



Roj: **STS 4148/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4148**

Id Cendoj: **28079149912022100084**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **16/11/2022**

Nº de Recurso: **138/2022**

Nº de Resolución: **921/2022**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1850/2021,**
STS 204/2022,
SAN 511/2022,
STS 4148/2022

CASACION núm.: 138/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 921/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por SAFARI SUB, S.L., representado y asistido por el letrado D. Sergio Santana Bertrán, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 16 de febrero de 2022, en actuaciones seguidas por dicho recurrente, contra el Ministerio de Trabajo y Economía Social, sobre impugnación de actos administrativos.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el Ministerio de Trabajo y Economía Social, representado y asistido por Abogado del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La mercantil SAFARI SUB, S.L., formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia estimatoria de la misma en la que se revoque la Resolución administrativa impugnada y, visto el contenido y fundamentación de la presente demanda, se acceda a la petición de constatación de concurrencia de supuesto de fuerza mayor de conformidad con el artículo 22.1 del Real Decreto 8/2020.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 16 de febrero de 2022, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Que desestimando la demanda deducida por SAFARI SUB SL contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL absolvemos al mismo de las peticiones contenidas en la demanda".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El día 29-4-2020 por la actora se formuló ante la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Empleo y Economía Social solicitud de suspensiones de **relaciones** de trabajo por Fuerza mayor en los términos que obran en el expediente administrativo.

En la Memoria aportada se especificaba que la actividad de la empresa es la importación y comercialización al por mayor de artículos de playa y souvenirs que durante los meses de septiembre a febrero, la Empresa importa y almacena los materiales que, posteriormente y de cara al periodo estival, va a comercializar y vender entre sus clientes (a partir de marzo y hasta septiembre), siendo todos esos clientes establecimientos minoristas, vende a más de 500 clientes minoristas repartidos por toda España, contando con una red comercial y distintas delegaciones comerciales en Islas Baleares, Las Palmas de Gran Canaria, Barcelona y Alicante. De manera más residual, realiza venta por exportación a Francia o Portugal, así como que su actividad exige el desplazamiento a los centros de los diversos clientes, los cuales a consecuencia de la declaración de Estado de Alarma por el RD 463/2020 se encuentran cerrados, encontrándose además impedidos los empleados de la actora de visitar tales establecimientos por las limitaciones a la movilidad, ya que muchos establecimientos se encuentran cerrados y sus propietarios están declinando el contacto con los comerciales por la situación que se está atravesando, por lo que solicitaba se constase la fuerza mayor impeditiva respecto de 52 de los 59 trabajadores de la empresa y con efectos de 20-3-2.020.

SEGUNDO.- El día 4 de mayo de 2.020 se dictó resolución por la Directora General de Trabajo con el contenido que obra en el expediente administrativo cuya parte dispositiva obedecía al siguiente tenor:

"Declarar no constatada la existencia de fuerza mayor en el expediente presentado por la empresa SAFARI SUB, S.L., con la consecuencia de denegar la solicitud formulada y demás inherentes a dicha declaración, sin perjuicio del derecho del interesado de iniciar el oportuno procedimiento por otras causas conforme a lo previsto en el artículo 31.4 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

NOTIFÍQUESE: esta Resolución a los interesados, a través de la empresa solicitante, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que contra la misma podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes, a contar desde que tenga lugar su notificación, ante la Ministra de Trabajo y Economía Social, de conformidad con lo establecido en los artículos 121 y 122 de la mencionada Ley 39/2015."

En el fundamento de derecho cuarto de dicha resolución se razonaba:

"el análisis de la documentación aportada por la empresa y demás obrante en el expediente nos lleva a concluir que no se constata la existencia de la fuerza mayor, al no haber quedado suficientemente acreditada la imposibilidad temporal de continuar con la actividad empresarial con base en alguna de las causas a), b) c) o d) descritas en el fundamento de derecho segundo de esta Resolución, toda vez que no se ha probado por el solicitante que la actividad de la empresa se encuentre entre las afectadas por las medidas de contención contempladas en el articulado y en el Anexo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (BOE del 18) y no hay prueba evidente de la vinculación directa entre las pérdidas de actividad alegadas y las circunstancias a que se refiere la letra c) del Fundamento de derecho segundo, no siendo suficiente a los efectos de su calificación como determinantes de una situación de fuerza mayor las referencias a la pérdida de clientela, a las expectativas desfavorables, la caída de pedidos u otras razones



similares, que necesariamente han de ser reconducidas a las causas técnicas, organizativas o de producción definidas legalmente."

TERCERO. - El día 29-6-2.020 por la actora se interpuso recurso de alzada contra dicha resolución que fue inadmitido a trámite por Orden ministerial dictada por el Secretario de Estado de Trabajo y Economía Social de fecha 4-8-2.020.

Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de SAFARI SUB, S.L., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos.

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de septiembre de 2022 , se dictó Providencia por esta Excm. Sala en la que se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno de conformidad con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial.

A tal efecto, se acuerda señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día dieciséis de noviembre de dos mil veintidós, convocándose a todos los/as Magistrados/as de la Sala".

OCTAVO.- En Providencia dictada por esta Excm. Sala de fecha 20 de octubre de 2022, se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, por necesidades del servicio se acuerda suspender el señalamiento de la Sala en Pleno del presente procedimiento del día 16/11/2022 y a tal efecto, se acuerda señalar nuevamente para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día quince de noviembre de dos mil veintidós, convocándose a todos los/as Magistrados y Magistradas de la Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La cuestión planteada y la sentencia recurrida.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es la corrección de la denegación del ERTE por fuerza mayor (Covid-19) instado por la empresa recurrente en casación al amparo del artículo 22 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 (en adelante RDL 8/2020).

2. La empresa ahora recurrente en casación instó ERTE por fuerza mayor (Covid-19), al amparo del artículo 22 RDL 8/2020.

La resolución de 2 de abril de 2020 de la Directora General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social declaró no constatada la existencia de fuerza mayor y denegó la solicitud, sin perjuicio del derecho de la empresa de iniciar el procedimiento por otras causas (técnicas, organizativas o de producción).

Interpuesto recurso de alzada contra la anterior resolución, el recurso fue inadmitido por Orden ministerial de 4 de agosto de 2020.

La empresa demandó contra la denegación de la existencia de fuerza mayor, siendo desestimada la demanda por la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2021 (proc. 380/2020). Esta sentencia de la Audiencia Nacional entendió que el recurso de alzada estaba correctamente inadmitido porque se interpuso fuera del plazo legalmente establecido.

Pero la sentencia de esta Sala Cuarta 56/2022, 20 de enero de 2022 (rec. 252/2021), estimó el recurso de casación interpuesto por la empresa, casó y anuló la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2021 (proc. 380/2020), y devolvió las actuaciones a aquella Audiencia para que, partiendo de que la interposición del recurso de alzada se realizó en plazo, entrara a resolver el resto de las cuestiones suscitadas por las partes.

3. Finalmente, la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 23/2022, 16 de febrero de 2022 (proc. 380/2020), ha desestimado la demanda formulada por la empresa, rechazando que se diera una situación de fuerza mayor.

SEGUNDO. El recurso de casación, su impugnación y el informe del Ministerio Fiscal.

1. La empresa ha recurrido en casación la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 23/2022, 16 de febrero de 2022 (proc. 380/2020).



El recurso de casación tiene dos motivos, el primero formulado al amparo del artículo 207 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y el segundo al amparo del artículo 207 e) LRJS.

El recurso solicita que se declare la concurrencia de fuerza mayor respecto al ERTE presentado por la empresa.

2. El Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ha impugnado el recurso.

La impugnación alega que el recurso incurre en causa de inadmisibilidad por falta de contenido casacional y por falta de los requisitos técnicos del recurso, por lo que debe ser declarado inadmisibles y, en esta fase procesal, desestimado. Subsidiariamente, la impugnación solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso.

TERCERO. El examen de las causas de inadmisión y del motivo de la revisión fáctica solicitada

1. Como hemos anticipado, en su impugnación el Abogado del Estado alega que el recurso incurre en dos causas de inadmisión: la falta de contenido casacional del recurso, que se produciría porque la empresa recurrente ha incluido en el recurso una parte sustancial de las mismas cuestiones que fueron aducidas en la instancia; y la falta de rigor técnico del recurso.

a) Respecto de la primera causa de inadmisión, este tribunal ha explicado con reiteración (baste con remitir, por todas, a la STS 461/2022, 19 de mayo de 2022, rec. 291/2021, y a las sentencias por ella citadas) que no cabe inadmitir un recurso por falta de contenido casacional debido a la imposibilidad de interponer un recurso con base en los mismos argumentos que fueron rechazados en la sentencia recurrida. Precisamente, eso supone la congruencia en el planteamiento de la parte recurrente que no introduce cuestiones nuevas, no suscitadas ante el órgano judicial de instancia. Lo que la parte recurrida entiende indebidamente como falta de contenido casacional afecta a la interpretación de las normas que el juzgado o la sala de lo social en instancia realizan y cómo ello debe ser examinado por este Tribunal, lo que nunca constituye ni ha constituido causa para inadmitir el recurso, sino para estimarlo o no.

b) La segunda causa de inadmisión aducida por la parte recurrida es la falta de rigor técnico del recurso.

