



Roj: **STS 1272/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1272**

Id Cendoj: **28079149912022100034**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **16/03/2022**

Nº de Recurso: **309/2021**

Nº de Resolución: **240/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2321/2021,**
STS 1272/2022

CASACION núm.: 309/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 240/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

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. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 16 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación interpuesto por el letrado D. Juan Ignacio Olmos Martínez, en nombre y representación de Interparking Hispania SA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de mayo de 2021, numero de procedimiento 286/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de Interparking Hispania SA contra Dirección General de Trabajo, sobre impugnación de actos de la administración.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Abogado del Estado en nombre y representación de la Dirección General de Trabajo.



Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Interparking Hispania SA se presentó demanda de impugnación de Actos de la Administración en Materia Laboral y de Seguridad Social de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que "se declare no conforme a derecho el acto impugnado y su anulación total, y proceda a reconocer y constatar la concurrencia de fuerza mayor, (i) por la concurrencia de la nulidad del procedimiento y de la Resolución impugnada en base a los argumentos contenidos en los hechos anteriores, principalmente por existencia de silencio administrativo positivo y/o (ii) subsidiariamente por los motivos de fondo expuestos en el hecho quinto, 18 reconociéndose en cualquiera de los supuestos el derecho de la empresa a los beneficios reconocidos en el RDL 8/2020, especialmente los recogidos en los artículos 24 y 25 y normativa concordante."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 28 de mayo de 2021 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos la demanda formulada por D. JUAN IGNACIO OLMOS MARTINEZ, actuando en nombre y representación de la Mercantil INTERPARKING HISPANIA S.A ("Interparking"), contra el MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, sobre IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS."

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

"PRIMERO.- El 30-3-20 tuvo entrada en esta Dirección General de Trabajo escrito en el que el representante de la empresa solicita autorización para la suspensión de las relaciones laborales de 111 (es un error, son 114) trabajadores de los 195 que conforman la plantilla de dicha empresa durante la duración del estado de alarma. Según el escrito presentado, los trabajadores para los que se solicita la suspensión de sus contratos de trabajo pertenecen a los centros de trabajo de la empresa situados en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña, Aragón, Andalucía, Valencia, País Vasco, Castilla y León, Murcia, Galicia, Cantabria y Canarias. La solicitud se fundamenta en causa de fuerza mayor, de conformidad con lo regulado en el artículo 47, en relación con el 51.7, ambos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE del 24). A dicha solicitud, se acompañaron los siguientes documentos: Memoria explicativa. Relación de centros de trabajo afectados. Comunicaciones a la representación legal de los trabajadores de las medidas. Documento en el que se indica el compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad, a los efectos de tener derecho a la aplicación de las medidas extraordinarias previstas en el Real Decreto Ley 8/2020. Listado controlling aparcamientos con expresión, por centros, de la comparativa 2019 vs 2020 de ingresos y período enero a abril, y porcentaje de disminución. Listado de seguimiento de ventas de rotación de las semanas 11 a 13, correspondientes al período 11 de marzo a 26 de marzo de 2020, desglosada por centros y en comparativa del mismo período de 2019 vs 2020. Listado de seguimiento de ventas, acumulada de las semanas 11 a 20, correspondientes al período 11 de marzo a 17 de mayo, desglosada por centros y en comparativa del mismo período de 2019 vs 2020. - Justificante de comunicación del inicio del ERTE a todas las personas trabajadoras de la empresa. Justificante de comunicación del inicio del ERTE a la Representación Legal de las personas trabajadoras.

SEGUNDO.- El 3 de abril de 2020 se acordó por la Directora General de Trabajo del Ministerio de Trabajo Y Economía Social en el expediente 3173/20, resolución denegatoria del ERTE por FUERZA MAYOR presentado por : INTERPARKING HISPANIA, S.A. acordando en su resolución lo siguiente: "Declarar no constatada la existencia de fuerza mayor en el expediente presentado por la empresa INTERPARKING HISPANIA, S.A., 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" La referida resolución determinó que, contra la misma, cabía interponer recurso de alzada en el plazo de un mes a contar desde la fecha en la que tenga lugar su notificación ante la Ministra de Trabajo y Economía Social. (descriptor 2 y expediente administrativo).

TERCERO.- INTERPARKING HISPANIA S.A. es una empresa que se dedica a operar aparcamientos de coches, operando en varias ciudades de España, donde gestiona tanto aparcamientos subterráneos como control horario de zonas de estacionamiento creadas por las corporaciones municipales. INTERPARKING



HISPANIA S.A. es la matriz de las sociedades INTERPARKING IBERICA S.L., INTERPARKING LLEIDATANA S.A., ESTACIONAMIENTOS ISLEÑOS S.L., APARCAMENT PARC SANITARI S.L., así como la empresa mayoritaria en las UTE INTERPARKING HISPANIA S.A.- VIAS y UTE APARCAMIENTOS SANTANDER S.L., constituyendo un grupo mercantil. La actividad de los aparcamientos, a su vez, se subdivide en dos líneas, (i) la de abonados y (ii) la de rotación, siendo ésta la que supone el mayor ingreso de la empresa. Plantilla El personal de la empresa se estructura en: Departamento de administración ? que da servicio financiero, administrativo, contable, RRHH y en general todos los servicios no productivos propiamente dichos. Departamento de operaciones ? son los empleados que trabajan directamente en los aparcamientos como centros de trabajo y en los dos centros de control. A su vez, éstos se dividen en Directores de Zona, Responsables y operarios de parking (que prestan servicio en los centros de trabajo físicos: aparcamientos) y centro de control.

CUARTO.- El porcentaje de caída de ingresos acumulado de todos los centros de trabajo en esas semanas (11 a 13) en el periodo 11 de marzo a 26 de marzo de 2020 (documento 1 aportado en el acto de juicio), arroja en comparativa en mismo período 2019 vs 2020, una diferencia promediada de -72% de ingresos. El listado de previsión de ingresos en las semanas 114 a 20, correspondientes al período 30 de marzo a 17 de mayo de 2020. (documentos 2 y 3 aportados en el acto de juicio) La cuenta de pérdidas y ganancias (expediente administrativo) refleja que, en comparativa con el ejercicio anterior, en el mismo período, mientras se aprecia un equilibrio en las ventas en los meses de enero y febrero, en el mes de marzo ya se aprecia una fuerte disminución, entre un 45% y un 55% dependiendo del centro de trabajo, siendo la previsión para el mes de abril de un -85%. La conclusión de lo anterior lleva, con relación a los gastos de explotación fijos, a un escenario negativo en el resultado de explotación de los aparcamientos que en el mes de marzo será de un promedio de un -45% y en abril, de un -95%, según el centro de trabajo.

