudir a la vía extintiva con un compromiso de empleo que obligaba a las empresas a no proceder a extinciones durante los seis meses siguientes a la adopción de estas medidas (Disposición adicional sexta).

Ciertamente, las causas que justifican una suspensión/reducción del art. 47 ET, son comunes a las extintivas: objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) o fuerza mayor y la decisión última corresponde a la empresa. Lo que se pretende, por tanto, es reconducir a la empresa a esta vía, frente a la extinción, por tratarse de una causa coyuntural en el caso del COVID 19.

Pero esta regulación voluntarista, choca, finalmente, con una serie de problemas derivados de la redacción urgente y, especialmente, de la inmensa avalancha de procedimientos que nacen al amparo de la misma, especialmente, para tramitar la solicitud de fuerza mayor (cuyo reconocimiento depende de la autoridad laboral).

Nos encontramos así, en primer término, con dudas interpretativas que se van incrementando a medida que sube el número de procedimientos, de manera que aparecen diferentes debates sobre el alcance objetivo de la fuerza mayor, el ámbito subjetivo de la medida (y su repercusión sobre determinados colectivos de trabajadores), en relación al cómputo para entender el silencio positivo en los supuestos de fuerza mayor o, por ejemplo -no siendo exhaustivo-, sobre la posibilidad de realizar extinciones durante la vigencia del ERTE.

---

<sup>9</sup> De este modo, se regula el CAPÍTULO II. Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, que incluye:

Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.

Artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

Artículo 24. Medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19.

Artículo 25. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo en aplicación de los procedimientos referidos en los artículos 22 y 23.

Artículo 26. Limitación temporal de los efectos de la presentación extemporánea de solicitudes de prestaciones por desempleo.

Artículo 27. Medidas extraordinarias relativas a la prórroga del subsidio por desempleo y a la declaración anual de rentas.

Artículo 28. Plazo de duración de las medidas previstas en el Capítulo II.

Algunos de estos problemas se van solventando, mediante la propia actuación legislativa, de manera que los sucesivos Reales Decretos Leyes, van introduciendo matices, correcciones, redacciones complementarias o aclaraciones. Otros, mediante una técnica realmente preocupante y que nos sitúa en unos altos niveles de inseguridad jurídica: a través de los criterios interpretativos del Ministerio, SEPE, TGSS... Por último, la propia práctica o desarrollo de los procedimientos, van resolviendo otras cuestiones -como, por ejemplo, la relativa a los plazos del silencio positivo en los supuestos de solicitud de fuerza mayor, tanto por la regulación general del art. 24 de la Ley 39/2015, como por las certificaciones de silencio positivo de las Administraciones Laborales atendiendo a dicho precepto-.

Un ejemplo de lo primero, esto es, la sumatoria legislativa, la encontramos, por ejemplo, en el RDL 9/2020<sup>10</sup>. El más claro ejemplo de una norma complementaria. Y así se contemplan aspectos como el cómputo de la duración de los contratos temporales, el régimen sancionador y de reintegro de prestaciones indebidas, medidas para agilizar el cobro de prestaciones o, de manera particular, con relación a lo ya adelantado, medidas extraordinarias para la protección del empleo, para lo que, el art. 2 dispone expresamente que “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Esto es, se entiende que no hay causa que ampare la extinción del contrato si esta viene relacionada con el COVID 19, reforzando, por tanto, la vía coincidente con las causas que pueden alegarse -Fuerza Mayor u objetivas-, y que no es otra que el ERTE.

Lejos, sin embargo, de resolver definitivamente las dudas al respecto, abre otras. En primer término, sobre la calificación judicial del despido. Y, en segundo término, sobre las extinciones que serían compatibles con la situación pandémica. Respecto a la primera de las cuestiones, entendemos que la calificación lógica sería -aunque ello no es pacífico- la de improcedencia, puesto que la ausencia de causa no ha sido objeto de modificación por esta regulación de urgencia, debiendo de aplicarse, por tanto, la regulación ordinaria que tiene su referente el propio ET. De esta forma, la calificación podría ser la de improcedencia o no ajustado a derecho (arts. 51, 55 y 56 ET y, de manera concordante 108, 122 y 124 LRJS).