El artículo 210.2 LRJS exige que el escrito de formalización del recurso de casación ordinario exprese "con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada [...]".

La lectura del escrito de interposición del recurso de casación revela que la parte recurrente no ha incumplido los requisitos esenciales de dicho medio de impugnación. La empresa recurrente articula un motivo en el que solicita la revisión del relato fáctico de la sentencia, con base en el documento que señala y ofreciendo la formulación alternativa de la redacción del hecho probado, y otro en el que denuncia la infracción de normas jurídicas, explicando con claridad y precisión las infracciones jurídicas que imputa a la sentencia recurrida.

En consecuencia, el escrito de interposición del recurso no vulnera el artículo 210.2 LRJS, por lo que procede entrar en su examen.

2. En su primer motivo, el recurso, al amparo del artículo 207 d) (por error se dice e) y al amparo -se añade- del artículo 210.2 b) LRJS, solicita la revisión del hecho probado primero.

El motivo pretende añadir un último párrafo al citado hecho probado primero en el que se diga lo siguiente: "las ventas de la empresa cayeron un 95 por ciento durante el periodo del 23 de marzo de 2020 al 29 de abril de 2020 en comparación con las registradas en ese mismo periodo de 2019, sumando únicamente 58.393,76 euros (fundamentalmente, exportación anterior residual a Francia) frente a los 1.442.702,86 euros del mismo periodo del año 2019."

El motivo no puede prosperar, no solo porque no se demuestra que la sentencia recurrida haya incurrido en error alguno por no incorporar aquel párrafo en su relato fáctico, sino porque la adición de dicho párrafo en el hecho probado primero no podría conducir, como se verá, a variar el fallo de la sentencia recurrida.

CUARTO. El examen de la concurrencia de fuerza mayor

1. En su segundo motivo, formulado al amparo del artículo 207 e) LRJS, el recurso denuncia la infracción del artículo 47.3 ET (en su redacción anterior al Real Decreto-ley 32/2021), en **relación** con el artículo 22.1 RDL 8/2020, así como la infracción del artículo 10 y del anexo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el



que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, y de la jurisprudencia concordante.

El recurso sostiene, en esencia, que sí concurría la causa de fuerza mayor en el ERTE presentado por la empresa.

2. Respecto de los ERTES Covid-19 regulados en el RDL 8/2020, la doctrina de la Sala parte de la diferencia que esta norma establece entre los ERTE por fuerza mayor (artículo 22 RDL 8/2020) y los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 23 RDL 8/2020).

La diferencia radica en que, así como el ERTE por fuerza mayor requiere tener su "causa directa" en pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19, incluida la declaración del estado de alarma (artículo 22.1 RDL 8/2020), por el contrario, el ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción requiere únicamente que dichas causas estén "relacionadas" con el Covid-19 (artículo 23.1 RDL 8/2020).

El ERTE por fuerza mayor exige, así, una conexión directa e inmediata de las pérdidas de actividad con la Covid-19, lo que no el caso del ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que se limita a requerir que dichas causas estén relacionadas con la Covid-19. Remitimos entre las más recientes, por todas, a las SSTS 1274/2021, 15 de diciembre de 2021 (rec. 179/2021); 165/2022, 17 de febrero de 2022 (rec. 289/2021); 461/2022, 19 de mayo de 2022 (rec. 291/2021); y 572/2022, 22 de junio de 2022 (rec. 15/2022), todas ellas dictadas por el Pleno de la Sala. La sentencia recurrida en casación cita ampliamente la STS 1274/2021, 15 de diciembre de 2021 (rec. 179/2021).

Como advierten las sentencias mencionadas, no todas las consecuencias de la Covid-19 encajan en la noción de fuerza mayor acuñada por el artículo 22 RDL 8/2020, debiendo reconducirse, cuando ello sea así, en su caso, a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contempladas en el artículo 23 RDL 8/2020. Según señala la STS 1274/2021, 15 de diciembre de 2021 (rec. 179/2021), "a diferencia de otros sucesos, la fuerza mayor descrita en el artículo 22 RDL 8/2020 se vincula a unas circunstancias concretas establecidas en la propia norma; de suerte que si las circunstancias alegadas por la empresa no encajan en las establecidas en la ley, no podrá considerarse que nos encontremos ante este supuesto singular de fuerza mayor; lo cual no implica que no puedan concurrir causas técnicas económicas o productivas que, derivadas de las consecuencias de la pandemia, justifiquen una suspensión de contratos o reducción de jornada en los términos establecidos en el artículo 23 del reiterado RDL 8/2020."