QUINTO.- Como se ha mencionado anteriormente, estamos ante un grupo mercantil, en el que, INTERPARKING HISPANIA S.A es la matriz de: INTERPARKING IBERICA S.L, INTERPARKING LLEIDATANA S.A, ESTACIONAMIENTOS ISLEÑOS S.L, APARCAMENT PARC SANITARI S.L, así como la empresa mayoritaria en las UTE INTERPARKING HISPANIA S.A - VIAS y UTE APARCAMIENTOS SANTANDER S.L, constituyendo un grupo mercantil. Todas las empresas anteriores, han presentado la solicitud de por fuerza mayor, 4 de ellas en Catalunya, habiéndose dictado resolución confirmatoria de la fuerza mayor, y una de ellas en Andalucía, con la misma actividad, y misma documentación justificativa, y habiéndose resuelto, en todos los casos, expresamente. (Descriptor 7 a 10 y 11 a 14 y Expediente administrativo).

SEXTO. - Se presentó ante la Dirección General de Trabajo, el pasado 30 de abril de 2020, recurso de alzada, impugnando, la resolución negativa. (Descriptor 7) Habiendo pasado el plazo de 2 meses que tenía la administración para resolver el recurso de alzada."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Interparking Hispania SA, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por el Abogado del Estado como parte recurrida y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo en el pleno de la Sala el día 16 de marzo de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 10 de agosto de 2020 se presentó demanda de IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS por el Letrado D. Juan Ignacio Olmos Martínez, en representación de INTERPARKING HISPANIA SA, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, interesando se dicte sentencia por la que se declare: "no conforme a derecho el acto impugnado y su anulación total , y proceda a reconocer y constatar la concurrencia de fuerza mayor, (i) por la concurrencia de la nulidad del procedimiento y de la Resolución impugnada en base a los argumentos contenidos en los hechos anteriores, principalmente por existencia de silencio administrativo positivo y/o (ii) subsidiariamente por los motivos de fondo expuestos en el hecho quinto, 18 reconociéndose en cualquiera de los supuestos el derecho de la empresa a los beneficios reconocidos en el RDL 8/2020, especialmente los recogidos en los artículos 24 y 25 y normativa concordante".

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 28 de mayo de 2021, en el procedimiento número 286/2020, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Desestimamos la demanda formulada por D. JUAN IGNACIO OLMOS MARTINEZ, actuando en nombre y representación de la Mercantil INTERPARKING HISPANIA S.A ("Interparking"), contra el MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, sobre IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS."



TERCERO.-1.- Por el Letrado D. Juan Ignacio Olmos Martínez, en representación de INTERPARKING HISPANIA SA, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en un único motivo.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia la parte recurrente infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Denuncia, en concreto, infracción de los artículos 10 y 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo, artículo 22 del RD 8/2020 de 18 de marzo y artículo 1105 del Código Civil.

2.- El recurso ha sido impugnado por el Abogado del Estado, en representación del MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, proponiendo el Ministerio Fiscal que el recurso sea declarado improcedente.

CUARTO.- 1.- Procede examinar, en primer lugar, la alegación formulada por el Abogado del Estado en su escrito de impugnación del recurso de casación en el que interesa se inadmita el citado recurso.

2.- Como primera causa de inadmisibilidad esgrime la falta de contenido casacional del recurso, pues la recurrente ha incluido una parte sustancial de las mismas cuestiones que fueron aducidas en la instancia.

Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2021, recurso 330/2021.

"Interesa asimismo recordar la doctrina de esta Sala sobre las llamadas "cuestiones nuevas" en el ámbito de la casación. La STS 422/2017 de 12 mayo (DC Santa Bárbara) ha compendiado la doctrina sobre el particular.

Salvo en temas de orden público, apreciables de oficio, impera como criterio general la inadmisibilidad de "cuestiones nuevas" en todo recurso. No pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso.

Esta regla tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español. Se recuerda que el epígrafe VI de la LEC precisa que "la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias con la vista puesta, ... en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso"; y el art. 216 de este mismo cuerpo legal, que se intitula "principio de justicia rogada", dispone que "los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Más en concreto ha de excluirse toda cuestión novedosa en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de Derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia.

Si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas. Por tanto, fuera de esos momentos iniciales no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso".

No procede estimar esta causa de inadmisibilidad del recurso ya que necesariamente en el mismo se han de plantear las cuestiones que se examinaron en la instancia pues, de plantearse cuestiones distintas nos encontraríamos ante una cuestión nueva, tal y como reiteradamente viene manifestando la jurisprudencia, por todas STS de 15 de marzo de 2007, recurso 44/2006.

3.- En cuanto a la alegada falta de rigor técnico del recurso, hay que tener en cuenta, tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2016, recurso 144/2015:

"Exigencias legales del escrito de formalización del recurso de casación.

La breve descripción que se ha hecho respecto del escrito de interposición del recurso que se examina, el tenor del Informe evacuado por la Fiscalía y el escrito de impugnación de la parte empresarial ponen de relieve la necesidad de examinar si los recurrentes han cumplido con las exigencias que el legislador ha establecido respecto del recurso contemplado en el artículo 205.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso.



Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación.

A) Proyección antiformalista de la tutela judicial.

Una vez reconocida legalmente la procedencia de un recurso, el acceso al mismo (en los términos y con los requisitos establecidos) se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de que se aprecie su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso. Entre otras muchísimas, pueden verse en tal sentido las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998.

No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre).

B) Necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos.

La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descansa en error patente (SSTC 58/1995, 209/1996 y 127/1997).

El principio pro actione no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000).

C) Las exigencias formales en la casación.

El carácter extraordinario del recurso de casación aparece explicitado, sin dejar lugar a ningún género de dudas, cuando se dispone que la Sala de lo Social del TS conocerá "en los supuestos y por los motivos" establecidos en la Ley (art. 205.1 LRSJ); las "resoluciones" recurribles aparecen descritas en el artículo 206 LRJS y los "motivos" en el artículo 207 LRJS . Su interposición, en consecuencia, no podría realizarse con fundamento en meros -aunque fueren legítimos- intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal a quo , sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones (los llamados "motivos del recurso") permitidas al efecto.