Si queremos resolver, la segunda de las cuestiones, sin embargo, no encontramos una respuesta directa en la legislación, ni de un modo directo, ni indirecto. Es decir, la anterior solución cabe porque el anteriormente citado art. 2 RDL 9/2020, nos da las pautas al indicarnos que no habrá causa. Pero, en lo que respecta a la cuestión relativa a las extinciones justificadas, no hay una pauta. Solo, mediante la modificación que se introduce en el RDL 18/2020 de la DA 6º RDL 8/2020, esto es, sobre la garantía o compromiso de empleo, podemos tener un criterio de referencia para aplicar por analogía.

En cualquier caso, todo lo anterior nos ha llevado inexorablemente a la regulación del ERTE por fuerza mayor y el ERTE por causas objetivas de los arts. 22 y 23 RD 8/2020. Y en ellos centraremos nuestra atención para comentar los cambios en el

---

<sup>10</sup> Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

RDL 18/2020, prestando, tal y como hemos adelantado, especial consideración al concepto de fuerza mayor y su desdoblamiento en la reiterada norma.

#### IV. LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA OBJETIVA AL MARGEN DE LA VOLUNTAD DE LA EMPRESA

Debe recordarse que para reconocer la existencia de fuerza mayor<sup>11</sup> debe concretarse un acaecimiento externo, involuntario, imprevisible o inevitable al círculo de empresa, esto es, que sea del todo punto independiente de la voluntad del empresario (STS de 8 de Julio de 2008)<sup>12</sup> -y ello con relación a la prestación de servicios-, siempre que se constate la falta de conexión entre el origen del daño y la actuación imputable o directa de la empresa. No es necesario, en este caso, la concurrencia de otra causa distinta o de la situación de crisis, basta la fuerza mayor<sup>13</sup>.

Se distingue, en este sentido, entre fuerza mayor propia, cuando nos referimos a hechos catastróficos como plagas; e impropia, en referencia a simples hechos imposibilitantes, pero no catastróficos. En este contexto se reconoce el llamado *factum principis* o decisión de los poderes públicos imprevisible o inevitable, que recae sobre una empresa e impide la continuación de la prestación laboral -STS de 5 de julio de 2000: “derivada de un acto de autoridad («factum principis»)”<sup>14</sup>-.

---

<sup>11</sup> Partiendo del concepto del art. 1105 CC, vid. de manera breve: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011) “Artículo 1105. Fuerza mayor” en VV.AA. (coord. por Rosario Valpuesta Fernández; Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Antonio Legerén-Molina (aut.), Máximo Juan Pérez García (aut.) *Código civil comentado*, vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444), pp. 120-125.

<sup>12</sup> “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... un supuesto de fuerza mayor, que, según la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal, debe entender como “en una fuerza superior a todo control y previsión”, ponderándose a efectos de su concurrencia “la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto” (sentencias de 20 de julio de 2000 EDJ 2000/19342 y 18 de diciembre de 2006).

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 y en este sentido tiene interés el artículo 76 de la LCE, que vinculaba la fuerza mayor con fenómenos como el incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, el tumulto y las sediciones, aparte de la fórmula general que hace referencia a los acontecimientos de carácter extraordinario que “no hayan podido preverse o que, previstos, no se hayan podido evitar”.

<sup>13</sup> Vid. sobre el concepto, de manera extensa: MENDOZA NAVAS, N. (2013): “La fuerza mayor como causa de despido” en *Revista de derecho social*, N° 63, 2013, pp. 73-94 o POQUET CATALA, R. (2015) “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva». *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], n.º 2, p. 18 vid. en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288729> [Consulta: 21-05-2020]; ARETA MARTÍNEZ, M. (2011) “El despido por fuerza mayor: La extinción del contrato de trabajo” AA. VV. (coord. por A.V. Sempere Navarro, R. Martín Jiménez), pp. 967-1023. Remontándonos a una configuración más clásica: CAVAS MARTÍNEZ, F. (1996): “El despido por fuerza mayor” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N°. Extra 19, 1996, pp. 203-212.