Y, por su parte, dentro del concepto de fuerza mayor que recoge, el artículo 22.1 RDL 8/2020 obliga a diferenciar: "a) Si la empresa proporciona un bien o servicio directamente afectado por la declaración del estado de alarma, como la suspensión de clases escolares o del transporte público, bastará con acreditar que esa es la actividad empresarial; b) En caso contrario, el hecho de que la demanda de bienes o servicios que proporciona la empresa se haya visto afectada por la pandemia no supone, por sí solo, que concurra la fuerza mayor especial. En dicho supuesto, la empresa deberá acreditar que la pandemia le causó falta de suministros, contagio de su plantilla..." (STS 461/2022, 19 de mayo de 2022 (rec. 291/2021).

Particularmente relevante para el presente caso es lo que ya dijera la 165/2022, 17 de febrero de 2022 (rec. 289/2021), en el sentido de que, con carácter general, las suspensiones o reducciones de actividad de su clientela, o encargos suspendidos o aplazados que soporte la empresa que insta el ERTE por fuerza mayor, no cumplen con el requerimiento exigido por el artículo 22.1 RDL 8/2020 de que las pérdidas de actividad tengan su causa "directa" en la Covid-19.

3. En el supuesto que estamos examinando, ya la resolución de la Directora General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social señaló, tal como recoge el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, que no son suficientes "a los efectos de su calificación como determinantes de una situación de fuerza mayor las referencias a la pérdida de clientela, a las expectativas desfavorables, la caída de pedidos u otras razones similares, que necesariamente han de ser reconducidas a las causas técnicas, organizativas o de producción definidas legalmente".

Por su parte, la sentencia recurrida razona que "siendo la actividad de la empresa la "importación y comercialización al por mayor de artículos de playa y souvenirs", hemos de señalar que la actividad de la misma no fue objeto de restricción alguna por el artículo 10 del RD 463/2020, y que si bien, pudiera darse el caso- no acreditado por otro lado- que los comercializadores al por menor de dichos artículos, en atención a la situación derivada de la pandemia que les impedía abrir sus establecimientos, disminuyesen en el número de sus pedidos o restringieran, no ya por norma restrictiva de derechos alguna, sino por decisión propia el mantener contactos con los comerciales de la actora, debe llevarnos a coincidir con el criterio mantenido por la resolución dictada por la Directora General de Trabajo en el sentido de no tener por constatada la fuerza



mayor en los términos en los que aparece descrita en el artículo 22 RDL 8/2020, y ello sin perjuicio del derecho de la actora a instar medidas de regulación temporal de empleo con arreglo al artículo 23 RDL 8/2020."

Lógicamente, el recurso de casación se esfuerza en combatir este razonamiento de la sentencia recurrida. Pero el caso es que la sentencia es coincidente con la doctrina que se ha expuesto de la Sala, que rechaza que, con carácter general, la suspensión de la actividad de la clientela de la empresa que insta el ERTE por fuerza mayor configure un supuesto que se pueda canalizar por el ERTE amparado en esa fuerza mayor, al exigir el artículo 22.1 RDL la conexión directa e inmediata que venimos mencionando, sin perjuicio de que pueda hacerlo, en su caso, por la vía del artículo 23 RDL 8/2020.

En el presente supuesto, la actividad de la empresa recurrente y que promovió el ERTE por fuerza mayor es la importación y comercialización al por mayor de artículos de playa y souvenirs. Esa actividad no se paralizó con causa directa en la Covid-19. La empresa alega insistentemente que no pudo vender los productos que había importado y almacenado por la suspensión de actividad de sus clientes minoristas, que no hacían pedidos y declinaban el contacto con los comerciales de la entidad recurrente. Pero, conforme a nuestra doctrina, esta causa no configura la causa de fuerza mayor del artículo 22 RDL 8/2020, sino que, como le señalaron tanto la resolución administrativa, como la sentencia recurrida, podría subsumirse, en su caso, en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del artículo 23 RDL 8/2020. Por lo demás, las sentencias que menciona en su apoyo el recurso no pueden considerarse jurisprudencia al haber sido dictadas por juzgados de lo social y salas de lo social de tribunales superiores de justicia.

QUINTO. La desestimación del recurso de casación

1. De acuerdo con lo anteriormente razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.
2. Se imponen las costas a la empresa recurrente en la cuantía de 1.500 euros (artículo 235.1 LRJS). Dese el destino legal a los depósitos y consignaciones en su caso efectuadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1. Desestimar el recurso de casación.
2. Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 23/2022, 16 de febrero de 2022 (proc. 380/2020).
3. Imponer las costas a la empresa recurrente en la cuantía de 1.500 euros. Dese el destino legal a los depósitos y consignaciones en su caso efectuadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.