La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

2. Alcance del artículo 210 LRJS.

Con el referido norte interpretativo (hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado) interesa recordar que el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias:

- 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación.
- 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad.
- 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207.



- 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo.
 - 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas.
 - 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas.
 - 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.
 - 8) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna.
3. Doctrina de la Sala sobre las exigencias del escrito de interposición del recurso.

De manera uniforme viene llamándose la atención sobre la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable.

Así, por ejemplo, en la STS de 15 junio 2004 (rec. 103/2004) se desestima el recurso, que en su día pudo haberse inadmitido, al entender que se produce un incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos establecidos para recurrir puesto que el escrito ni señala cuáles son los motivos por los que encauza el recurso, ni cita de manera clara y concreta qué preceptos considera infringidos, ni menos aún razona por qué y en qué sentido lo han sido. Con cita de numerosos antecedentes, se argumenta la necesidad de que se cumpla con las exigencias legales:

"Y es que, si así no hubiera de hacerse, se produciría un doble resultado pernicioso para los principios que deben regir el proceso y para la finalidad que éste está llamado a cumplir. Por un lado, se estaría pretendiendo que fuera el propio Tribunal quien tuviera que construir y fundamentar el recurso, con la consiguiente pérdida de la obligada neutralidad de aquél: la construcción y argumentación del recurso únicamente a la parte recurrente incumbe; y por otro, la decisión del recurso que hubiera de adoptar el órgano jurisdiccional en estas condiciones, necesariamente habría causado indefensión a la parte recurrida, porque le habría impedido conocer con la debida claridad y precisión el sentido y alcance de la tesis de su contrincante, de suerte que no hubiera podido rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia".

En la STS de 24 noviembre 2009 (23/2009) hay nuevamente una detallada exposición sobre la necesidad de establecer y justificar la causa de impugnación de la sentencia recurrida. Esta exigencia no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

En la STS 4 noviembre 2010 (rec. 65/2010) se invocan diversos precedentes, insistiendo en la idea de que " para cumplir con el requisito de la fundamentación de la infracción legal es necesario no sólo citar los preceptos que se consideren infringidos, sino también razonar la pertinencia y fundamentos de la infracción en forma suficiente ".

Respecto de los requisitos para que proceda una revisión fáctica por vía de casación, antes y después de la LRJS, la doctrina de esta Sala viene exigiendo los mismos requisitos, compendiados, por ejemplo, en la STS de 13 febrero 2013 (rec. 170/2011):

"Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Por su lado, la STS de 19 marzo 2013 (rec. 73/2012) explica que la doctrina sentada bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral mantiene plenamente su vigencia; de este modo, se marca la continuidad respecto del modo de fundar la infracción legal o de instar la revisión fáctica.

Del mismo modo, la STS 26 junio 2013 (rec. 165/2011) invoca numerosos precedentes para reiterar la necesidad de cumplir las exigencias legales, al margen de la mayor o menor extensión formal que el escrito presente:

"No se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito

ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia".

Por último, sin ánimo exhaustivo alguno, la STS de 9 diciembre 2013 (rec. 31/2013) desestima un recurso de casación, también en pleito sobre despido colectivo, porque se instaba revisión fáctica sin concretar los documentos en que se basa ni proponer supresión ni texto alternativo; además, se dirigía contra las menciones jurídicas contenidas en los fundamentos jurídicos y tampoco se señalaba el precepto legal infringido ni el contenido de la infracción o vulneración cometidas".

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala el recurrente ha cumplido de manera suficiente los requisitos exigidos, ha razonado la pertinencia y fundamentación del único motivo del recurso; ha argumentado el contenido concreto de la infracción o vulneración denunciadas, identificando los preceptos que entiende vulnerados y la forma en que lo han sido, por lo que no procede la inadmisión del recurso, como pretende la recurrida, por falta de rigor técnico.

QUINTO.-Para una recta comprensión de la cuestión debatida pasamos a consignar los hechos relevantes, obtenidos de la sentencia de instancia.

Primero: INTERPARKING HISPANIA S.A. es una empresa que se dedica a operar aparcamientos de coches, operando en varias ciudades de España, donde gestiona tanto aparcamientos subterráneos como control horario de zonas de estacionamiento creadas por las corporaciones municipales.

Segundo: INTERPARKING HISPANIA S.A. es la matriz de las sociedades INTERPARKING IBERICA S.L., INTERPARKING LLEIDATANA S.A., ESTACIONAMIENTOS ISLEÑOS S.L., APARCAMENT PARC SANITARI S.L., así como la empresa mayoritaria en las UTE INTERPARKING HISPANIA S.A.- VIAS y UTE APARCAMIENTOS SANTANDER S.L., constituyendo un grupo mercantil.

La actividad de los aparcamientos, a su vez, se subdivide en dos líneas, (i) la de abonados y (ii) la de rotación, siendo ésta la que supone el mayor ingreso de la empresa.

Tercero: El porcentaje de caída de ingresos acumulado de todos los centros de trabajo en esas semanas (11 a 13) en el periodo 11 de marzo a 26 de marzo de 2020, arroja en comparativa en mismo período 2019 vs 2020, una diferencia promediada de -72% de ingresos.

Cuarto: La cuenta de pérdidas y ganancias (expediente administrativo) refleja que, en comparativa con el ejercicio anterior, en el mismo período, mientras se aprecia un equilibrio en las ventas en los meses de enero y febrero, en el mes de marzo ya se aprecia una fuerte disminución, entre un 45% y un 55% dependiendo del centro de trabajo, siendo la previsión para el mes de abril de un -85%. La conclusión de lo anterior lleva, con relación a los gastos de explotación fijos, a un escenario negativo en el resultado de explotación de los aparcamientos que en el mes de marzo será de un promedio de un -45% y en abril, de un -95%, según el centro de trabajo.

Quinto: El 30-3-20 tuvo entrada en esta Dirección General de Trabajo escrito en el que el representante de la empresa solicita autorización para la suspensión de las relaciones laborales de 111 (es un error, son 114) trabajadores de los 195 que conforman la plantilla de dicha empresa durante la duración del estado de alarma. La solicitud se fundamenta en causa de fuerza mayor.

Sexto: El 3 de abril de 2020 la Directora General de Trabajo del Ministerio de Trabajo dictó resolución denegando la solicitud formulada.

Séptimo: El 30 de abril de 2020 se presentó recurso de alzada, habiendo transcurrido el plazo de dos meses sin que recayera resolución expresa.