<sup>14</sup> “La doctrina ha clasificado las causas de fuerza mayor en dos grupos, diferenciando entre fuerza mayor propia e impropia, recogidas en los arts. 49.1 h) y 49.1 i) ET, respectivamente. Constituyen supuestos de

Esta afirmación en genérico, que tampoco encuentra una regulación concreta en el art. 47 ET, ni en el RD 1483/2012, sí se delimita expresamente en el art. 22 RDL 8/2020 cuando afirma que “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 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, 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”. De modo, que queda configurada la situación ajena a la voluntad de la empresa que da lugar al reconocimiento de fuerza mayor.<sup>15</sup>

## V. LA FUERZA MAYOR TOTAL Y PARCIAL

La propia evolución de la pandemia conlleva la necesidad de ir introduciendo cambios en aquella regulación original del art. 22 RDL 8/2020. Y de ahí que, de una parte, el RDL 15/2020, a través de la DF 8ª incluye un inciso final al mismo: “...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”. Ello supone que se define la fuerza mayor, reconociendo que pudiendo ser parcial cuando no se extiende a toda la plantilla de las

---

fuerza mayor propia los acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e inevitables como los incendios, inundaciones, terremotos, explosiones, plagas del campo, guerras, tumultos o sediciones. Por su parte, se configuran como causas de fuerza mayor impropia los sucesos susceptibles de quedar incluidos en la expresión “cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario, que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar” es decir, todos aquellos supuestos que, no siendo técnicamente causas concretamente constitutivas de la fuerza mayor propia, por asimilación legal, pueden provocar de igual forma la extinción del contrato de trabajo y ello no por semejanza del hecho causante e incluso de la naturaleza del mismo en relación con aquellos hechos constitutivos de dicha fuerza mayor, sino por la semejanza de sus efectos<sup>18</sup>. La diferencia entre ambos tipos de fuerza mayor se halla en que mientras la propia conoce como causa hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, en la impropia, se observa una cierta intervención indirecta de esa voluntariedad en virtud de actuaciones impremeditadas, pero no ajenas a la voluntad, o bien la intervención de terceros ajenos a la relación de trabajo<sup>19</sup>, como puede ser por la decisión de poderes públicos que impide la continuidad en la prestación de servicios laborales”. POQUET CATALA, R. (2015), op, cit. pág. 6.

<sup>15</sup> A este respecto, la Guía sobre medidas laborales excepcionales contra el Covid-19 aprobadas por el Real Decreto-ley 8/2020 (Ministerio de Trabajo y Economía Social) recordaba, nuevamente, que por fuerza mayor se debía identificar un acontecimiento ajeno al círculo empresarial y que, por sí misma, la existencia de ese acontecimiento, no suponía, por sí solo, entender que ya concurría la misma. Se estaba, implícitamente, exigiendo la conexión entre esa circunstancia sobrevenida y la imposibilidad o afectación al desarrollo de la actividad empresarial.

empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales<sup>16</sup>. Es la primera referencia a esa fuerza mayor parcial, pero que no depende de la voluntad de la empresa, sino de que la actividad sea o no esencial.

Más adelante, cuando se inicia la llamada fase de desescalada o vuelta a la “nueva” normalidad -a partir de Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad-, en la que se empiezan a permitir la actividad de empresas que antes la tenían vetada, se toma consciencia de que hay que establecer un instrumento normativo que facilite esa transición en el ámbito del empleo.

Para ello, el RDL 18/2020, procede, de manera literal, a la ordenación siguiente: “1. A partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, continuarán en situación de fuerza mayor total derivada del COVID-19, aquellas empresas y entidades que contaran con un expediente de regulación temporal de empleo basado en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo<sup>17</sup>, y estuvieran afectadas por las causas referidas en dicho precepto que impidan el reinicio de su actividad, mientras duren las mismas y en ningún caso más allá del 30 de junio de 2020.

