



Roj: **STS 2023/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2023**

Id Cendoj: **28079149912022100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **19/05/2022**

Nº de Recurso: **8/2022**

Nº de Resolución: **464/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4114/2021,**
STS 2023/2022

CASACION núm.: 8/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 464/2022

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 19 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Alliance Healthcare España, S.A, representada y asistida por el letrado D. Eduardo Peñacoba Rivas, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2021, recaída en su procedimiento de impugnación de actos administrativos 147/2021, promovido a instancia de Alliance Healthcare España, S.A contra Secretaria de Estado de Empleo y Economía Social y Sindicato UGT.

Se ha personado y han presentado escritos de impugnación el Ministerio de **Trabajo** y Economía, asistido por el Abogado del Estado y UGT, representado y asistido por el letrado D. Agustín Cámara Cervigón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1. El 30 de abril de 2021 se presentó ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda por impugnación de actos administrativos por Alliance Healthcare España SA en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia conforme a sus pretensiones.

2. El 30 de septiembre de 2021, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en cuyos HECHOS PROBADOS consta lo siguiente:

"PRIMERO. - El día 27 de abril de 2020 por la empresa demandante se formuló ante la Dirección General de **Trabajo** (DGT) del Ministerio de Empleo y Economía Social solicitud de autorización para la adopción de medidas de regulación temporal de empleo (suspensión de **contratos** y/o de reducción de jornada) que afectan a los trabajadores que conforman la plantilla de dicha empresa, por causa de fuerza mayor vinculada a la situación extraordinaria creada por el COVID-19.

En la solicitud se indicaba que los trabajadores para los que se solicita las medidas de regulación temporal (suspensión de **contratos** de **trabajo** y/o de reducción de jornada) pertenecen a los centros de **trabajo** de la empresa sitios en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla la Mancha, Castilla León, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Extremadura, Madrid y País Vasco.

SEGUNDO. - Con fecha 8 de junio de 2020 la Directora General de **Trabajo** dictó resolución en la que acordó considerar estimada por silencio administrativo la solicitud de declaración de fuerza mayor formulada por la empresa Alliance Healthcare España SA, como causa de la suspensión de relaciones laborales y/o reducción de jornada de los trabajadores de su plantilla.

Se indicaba en la resolución que la declaración anterior producirá efectos a partir del momento en que se haya producido el hecho causante. Conforme a lo establecido en el artículo 28 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, las medidas previstas en sus artículos 22, 23, 24 y 25, estarán vigentes mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19. En consecuencia, los efectos de la presente resolución quedan condicionados por lo establecido en el mencionado artículo 28 y por las sucesivas decisiones que en cada momento se puedan adoptar por las autoridades competentes.

TERCERO. - El sindicato FESP-UGT interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución, que fue estimado por Orden Ministerial de 26 de febrero de 2021, en la que se anula y deja sin efecto la resolución de 8 de junio de 2020.

Se exponía en la orden, en síntesis, que no se aprecia la existencia de fuerza mayor por las siguientes razones: la primera, porque el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, excluye expresamente a los establecimientos farmacéuticos de la suspensión de apertura al público, por lo que en la práctica han seguido dando continuidad al comercio de productos farmacéuticos y a la actividad comercial de farmacia. No cabe confundir imposibilidad con la conveniencia de que una determinada actividad se realice de modo diferente a como habitualmente se efectúa. La sustitución de visitas presenciales por actuaciones telefónicas o telemáticas no puede provocar una suspensión total de la jornada de los **contratos** de **trabajo** afectados; y la segunda, porque una disminución de actividad en los puestos de **trabajo** de las categorías de Call Center, Dirección Técnica, Gestor de transporte, Secretaria de Dirección, Informática, RRHH, Gerencia, Compras y Aprovisionamientos, Control de Gestión, Análisis y Planificación Financiera o Televenta, exceptuando las que correspondan a los visitantes comerciales de farmacias, se encuadrarían en un expediente de regulación de empleo por causa productiva.

CUARTO. - El responsable de recursos humanos del área comercial de la empresa demandante, don Pedro Jesús ., manifestó que durante el ERTE se realizó actividad comercial telemática. Igualmente indicó que la esencia de la compañía como distribuidora farmacéutica es la visita al cliente, ver incidencias en la farmacia, presentar campañas, tomar pedidos, hacer venta directa. Precisó que entre las 201 personas trabajadoras finalmente afectadas por el ERTE se encontraban pertenecientes al colectivo que visita farmacias y también a departamentos que su actividad está directamente relacionada con la visita a farmacias, así de servicios financieros, márketing y call center.