SEXTO.- La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de si concurría fuerza mayor justificativa del ERTE y lo ha hecho entre otros en los siguientes asuntos:

Ha resuelto que concurría la fuerza mayor alegada por la empresa como justificativa del ERTE en las siguientes resoluciones:

La STS de 25 de enero de 2021, recurso 125/2020 confirmó la SAN que desestimó la impugnación efectuada por CCOO de la decisión de la empresa de suspender los contratos de 187 trabajadores por fuerza mayor, en un supuesto en el que la empresa, cuya actividad es la de centros de educación infantil de titularidad pública desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones, vio suspendidos dichos contratos desde el 14 de marzo de 2020. En definitiva, los concesionarios públicos pueden presentar un ERTE por fuerza mayor sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:



"Por lo que se refiere a la apreciación de la fuerza mayor, negada por la demandante ahora recurrente, cabe señalar que la solicitud de la empresa de autorización de expediente de regulación de empleo temporal de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor, ha de estimarse aprobada inicialmente por silencio administrativo positivo, aunque con posterioridad recayera resolución expresa de la Dirección General de Trabajo que constata la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, con lo cual decae por su propio peso la alegación del recurrente, al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, lo cual determina pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19 y es causa justificativa de la suspensión de los 187 contratos de trabajo de los trabajadores de su plantilla. Resolución que no consta haya sido impugnada, y que en todo caso, no sería objeto del presente procedimiento.

La fuerza mayor a que se refiere el precepto, es la definida por el art. 22.1 del RD-L 8/2020, en la redacción dada por el RD-L 15/2020 de 21 de abril que lo modifica. Se trata de un concepto de creación legal y concreción administrativa, vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria. En este sentido, dicho precepto establece que las suspensiones de contratos, que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración de estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, tendrán la consideración de fuerza mayor, con las consecuencias que resultan del art., 47 ET ...

Por otro lado, no puede obviarse que los Ayuntamientos en los que se encuentran los centros de trabajo afectados... , acordaron la suspensión del servicio de escuela infantil municipal, así como de los contratos de gestión de los servicios públicos ante la imposibilidad total de prestación de los mismos...

En definitiva, contrariamente a lo señalado por la recurrente, el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. El contratista que se encuentre en la situación descrita en el art. 34.4 pfo. 1º del RD-ley 8/2020, como se señala en el mismo, deberá dirigir solicitud al órgano de contratación para que pueda adoptarse el pronunciamiento sobre la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de dicha situación, cual ha sucedido en el presente caso en que se acuerda la suspensión del servicio como consecuencia del RD 463/2020, de 14 de marzo, y la suspensión de los contratos al declararse expresamente la imposibilidad de ejecución de los contratos de gestión del servicio público de las escuelas infantiles (descriptor nº 64)."

La STS de 23 de septiembre de 2021, recurso 89/2021, confirmó la sentencia de la AN que desestimó la demanda de CGT en la que interesaba se declarara la nulidad del ERTE porque no concurría fuerza mayor y se tenía que haber tramitado un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La sentencia razona lo siguiente:

"Con la excepción del artículo 4 ET y del artículo 6 CC, todos los demás preceptos se refieren al ERTE (o ERE) por fuerza mayor. Aunque el recurso se limita a denunciar la infracción de estos preceptos, sin hacer mayores desarrollos que los tres argumentos mencionados, subyace en la mención de estos preceptos la idea fuerza de la demanda de conflicto colectivo de que el ERTE es fraudulento porque debía de haberse basado, en su caso, en causas económicas productivas y no en fuerza mayor. Y, como ya hemos dicho, no consta que la federación sindical demandante haya recurrido la resolución administrativa que considera estimada la solicitud de declaración de fuerza mayor formulada por la empresa."

La STS de 27 de octubre de 2021, recurso 60/2021, examinó la exclusión de un ERTE por fuerza mayor de los trabajadores fijos-discontinuos.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"Siendo distinta la normativa aplicable, así como los colectivos de trabajadores a los que les es de aplicación, no se produce la desigualdad de trato denunciada. No obstante ello, y en aplicación de la normativa mencionada, procede la estimación parcial del recurso, y ello en relación justamente con el RDL 15/2020 cuya exposición de motivos es clarificadora en cuanto señala que "... se refuerza la protección de las trabajadoras y los trabajadores fijos-discontinuos, ampliando la cobertura regulada en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, a aquellas personas trabajadoras que no hayan podido reincorporarse a su actividad en las fechas previstas, como consecuencia del COVID-19 y que, o bien disponiendo de periodos de ocupación cotizada suficiente, no cumplen el requisito de situación legal de desempleo, o bien no pueden acceder a la prestación por desempleo por carecer del periodo de cotización necesario para acceder a dicha prestación", con lo cual se ampara a todos aquellos trabajadores que quedaron fuera de la redacción original referida, cual sucede en el supuesto examinado..."

casando y anulando en parte la sentencia recurrida, en el sentido de estimar parcialmente la demanda, para que se incluyan en el ERTE a los trabajadores fijos-discontinuos que habiendo sido llamados a trabajar en el



periodo de actividad del año 2020, vieron suspendida su actividad antes y después de la fecha de efectos del ERTE-FM pasando a la situación de desempleo, así como a los trabajadores fijos-discontinuos que no hubieran podido reincorporarse a la misma por falta de llamamiento anterior a la fecha del ERTE- FM, como consecuencia del COVID-19";

La STS de 16 de diciembre de 2021, recurso 209/21, confirmó la SAN que estimó la demanda interpuesta por la empresa Mediterránea de Catering, S.L. y declaró constatada la fuerza mayor en el ERTE basado en el art. 22 RDL 8/2020, que había sido denegado por la autoridad laboral, por entender que debe acudirse a la vía del artículo 34 RDL 8/2020. Los concesionarios públicos pueden presentar un ERTE por fuerza mayor sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin que esta solicitud constituya una medida prioritaria, alternativa y excluyente de aquella.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"Los concesionarios públicos pueden presentar un ERTE por fuerza mayor del artículo 22 RDL 8/2020 , sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener, en su caso, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato previsto en el artículo 34 RDL 8/2020 . Ambas cosas son compatibles, sin que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato público suspendido constituya una medida prioritaria, alternativa y excluyente de la posibilidad de acudir a un ERTE por fuerza mayor para suspender los contratos de trabajo del personal originariamente adscrito a la ejecución del contrato.