2. Se encontrarán en situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19, aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo autorizado en base al artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, 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.

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”.

Una lectura literal del precepto, sobre la base de que la causa de fuerza mayor no es una decisión de la empresa (sino una circunstancia que afecta a la misma), nos conduce a entender de forma muy estricta la delimitación entre fuerza mayor total o parcial. Reservándose la primera para cuando se mantengan las causas que impiden

---

<sup>16</sup> INDA ERREA, M. (2020) Análisis normativo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo Corporate content. Thomson Reuters Aranzadi. Aranzadi digital num. 1/2018 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

<sup>17</sup> El art. 22 concreta que “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 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, 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”. El art. 22.1 ha sido modificado por el RDL 15/2020.

reanudar la actividad<sup>18</sup>. Ello implica, que si la empresa elude la declaración responsable y no procede a la tramitación de parcial cuando tiene la posibilidad de apertura, asume un riesgo en el marco del régimen de infracciones y sanciones de la DA 2ª RDL 9/2020 (en tanto que se puede entender que mantiene, de manera fraudulenta, el nivel de exenciones existente hasta la entrada en vigor del RDL 18/2020 y de las prestaciones que disfrutarían los trabajadores no reincorporados).

En este sentido, si se entiende que se puede reanudar la actividad, porque ha desaparecido la causa objetivizada que lo impedía (por ejemplo, prohibición de apertura) la empresa debe pasar a fuerza mayor parcial (por muy reducida que pueda ser su actividad). Cuestión distinta es el número de trabajadores que va a necesitar o no. Lo verdaderamente importante será el paso de un régimen de exenciones de cotizaciones a otro. En consecuencia, el criterio para pasar a fuerza mayor total o parcial, no será la decisión o voluntad de reapertura por parte de la empresa, sino el hecho objetivo de poder hacerlo. A estos efectos solo si la empresa no tiene dudas sobre la permanencia de las causas que, de conformidad con el art. 22 RDL 8/2020, le impide la reanudación de la actividad, podría quedarse en situación de fuerza mayor total con el mismo régimen de cotizaciones hasta 30/6/2020.

Si la empresa pasa a situación de fuerza mayor parcial, sin embargo, cambia el régimen de exenciones (siempre en atención al número de trabajadores en la empresa). Y así, para los trabajadores que retornan a la actividad, se prevé, respectivamente para mayo y junio un régimen de exenciones de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, del 45/60% o 70/85% (más o menos de 50 trabajadores); y para los que sigan sin trabajar y, en los mismos términos: 45/60% o 30/45% (menos o más de 50 trabajadores)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Y para ello, la referida la Guía sobre medidas laborales excepcionales contra el covid-19 aprobadas por el Real Decreto-ley 8/2020, disponía, como criterio interpretativo, que “El Real Decreto-Ley especifica en qué consiste la fuerza mayor temporal derivada del Covid-19:

Causas Directas:

- a) Medidas gubernativas de contención adoptadas como consecuencia del Covid -19, incluida la declaración del estado de alarma.
- b) Incidencia de la enfermedad en la plantilla, ya sea de manera directa, o por razones de aislamiento preventivo decretados por razones médicas acreditadas.

Causas indirectas:

- a) Pérdidas de actividad
- b) Suspensión o cancelación de actividades
- c) Cierre temporal (locales de afluencia pública)
- d) Falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad”

<sup>19</sup> Artículo 4. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a las medidas reguladas en el artículo 1.

1. La Tesorería General de la Seguridad Social exonerará, respecto a las cotizaciones devengadas en los meses de mayo y junio de 2020, a las empresas y entidades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 1 del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, siempre que, a 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta trabajadores, o asimilados a los mismos, en situación de alta en la Seguridad Social. Si las citadas empresas y entidades tuvieran cincuenta trabajadores, o asimilados a los mismos, o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial.