QUINTO. - En el Anexo I de la memoria explicativa del ERTE por causa de fuerza mayor, elaborada por la empresa demandante y que figura al descriptor 19, se contiene un "Protocolo de funcionamiento en las empresas de distribución farmacéutica frente al Covid- 19" elaborado por la Federación de Distribuidores Farmacéuticos. En el mismo se indica que recoge las recomendaciones que la Federación de Distribuidores Farmacéuticos



(FEDIFAR) entiende que deben adoptarse en los almacenes mayoristas para contribuir a evitar contagios por COVID-19 y, al mismo tiempo, trata de asegurar el servicio esencial de suministro a las farmacias, de manera que la ciudadanía pueda tener acceso a los medicamentos y productos sanitarios disponibles.

En el punto 4 (prohibición de visitas comerciales a oficinas de farmacia), del apartado B (medidas de carácter externo, dirigidas a evitar contagios del personal de la empresa, en su actividad laboral, con personas ajenas a la misma), de la Primera Parte (Medidas preventivas), se decía lo siguiente: No se realizarán visitas a las oficinas de farmacia salvo las estrictamente necesarias para el adecuado suministro de medicamentos y productos sanitarios. Cualquier otra visita que se considere necesaria deberá ser adecuadamente justificada y autorizada".

3. En el fallo de dicha sentencia se dijo lo siguiente: "Se desestima la demanda promovida por Alliance Healthcare SA frente a la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social y la Federación de Empleados de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FESP-UGT), absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO. - 1. Alliance Healthcare SA, representada y asistida por el letrado D. Eduardo Peñacoba Rivas presenta recurso de casación contra la sentencia dictada.

2. El Ministerio de **Trabajo** y Economía Social, asistido por el Abogado del Estado, y FESP-UGT, representado y asistido por el letrado D. Agustín Cámara Cervigón presentan sendos escritos de impugnación contra el recurso de casación.

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

TERCERO. - Mediante providencia de 25 de marzo de 2022, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede a someterse a debate de la Sala en Pleno el 18 de mayo de 2022, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. La cuestión, controvertida en el presente recurso de casación, consiste en decidir si, la resolución administrativa impugnada, que no constató la concurrencia de fuerza mayor COVID en empresa distribuidora de productos farmacéuticos, causada por la suspensión de visitas comerciales a las farmacias, se ajustó o no a derecho.

2. La empresa recurrente articula cinco motivos de casación, dedicados los tres primeros a la modificación de los hechos probados. En el cuarto se denuncia que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva y en el quinto denuncia, que la citada sentencia ha infringido lo dispuesto en el art. 22.1 RDL 8/2020, de 17 de marzo, en relación con lo dispuesto en la D. F. del RDL 15/2020, así como la normativa autonómica de las Consejerías de Sanidad.

3. La Administración del Estado (Ministerio de **Trabajo** y Economía Social) ha impugnado todos los motivos de casación y, defiende, en primer lugar, que el recurso no debió ser admitido por falta de contenido casacional, toda vez que la recurrente se limita a reiterar las alegaciones, que fueron desestimadas en la instancia, exponiéndolas, además, con deficiente rigor técnico.

4. FeSP-UGT ha impugnado todos los motivos de casación.

4. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la total desestimación de todos los motivos de casación.

SEGUNDO. - 1. La Sala va a examinar, en primer término, los óbices procesales, alegados por el Abogado del Estado, toda vez que, de estimarse las causas de inadmisión del recurso, no sería viable conocer sobre los motivos de casación, interpuestos por la recurrente.

2. Las eventuales deficiencias del escrito mediante el que la empresa ha interpuesto su recurso de casación, suscitan la necesidad de que recordemos la doctrina que tantas veces hemos acuñado acerca del rigor, que no formalismo, que debe presidir la confección de tal escrito. Las SSTs 1045/2017 de 20 diciembre y 172/2020 de 26 febrero, entre otras muchas, resumen así nuestra doctrina.

La Sala ha examinado en múltiples sentencias, por todas STS 27 de enero de 2022, rec. 245/21, los requisitos, exigidos por el art. 210.2 LRJS, para la admisión del recurso de casación, en los términos siguientes:

A) 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.

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).

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).

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).

B) 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. Aplicando la doctrina expuesta al supuesto debatido, la Sala va a desestimar de plano los óbices procesales, alegados por el Abogado del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75.1 LRJS, toda vez que, solicita la inadmisión de un recurso de casación que, fuere cual fuere su suerte, se ha articulado formalmente de manera rigurosa, como desarrollaremos, a continuación. Así, el Abogado del Estado manifiesta que, el demandante se ha limitado a reproducir los argumentos, vertidos en la instancia, sin mayores razonamientos.