Recordemos que, como regla general, durante la suspensión de los contratos de trabajo no se devengan salarios (artículo 45.2 ET), pero otra cosa es que durante la suspensión del contrato administrativo existan algunas personas de la empresa adjudicataria que deban seguir prestando sus servicios para realizar tareas de mantenimiento, de seguridad, preparatorias, de cierre o similares. Y en tal caso sería posible compatibilizar la suspensión del contrato administrativo, el ERTE y la solicitud de reintegro de gastos por salarios abonados.

Ni el artículo 22 RDL 8/2020 excluye a las empresas contratistas del sector público de su ámbito de aplicación, ni el artículo 34 RDL 8/2020 impide a estas empresas adoptar las medidas laborales oportunas. Ambos preceptos regulan objetos jurídicos distintos y son, de ese modo, complementarios.

Además, el artículo 34 RDL 8/2020 no prevé un sistema indemnizatorio automático, sino que regula un procedimiento que exige solicitud de parte y acreditación de los perjuicios sufridos, no teniendo garantizado el contratista que la indemnización reclamada le va a ser reconocida en todo caso. En relación con los contratos de concesión de obras y servicios, no reconoce al concesionario el derecho a ser indemnizado por los costes laborales asumidos mientras el contrato esté interrumpido, sino a recibir una difusa compensación que se concretará en la ampliación del plazo de la concesión o en la modificación de sus condiciones económicas.

Esta interpretación concuerda con el régimen aplicable en casos de fuerza mayor común. Los artículos 47 ET y la disposición adicional decimoséptima ET impiden que la suspensión por causa de fuerza mayor se implemente en las administraciones públicas, pero no en sus empresas contratistas".

La STS de 19 de enero de 2022, recurso 82/2021, confirmó la SAN que desestimó la demanda formulada por el SEPLA impugnando la decisión de la empresa Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, que había suspendido los contratos de trabajo del personal de vuelo en un expediente de regulación temporal de empleo, habiendo sido constatada la concurrencia de fuerza mayor por resolución administrativa.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En el supuesto enjuiciado, la autoridad laboral constató la existencia de fuerza mayor. La medida de suspensión de los contratos de trabajo de los pilotos debe considerarse razonable en términos de gestión empresarial. La cancelación de un porcentaje muy elevado de vuelos justifica la suspensión de los contratos de trabajo. No ofrece duda que la fuerza mayor creó la necesidad de suspender los contratos de trabajo. Posteriormente, la evolución de la pandemia y las necesidades derivadas de la prestación del servicio de transporte aéreo hicieron que la empresa procediera en relación con el personal de vuelo de conformidad con lo explicitado en los fundamentos de derecho anteriores: comunicando a cada trabajador su respectiva programación mensual con 14 días de antelación y efectuando, en su caso, las desafectaciones impuestas por las necesidades del servicio. Air Nostrum mantuvo informado al personal en la medida en que las excepcionales circunstancias de la pandemia se lo permitieron, debiendo concluir que se trató de una medida razonable y proporcionada, que debe reputarse de razonable en términos de gestión empresarial. La decisión empresarial fue adecuada".

La Sala ha resuelto que no concurría la fuerza mayor alegada por la empresa como justificativa del ERTE en las siguientes resoluciones:



La STS de 23 de septiembre de 2021, recurso 75/2021, desestimó el recurso de RYANAIR, confirmando la SAN, que mantuvo la resolución administrativa impugnada denegatoria de la constatación de fuerza mayor, considerando que la finalidad perseguida por la empresa era suspender los contratos de los trabajadores despedidos -el despido había sido declarado nulo por sentencia firme- con efectos retroactivos, y situar en desempleo a tales trabajadores despedidos, con efectos retroactivos desde la declaración del estado de alarma en adelante, cubriendo, así, un amplio período de tiempo durante el cual la empresa debía pagar salarios de tramitación por la declaración de nulidad del despido.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"...habida cuenta de que el grueso de los trabajadores afectados por el ERTE que analizamos había sido objeto de despido, a través de un despido colectivo que había sido declarado nulo por sentencia firme, lo correspondiente, lo que la empresa debió efectuar es readmitir a los trabajadores y abonarles los correspondientes salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la firmeza de la sentencia del despido declarado nulo. A partir de ese momento, la empresa pudo - si las circunstancias fácticas y la normativa vigente lo permitían- iniciar un nuevo ERTE con efectos desde la fecha en que la relación laboral se reconstituyó. Pero, sin embargo, lo que la recurrente hizo fue tramitar una suspensión de contratos con fecha de efectos retroactiva a la declaración del estado de alarma -concretamente, con efectos del 15 de marzo de 2020-. Con ello intentaba suspender los contratos de los trabajadores despedidos, con efectos retroactivos, y situar en situación de desempleo a tales trabajadores desde la declaración del estado de alarma en adelante, cubriendo, así, un amplio período de tiempo durante el cual tales contratos estaban extinguidos por voluntad unilateral de la empresa, extinciones que fueron declaradas nulas con las legales consecuencias inherentes. La tramitación de un nuevo ERTE con efectos retroactivos pretendía eludir el abono de los salarios de tramitación a los que estaba legalmente obligada por la sentencia que declaró la nulidad de los despidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.11 LRJS en relación a los artículos 123.2 y 113, LRJS, así como el artículo 55.6 ET ...

El fraude de ley en el que se fundamenta la resolución administrativa impugnada, determina que, conforme a la misma, no pueda apreciarse la existencia de la fuerza mayor pretendida por la empresa para poner en marcha el ERTE."

La STS de 15 de diciembre de 2021, recurso 179/2021, confirmó la SAN que desestimó la impugnación de las resoluciones administrativas que declararon no constatada la existencia de fuerza mayor en el ERTE COVID planteado por Arcelormittal.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

" A juicio de la Sala, coincidente con el de la sentencia recurrida y con el de la resolución impugnada, en el supuesto que examinamos las circunstancias acreditadas por el grupo recurrente no encajan directamente en ninguna de las previsiones que el artículo 22 RDL 8/2020 configura como constitutivas de la fuerza mayor que el precepto configura. Con independencia de si la intención del grupo fue o no, conseguir una suspensión general de todos los contratos de trabajo y, posteriormente, ir incorporando total o parcialmente a los trabajadores en función de las necesidades de cada momento, es lo cierto que no han quedado acreditados los hechos indispensables para que pueda apreciarse la fuerza mayor en todas y cada una de las empresas del grupo; ni siquiera contempladas de manera individual o aislada. Ello no quiere decir que pudiera producirse a lo largo de la persistencia de la pandemia un desajuste real entre la carga de trabajo y la configuración normal de la plantilla de la empresa y que tal situación pudiera o no quedar comprendida en el ámbito de las causas técnicas, organizativas, productivas o económicas que, en su caso, pudieran justificar una determinada suspensión de contratos o reducción de jornada en todas o algunas de las empresas del grupo; pero, en modo alguno, los hechos acreditados pueden ser considerados como causa de fuerza mayor a la luz de los indicados preceptos. En consecuencia, se impone la desestimación de este motivo".