2. Las empresas y entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 1 quedarán exoneradas del abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, en los porcentajes y condiciones que se indican a continuación:

En este punto, corresponde hacer una serie de precisiones, la más importante tiene que ver con la aparición de Criterios de la Dirección General de Trabajo<sup>20</sup> que se apartan, en gran medida, de la interpretación que puede derivarse de manera directa de la propia norma con rango legal sujeto a su posible revocación o cambio de interpretación<sup>21</sup>. Y es que tales Criterios, con una base un tanto dudosa, interpretan que de la exposición de motivos de la norma –que obviamente carece de fuerza normativa- y de la lectura del precepto concreto que regula la fuerza mayor parcial, “se deduce” –afirman- que el paso de fuerza mayor total a parcial requiere dos elementos: la posibilidad de reiniciar la actividad y que la empresa decida desafectar a algún trabajador. Si no lo hace, no pasará a fuerza mayor parcial. Siendo así, lo deja en manos de la voluntad de la empresa, lo que parece no casar muy bien ni con el tenor literal de la norma comentada, ni con el propio concepto de fuerza mayor.

De esta manera debemos observar lo siguiente:

En primer lugar, que la exoneración señalada para los trabajadores que se desafectan y se reincorporen, no se reconoce si la empresa se mantiene en fuerza mayor total, ya que las mismas están reservadas para los supuestos de fuerza mayor parcial.

En segundo lugar, que podríamos entender que para tener derecho a las referidas exenciones, debe continuarse en la situación de fuerza mayor, en este caso parcial, de manera que si se produce la desafectación de la totalidad de los trabajadores de la empresa, no existiría el propio ERTE (debiendo renunciarse al mismo) y, por tanto, sin el régimen de exenciones de cotizaciones previsto en el art. 4 RDL 18/2020 -aunque la TGSS ha entendido en ocasiones que la desafectación total no significa la renuncia al ERTE-. No obstante, la propia TGSS en consulta realizada al efecto, expresamente señala que aun desafectando a la totalidad de los trabajadores se mantiene el derecho a las exoneraciones. Ello, aunque no se entiende totalmente, podría evitar el mantenimiento interesado, de algún trabajador sin desafectar (o desafectación parcial),

---

a) Respecto de las personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada trabajados desde ese reinicio, la exención alcanzará el 85 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 70 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta, la exención alcanzará el 60 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020.

b) Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que continúen con sus actividades suspendidas a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención alcanzará el 60 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más trabajadores, o asimilados a los mismos, en situación de alta, la exención alcanzará el 45 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 30 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020. En este caso, la exoneración se aplicará al abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

<sup>20</sup> DGT-SGON-962CRA, 19 de mayo 2020; DGT-SGON-726PGG, 27 de mayo 2020; DGT-SGON-733PGG, 27 de mayo 2020; Respuesta de la Subdirección General de Ordenación Normativa. Pueden consultarse en <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/> (consultado el 1 de junio de 2020).

<sup>21</sup> Parecía reforzar la interpretación literal de la norma, por ejemplo, el Boletín 12/2020 de Noticias RED, publicado por la TGSS con fecha 19 de mayo de 2020.

sólo a los efectos de conservar las exenciones. Lo que sólo estaría justificado atendiendo a las necesidades de la empresa una vez que se ha podido reiniciar. Entenderlo de otro modo supone asumir riesgos ante la posible actuación inspectora que, de manera objetiva, podría concluir que se trata de una práctica fraudulenta llamada a conseguir beneficios indebidos, por lo que habríamos de situarnos, nuevamente, ante el régimen sancionador expresamente previsto al efecto.