La STS de 20 de enero de 2022, recurso 231/2021, confirmó la SAN que desestimó la impugnación de las resoluciones administrativas que declararon no constatada la existencia de fuerza mayor en el ERTE COVID planteado por Grupo Abeto, dedicada a servicios de limpieza.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En el caso que ahora enfrentamos, la denegación por la Autoridad Laboral lo es por falta de constatación de la existencia de fuerza mayor en el expediente presentado por la empresa, por carencia de acreditación suficiente de la imposibilidad temporal de continuar con la actividad empresarial.

En sede fáctica figura que la solicitud formulada por la representación empresarial acompañaba, junto a la relación de los trabajadores afectados, la memoria explicativa o informe que se entendía era el soporte de la vinculación de la pérdida de actividad con el COVID-19, y, por otra parte, diversas comunicaciones de clientes



que, o bien cerraron sus instalaciones, o bien suspendieron o redujeron el servicio de limpieza que tenían contratado con la recurrente. La referida Memoria afirmaba que la entidad se encontraba en una situación de fuerza mayor por causa directa en pérdida de actividad como consecuencia de la pandemia, si bien coyuntural y temporal.

De conformidad con las herramientas normativas y jurisprudenciales transcritas, devenía preciso constatar que, o bien la actividad (de limpieza) de la empresa resultaba incardinada entre las que el citado RD 463/2020 (modificado por el RD 465/2020) desglosaba en el Anexo intitulado "Relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 ." -precepto este último regulador de las Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, cuyo contenido transcribimos anteriormente-; o bien acreditar una pérdida de actividad vinculada al Covid-19.

Compartimos con la Sala de instancia la conclusión de la carencia acreditativa que alcanza, y la ubicación en su caso en el denominado ERTE-ETOP Covid. Descartada la localización en el primero de aquellos grupos -afectación de la actividad por las medidas de contención-, tampoco deviene factible apreciar la conexidad que se reclama. Mientras que la vía postulada por la empresa requiere acreditar una vinculación entre la pérdida de actividad y el Covid, en el ERTE-ETOP el legislador no utiliza el término vinculación sino el de relación: que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción estén relacionadas con el COVID".

La STS de 24 de enero de 2022, recurso 262/2021, confirmó la SAN, que desestimó la demanda de VISIÓN LAB, empresa dedicada al comercio minorista de óptica, que impugnó la resolución administrativa que no constata fuerza mayor.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En el presente supuesto, debía concurrir una conexión directa e inmediata -"directa e irremediamente 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", señalaba aquel Preámbulo, o en dicción de la propia norma: "Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID, incluida la declaración del estado de alarma"- y, correlativamente, en tal forma acreditarla.

En el caso, la pérdida de actividad notificada en la solicitud se muestra relacionada con el Covid-19, pero no anudada o vinculada directamente al mismo. Y faltando esa conexidad directa e inmediata, si se estimaren concurrentes circunstancias encuadrables en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, será el cauce del citado art. 23 el que resulte de cobertura.

Es el art. 22 el que, ante la necesidad de acudir a medidas de ajuste en el ámbito laboral impuesta, en muchos supuestos, por circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa, describe con ánimo exhaustivo, define, los supuestos a los que se atribuye de manera objetiva la condición de fuerza mayor o carácter involuntario, perentorio y obstativo, la encomienda a la autoridad laboral de la constatación de que concurrían los hechos descritos, y 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. La resolución en este caso emitida respetó su contenido, tal y como concluye la sentencia de instancia, ante la carencia de acreditación de la vinculación exigida por el legislador.

El momento temporal en el que acaece aquella petición se posiciona con anterioridad al dictado y entrada en vigor del RD-L 15/2020 de 21 de abril, que aclaró la posibilidad de que la fuerza mayor fuese parcial. La solicitud que se formula se efectúa el 17-3-2020 y para un momento determinado, esto es, para los días 14 a 29 de marzo de 2020, por ello no resulta procedente pretender la igualdad de respuesta a posibles suspensiones de actividades decretadas con posterioridad a dicho periodo de tiempo o referencias a preceptos que no se encontraban en vigor en el periodo de tiempo para el que se solicitó la constatación de fuerza mayor; que no pueden ser tenidos en consideración en el presente caso; y sin que a ello obste el impreciso suplico de la demanda con pretensión de futuro."

La STS de 17 de febrero de 2022, recurso 255/2021, confirmó la SAN que desestimó la impugnación de la resolución administrativa que declaró no constatada la fuerza mayor en el ERTE COVID planteado por Antai Comercialización e Instalación de Materiales de Construcción-.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"No estamos, en consecuencia, ante una resolución administrativa que deniega la solicitud de constatación de fuerza mayor para el periodo 30 de marzo a 9 de abril amparada en el RDL 10/2020, sino ante una resolución administrativa que deniega la solicitud de constatación de fuerza mayor hasta finalizar el estado



de alarma amparada en el Real Decreto 463/2020, formulada por una empresa que no probó que su actividad se encontrara entre las afectadas por las medidas de contención contempladas en el articulado y en el anexo del citado Real Decreto 463/2020 y a la que se indicó que recondujera su petición, en su caso, a las causas técnicas, organizativas o de producción".

La STS de 17 de febrero de 2022, recurso 288/2021, confirmó la SAN que desestimó la impugnación de la resolución administrativa que declaró no constatada la fuerza mayor en el ERTE COVID planteado por Toyota Material Handling España SA.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En el caso que ahora enfrentamos, la denegación por la Autoridad Laboral correspondiente a la mayor parte del periodo petitionado por la empresa lo fue por falta de constatación de la existencia de fuerza mayor, por carencia de acreditación suficiente de la imposibilidad temporal de continuar con la actividad empresarial.

De conformidad con las herramientas normativas y jurisprudenciales transcritas, devenía preciso constatar que, o bien la actividad de la empresa resultaba incardinada entre las que el citado RD 463/2020 (modificado por el RD 465/2020) desglosaba en el Anexo intitulado "Relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10." -precepto este último regulador de las Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, cuyo contenido transcribimos anteriormente-; o bien acreditar una pérdida de actividad vinculada al Covid-19.

Compartimos con la Sala de instancia la conclusión de la carencia acreditativa que alcanza, y la ubicación en su caso en el denominado ERTE-ETOP Covid (tal y como se suscitó casi simultáneamente). No deviene factible apreciar la conexidad reclamada; mientras que la vía postulada por la empresa requiere acreditar una vinculación entre la pérdida de actividad y el Covid, en el ERTE-ETOP el legislador no utiliza el término vinculación sino el de relación: que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción estén relacionadas con el COVID-19".

La intensidad o magnitud de la correlación en uno u otro plano resulta disímil; notablemente mayor cuando hablamos de vinculación o encadenamiento. En el presente supuesto, debía concurrir una conexión directa e inmediata -"directa e irremediamente 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", señalaba aquel Preámbulo, o en dicción de la propia norma: "Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID, incluida la declaración del estado de alarma"- y, correlativamente, en dicha forma acreditarla.

Las referencias de la parte solicitante a las suspensiones o reducciones de actividad de un sector de su clientela o encargos suspendidos o aplazados no cubren aquel requerimiento, sin que figure con certitud que a su vez lo eran siempre o en todo caso por fuerza mayor. Y aunque se considere lo expuesto o manifestado sobre suspensiones, totales o parciales o aplazamientos de condiciones mercantiles contractuales con terceras empresas, también reconoce la propia empresa que otros clientes -por ejemplo, en el sector de alimentación- no se vieron afectados por las prohibiciones previstas en el Real Decreto 463/2020, continuando en funcionamiento la mercantil para prestar los servicios imprescindibles.

De cualquier modo, se insiste, la pérdida de actividad se muestra relacionada con el Covid-19, pero no anudada o vinculada directamente al mismo. Y faltando esa conexidad directa e inmediata, si se estimaren concurrentes circunstancias encuadrables en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, será el cauce del citado art. 23 el que resulte de cobertura, como efectivamente lo articuló la propia demandante dentro del periodo temporal respecto del que había instado el ERTE por fuerza mayor según relata el incombato HP 4º: con fecha 24 de abril de 2020 la empresa demandante presentó otra solicitud de procedimiento de regulación de empleo por causas productivas, que finalizó con acuerdo entre la empresa y la comisión representativa de los trabajadores alcanzado en la tercera reunión celebrada el día 29 de abril de 2020 durante el período de consultas. Se convino suspender 149 contratos de trabajo y reducir las jornadas de 196 trabajadores, comunicándolo al Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social el día 30 de abril de 2020, superponiéndose en el tiempo sobre el periodo para el que se había petitionado la declaración del ERTE por fuerza mayor y respecto de un sumatorio de trabajadores similar (341/345).

Compendiando la precedente fundamentación, es el art. 22 el que, ante la necesidad de acudir a medidas de ajuste en el ámbito laboral impuestas, en muchos supuestos, por circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa, describe con ánimo exhaustivo, define, los supuestos a los que se atribuye de manera objetiva la condición de fuerza mayor o carácter involuntario, perentorio y obstativo, la encomienda a la autoridad laboral de la constatación de que concurrían los hechos descritos, y 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. La resolución en este caso emitida respetó su contenido, y así lo concluye la sentencia de instancia, ante la carencia de acreditación de la vinculación directa (y no refleja) exigida por el legislador".

SÉPTIMO.- Los preceptos a tomar en consideración para resolver la cuestión debatida son los siguientes:

Estatuto de los Trabajadores

Artículo 51

"7. 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 procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario".

RD 463/2020, de 14 de marzo

Artículo 7

"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:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

I bis. La vigencia del estado de alarma no supondrá obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de comunidades autónomas.

2. Los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado cuando este realice alguna o algunas de las actividades previstas en el apartado anterior.

3. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio".

Se ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 1, 3 y 5, de este artículo con el alcance y efectos señalados en los fundamentos jurídicos 2.d) y 11.a), b) y c), por sentencia del TC 148/2021, de 14 de julio

Artículo 10



"Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales.

1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. En cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en las que se esté desarrollando.

2. La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida deberá ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos.

3. En todo caso, se evitarán aglomeraciones y se controlará que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.

4. 3. Se suspende la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del presente real decreto.

5. 4. Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

6. 5. Se suspenden asimismo las verbenas, desfiles y fiestas populares.

7. 6. Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine".

RD Ley 8/2020, de 17 de marzo

Artículo 22

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

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 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.

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.

3. Para la tramitación de los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, será de aplicación el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada, salvo en lo relativo al plazo para la emisión de resolución por parte de la Autoridad Laboral y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo previsto en los apartados c) y d) del apartado anterior.

Téngase en cuenta el art. 1 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, en cuanto a la autorización de prórroga de los expedientes de regulación temporal de empleo vigentes a fecha de 30 de septiembre de 2021, basados en el presente artículo, prorrogados por el art. 1 del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo".

Artículo 23.

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

1. En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes:

a) En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

b) El periodo de consultas entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras o la comisión representativa prevista en el punto anterior no deberá exceder del plazo máximo de siete días.

c) 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 siete días.

2. Para la tramitación de los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, será de aplicación el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, salvo en lo relativo al desarrollo del periodo de consultas y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo previsto en los apartados b) y c) del apartado anterior."

OCTAVO.-1.-En el único motivo del recurso el recurrente alega que la sentencia impugnada infringe el artículo 10 del RD 463/2020, el artículo 7 del RD 463/2020, el artículo 22 del RD 8/2020, de 18 de marzo -debió decir RD Ley 8/2020, de 17 de marzo- y el artículo 1105 del Código Civil.

En esencia alega que concurre fuerza mayor ya que:



1. La empresa se encarga a la gestión de parkings.
2. Había limitación de la movilidad de las personas, lo que comporta que no se acceda a los establecimientos de la empresa.
3. El Real Decreto 8/2021 dispone, explícitamente, que las suspensiones de contrato o las reducciones de jornada que tengan su causa directa en el COVID 19 se considerarán de fuerza mayor.
4. Al estar ante una situación totalmente imprevisible e inevitable, la empresa no debe responder.

Continúa razonando que atendiendo a la cuenta de pérdidas y ganancias, supone que en comparativa con el ejercicio anterior, en el mismo período, mientras se aprecia un equilibrio en las ventas en los meses de enero y febrero, en el mes de marzo ya se aprecia una fuerte disminución, entre un 45% y un 55% dependiendo del centro de trabajo, siendo la previsión para el mes de abril de un -85%.