En tercer lugar, podríamos considerar si es posible o no volver a afectar a trabajadores desafectados en el ERTE por fuerza mayor. Aunque nosotros tenemos reticencias al respecto, los Criterios de la DGT sí lo admiten, entendiendo que pueden darse situaciones justificadas que lo ampararían, siempre y cuando la causa de suspensión de fuerza mayor ya hubiera sido alegada y fuera determinante del mantenimiento de la propia fuerza mayor, en este caso parcial (ya que de no mantenerse ninguna, entendemos que se debería pasar a un ERTE ETOP). De igual modo se permite incorporar nuevos trabajadores.

En cuarto lugar ¿qué pasaría con los sujetos desafectados antes del RDL 18/2020? A estos efectos deberíamos estar ante dos realidades: el supuesto de fuerza mayor parcial no existe hasta la entrada en vigor de la referida norma, pero a efectos de cotizaciones, se diferencian dos períodos distintos: marzo/abril con el régimen anterior y mayo/junio con el nuevo, no distinguiéndose qué ocurre con las desafectaciones ocurridas entre el 1 y el 12 de mayo. Con todas las reservas y atendiendo a los criterios interpretativos que se observan, tales trabajadores deberían seguir el nuevo régimen con fecha 1 de mayo, puesto que no se observa otra cosa en la propia norma y así los Criterios de la DGT vienen a reconocer que ello puede suponer el paso a fuerza mayor parcial<sup>22</sup>.

A todo lo anterior, debemos añadir que:

- a) El art. 47 dispone que *“el empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción...”* Por lo que la voluntad de la empresa parecía limitada a la posibilidad de iniciar un ERTE y escoger que tipo. Según los criterios de la DGT también el tipo de fuerza mayor. Y ello a pesar de que el procedimiento, según el art. 22.2 RDL 18/2020 vincula la existencia de fuerza mayor -como causa motivador- a la constatación por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas. Es decir, que la fuerza mayor no era decisión de la empresa. La fuerza mayor está relacionada, en el caso

---

<sup>22</sup> Véase, art. 4 RDL 18/2020 y Disposición final primera. Modificación 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. “Se modifica 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 los siguientes términos:

Uno. El apartado 1 del artículo 24 queda redactado como sigue:

«1. En los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 definida en el artículo 22, la Tesorería General de la Seguridad Social **exonerará** a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de **marzo y abril** de 2020, cuando, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 personas trabajadoras, o asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 personas trabajadoras, o asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial.»

del COVID 19, a las circunstancias que se derivan de la propia existencia de la enfermedad y su posibilidad de contagio y, a la declaración expresa de la actividad en norma que decreta la alarma. Solo la permanencia de éstas, de manera que impidan la reanudación de la actividad, permitiría permanecer en fuerza mayor parcial<sup>23</sup>. Interpretación que, sin embargo, no se comparte en los Criterios DGT.

- b) En la ya citada Guía sobre medidas laborales excepcionales contra el covid-19 del Ministerio de Trabajo y Economía Social, delimita el alcance subjetivo del ERTE, en tanto que este abarcará, exclusivamente a los trabajadores afectados por la imposibilidad de la prestación (así, por ejemplo, podría no afectar a aquellos que pueden continuar su relación mediante teletrabajo). De este modo, es necesario distinguir si es preciso realizar un ERTE total o parcial, especificando los trabajadores concretamente afectados y el porqué. Esto es: la voluntad de la empresa sí le permitía fijar el alcance del ERTE, pero una vez fijado como total o parcial respecto a la plantilla, ello no afecta a la situación de fuerza mayor – y se ha mantenido expresamente en los Criterios de la DGT- que seguía fuera de la disposición de la empresa. Lo que no ocurre conforme a la DGT.

Debemos tener presente que, además, si la empresa valora que la reapertura puede resultarse excesivamente gravosa, y puede incurrir en pérdidas o puede tener problemas productivos, se puede poner en marcha (aún vigente todavía el de fuerza mayor) un ERTE ETOP, pero en el marco del art. 23 RDL 8/2020. Es decir, estaríamos ante las causas objetivas reflejadas en el art. 47 ET.

Lo que ha introducido el RDL 18/2020, es la posibilidad de minimizar relativamente los costes sociales, permitiendo mantener una exoneración, aunque reducida respecto a la previamente existente, e introduciendo, además, incentivos para la desafectación de trabajadores. Se busca, de este modo, reducir las exenciones y disminuir el gasto en prestaciones -a la par que reactivar la economía-, por lo que la ausencia de una justificación objetiva que razone la necesidad de seguir sin actividad o de no desafectar a trabajadores, puede resultar complejo de cara a las posibles revisiones previstas por la ITSS. Por todo ello, y a pesar de los Criterios de la DGT, lo más cauto parece pasar a fuerza mayor parcial, si exista posibilidad de reapertura, por poco productiva que resulte, desafectándose, al tiempo, a un mínimo de trabajadores que permita desarrollar de un modo básico la actividad de acuerdo con la demanda que tenga la empresa.

## **VI. OTRAS CUESTIONES INCLUIDAS EXPRESAMENTE EN EL RDL 18/2020**

La norma, introduce, al tiempo, otra serie de elementos significativos:

De un lado que se puede poner en marcha (aún vigente todavía el de fuerza mayor) un ERTE ETOP, pero en el marco del art. 23 RDL 8/2020. Los ya tramitados antes siguen sin modificaciones.

---

<sup>23</sup> Vid. las reflexiones en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2020) “Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445 (abril 2020), pp. 7-26.

Las empresas con domicilio en paraísos fiscales, no podrán acogerse a ERTES por fuerza mayor, mientras que las empresas que repartan dividendos no podrán disfrutar de exenciones si aquellos dividendos se reparten en el mismo ejercicio.

Las medidas extraordinarias por desempleo se extienden hasta 30 de junio, y lo previsto para los fijos discontinuos y de carácter periódico hasta 31 diciembre.

Podrá haber ERTES por fuerza mayor que se prorroguen más allá del 30 de junio en atención a las restricciones de actividad por razones sanitarias, pero no se han concretado porque depende de los acuerdos en el Consejo de Ministros. Se supone que la comisión tripartita de seguimiento algo tendrá que opinar en esta materia.

Por último, y respecto a la garantía de empleo -DA 6ª RDL 8/2020 con las modificaciones introducidas por el RDL 18/2020-, muy brevemente, quiere indicarse que:

- a) se circunscribe de manera definitiva a la fuerza mayor;
- b) se incorpora lo que establecía la DA 14ª RDL 11/2020 (podía inducir a error el título) estableciendo los casos en los que no hay incumplimiento del compromiso de empleo (extinciones permitidas) y se tendrán en cuenta los sectores con estacionalidad;
- c) no incurre en incumplimiento las empresas en riesgo de concurso de acreedores;
- d) consecuencias del incumplimiento: reintegro de cantidades (totalidad importe cotizaciones exoneradas con recargo e intereses).

## BIBLIOGRAFIA

- ARETA MARTÍNEZ, M. (2011) “El despido por fuerza mayor: La extinción del contrato de trabajo” AA. VV. (coord. por A.V. Sempere Navarro, R. Martín Jiménez), pp. 967-1023.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (1996): “El despido por fuerza mayor” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº. Extra 19, 1996, pp. 203-212.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011) “Artículo 1105. Fuerza mayor” en VV.AA. (coord. por Rosario Valpuesta Fernández; Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Antonio Legerén-Molina (aut.), Máximo Juan Pérez García (aut.) Código civil comentado, Vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444), pp. 120-125.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2020) “Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?” en Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 445 (abril 2020), pp. 7-26.
- INDA ERREA, M. (2020) Análisis normativo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo Corporate content. Thomson Reuters Aranzadi. Aranzadi digital num. 1/2018 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- MENDOZA NAVAS, N. (2013): “La fuerza mayor como causa de despido” en Revista de derecho social, Nº 63, 2013, pp. 73-94.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (2017); La metamorfosis del Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Albacete.

POQUET CATALA, R. (2015) “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva». IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, [en línea], n.º 2, p. 18 vid. en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288729> [Consulta: 21-05-2020].