La conclusión de lo anterior lleva, con relación a los gastos de explotación fijos, a un escenario negativo en el resultado de explotación de los aparcamientos que en el mes de marzo sería de un promedio de un -45% y en abril, de un -95%, según el centro de trabajo.

2.- El concepto de fuerza mayor, como causa justificativa del ERTE aparece perfilado en el preámbulo del RD Ley 8/2020 que señalaba: al efecto 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."

Por su parte, el Preámbulo del RD Ley 15/2020 consigna: "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 irremediamente 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."

En la sentencia precitada de Pleno de 22.09.2021, recurso 75/2021 , examinamos también el concepto de fuerza mayor, razonando:

"En este marco, la aparición de la pandemia provocó que diversas normas de emergencia, especialmente, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 establecieron medidas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTES) que persiguieron evitar que una situación coyuntural como la existente tuviera un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. Tales medidas tenían 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, con la intención de contribuir a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, puesto que se potenciaron las medidas dirigidas al mantenimiento del empleo sobre las relativas a la extinción de los contratos. Por ello, se determinó que las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 tendrían la consideración de fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada. Y, precisamente, para hacer efectivo ese principio general, la nueva normativa, mantuvo la constatación por parte de la autoridad laboral de la situación de fuerza mayor como elemento imprescindible que permitirá, ulteriormente, al empresario, proceder a suspender contratos o a reducciones de jornada.

Hay que recordar que, en situaciones de normalidad, un supuesto de fuerza mayor, para que provoque la suspensión de los contratos de trabajo requiere, en primer lugar, que, a través de un procedimiento



administrativo especial, la autoridad laboral "constate la existencia de fuerza mayor"; y que, una vez constatada administrativamente la misma, el empresario tome la decisión que estime oportuna. En el primer aspecto estamos en presencia de un procedimiento administrativo, susceptible de control judicial por el orden social desde la LRJS, una vez agotada la vía administrativa (es este el supuesto que nos ocupa). En la segunda fase, la decisión empresarial puede impugnarse directamente ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

En los supuestos de fuerza mayor ligados al COVID 19, el artículo 22 RDL 8/2020 no ha variado el esquema general. Por un lado, ha mantenido la necesidad de que la autoridad laboral constate la exigencia de fuerza mayor a pesar de que el mismo precepto proclama que las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos. Ese mantenimiento está ligado a la comprobación de la afectación de las medidas de todo tipo vinculadas al COVID 19 a la situación de la empresa y de sus trabajadores. Por otro lado, ha establecido algunas especialidades respecto del procedimiento de la suspensión temporal de contratos prevista en los artículos 47.3 ET y 31 a 33 del RD 1483/2012. En este caso, se ha entendido necesario agilizar el procedimiento y garantizar que las especiales consecuencias de una medida de este tipo se proyecten sobre empresas y trabajadores que lo necesiten".

3.- En el caso sometido a la consideración de la Sala la no constatación por la Autoridad Laboral de la concurrencia de fuerza mayor obedece a la falta de acreditación suficiente por la empresa de la imposibilidad temporal de continuar con su actividad.

A este respecto procede señalar que en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada se consigna que si bien hay prueba de las pérdidas de actividad alegadas, no se ha acreditado el hecho de que los trabajadores hubieran cesado su actividad de forma total, ni siquiera de forma parcial. De igual forma no se ha aportado documento alguno que avale el cierre de los servicios de parking, el hecho de que se produjera la suspensión del servicio de hora no vincula en ese caso, a pesar de que la parte actora afirma que existen servicios que se prestan en servicios públicos (lo que se hubiera podido acreditar con la aportación de cualquier tipo de documentación que probara que se prestan en el servicio público con el consiguiente valor de documento público a dicho documento conforme al artículo 1216 del código civil), y no ha quedado acreditado de ninguna forma.

Al ahora recurrente le incumbía probar, bien que la actividad de aparcamientos subterráneos y la de control horario de zonas de estacionamiento creadas por las Corporaciones municipales se encontraban entre las que el RD 463/2020 (modificado por el RD 465/2020) enumeraba en el Anexo nominado "Relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10", o bien acreditar una pérdida de actividad vinculada al Covid-19.

Excluida la ubicación de la actividad en el Anexo al RD 463/2020, tampoco cabe apreciar que concurre la segunda circunstancia mencionada -pérdida de actividad vinculada al Covid-19-.

Ocurre que la figura del ERTE por fuerza mayor, seguido por la empresa, requiere acreditar que su causa directa reside en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID - artículo 22 RD Ley 8/2020- en tanto en el ERTE ETOP el legislador no utiliza el término "causa directa" sino el de "causas relacionadas con el COVID-19". La intensidad de la relación de las causas con el COVID es más intensa en el ERTE FM que en el ERTE ETOP.

Postulando el ahora recurrente la procedencia del ERTE FM debió acreditar que su causa directa residía en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma.

Las afirmaciones del recurrente, debidamente acreditadas, de que ha habido pérdida de actividad, tal y como aparece recogido en el ordinal cuarto del relato fáctico de la sentencia de instancia, no acreditan las exigencias del artículo 22 del RD Ley 8/2020 para entender que concurre fuerza mayor.

Procede señalar que la petición de la empresa dirigida a la autoridad laboral, a fin de que constatará la concurrencia de fuerza mayor, se realiza con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 15/2020 de 21 de abril, que aclaró la posibilidad de que la fuerza mayor fuese parcial.

En todo caso, la pérdida de actividad notificada en la solicitud se muestra relacionada con el Covid-19, pero no anudada o vinculada directamente al mismo. Al faltar esa conexidad directa e inmediata, si se estimaren concurrentes circunstancias encuadrables en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, será el cauce del citado artículo 23 al que la empresa deberá acogerse.

NOVENO.- Por todo lo razonado procede desestimar el recurso de casación formulado por el Letrado D. Juan Ignacio Olmos Martínez, en representación de INTERPARKING HISPANIA SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 28 de mayo de 2021, en el procedimiento número 286/2020, confirmando la sentencia recurrida.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Juan Ignacio Olmos Martínez, en representación de INTERPARKING HISPANIA SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 28 de mayo de 2021, en el procedimiento número 286/20, seguido a instancia de INTERPARKING HISPANIA SA contra LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO sobre IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

Condenar en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 1.500€.

Declarar la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