La reiteración en casación de las causas de pedir, desestimadas en la instancia, no constituye, por sí misma, un motivo de inadmisión del recurso de casación, puesto que la inadmisión de las alegaciones en la instancia no comporta mecánicamente, como parece deducirse del alegato del Abogado del Estado, el acierto de dichos pronunciamientos, que pueden impugnarse en casación, siempre que se cumplan los requisitos del art. 210 LRJS, lo cual ha sucedido aquí de manera patente.

Es así, por cuanto la recurrente ha combatido los hechos probados con base a lo dispuesto en el art. 207.d LRJS, proponiendo textos alternativos, con apoyo en documentos concretos y ha intentado justificar la relevancia de las modificaciones propuestas, cumpliendo básicamente, de este modo, con los requisitos del precepto citado.

Ha combatido la congruencia de la sentencia recurrida de manera razonada, que no ha generado ninguna indefensión a los recurridos, aunque apoyó su pretensión en el art. 207.a LRJS, cuando debió hacerlo en el c), como resalta el Ministerio Fiscal en su informe.

Ha articulado finalmente, con base a lo dispuesto en el art. 207.e LRJS, las infracciones legales, que considera producidas por la sentencia recurrida.

Consiguientemente, vamos a desestimar las cuestiones previas, alegadas por el Abogado del Estado.

TERCERO. - 1. La recurrente articula un primer motivo de casación, al amparo del art. 207.d LRJS, mediante el que pretende adicionar a la redacción inicial del hecho primero el texto siguiente: Todos los trabajadores afectados prestan servicios de actividad no esencial como visitantes comerciales de farmacia.

Apoya su pretensión en la descripción 19 de autos, que contiene la memoria explicativa del ERTE FM.

2. La Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones, por todas STS 17 de febrero de 2022, rec. 244/2021, sobre los requisitos, exigidos por el art. 207.d LRJS, para la modificación de los hechos probados, del modo siguiente:

Al respecto, conviene recordar que la Sala, en innumerables ocasiones, sintetizadas en STS 15 de diciembre de 2021, rec. 178/2021, ha precisado cuales son las exigencias de las revisiones fácticas en casación, tal como se recogen, entre muchísimas otras, en las SSTS 11 de febrero de 2014, Rec. 27/2013, 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016). En estas sentencias se establece que para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso que: 1º) la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba, 2º) se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone, 3º) el error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones, 4º) el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, 5º) Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas, ni mucho menos, que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo.

De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando



el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).

3. En aplicación de la doctrina expuesta, vamos a desestimar, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, el primer motivo de casación, por cuanto la adición propuesta no es relevante para la resolución del recurso, aunque sea cierto que, en la memoria explicativa del ERTE FM la empresa identificó como afectados a 347 trabajadores, que prestan servicios como visitantes comerciales de farmacia, toda vez que, ha quedado acreditado en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, no combatido por la recurrente, que durante el ERTE se efectuó actividad comercial telemática y, también que, "entre las 201 personas trabajadoras finalmente afectadas por el ERTE se encontraban pertenecientes al colectivo que visita farmacias y también a departamentos que su actividad está directamente relacionada con la visita a farmacias, así de servicios financieros, márketing y call center".

CUARTO. - 1. La recurrente articula un segundo motivo de casación, con base al art. 207.d LRJS, mediante el que pretende adicionar al hecho probado quinto el texto siguiente:

"Asimismo, la prohibición de realizar visitas farmacéuticas fue impuesta por los propios colegios farmacéuticos e incluso por la Comunidad de Madrid.

(Descriptor 19, anexo 2 a 4).

1º "Medidas de precaución relacionadas con el brote causado por el nuevo COVID 19 en centro sanitarios de la Comunidad de Madrid.

-Quedan suspendidas las visitas y actividades de los Delegados comerciales de la industria farmacéutica así como de proveedores de tecnología sanitaria para cualquier actividad distinta a las propias del mantenimiento de los equipos instalados".

2º Comunicado Colegio de Farmacéuticos de Barcelona

"Reducir al máxim el transit de personal extern per la farmacia que pugui comportar un rsic addional de contagi (delegats comercials i altres visitadors)" (Reducir al máximo el tránsito de personal externo a la farmacia por cuanto puede comportar un riesgo adicional de contagio (delegados comerciales y otros visitantes).

3º Comunicado colegio de farmacéuticos de Huelva

"No se atenderán las visitas de delegados y agentes comerciales".

Apoya su pretensión en el descriptor 19, anexo 2 a 4.

2. La Sala va a inadmitir también la adición propuesta, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, por cuanto su inclusión es intrascendente para el resultado del recurso por las razones siguientes:

a. En primer lugar, porque no puede deducirse error en la apreciación de la prueba por parte de la Sala de instancia, con base a los documentos, obrantes en anexos 2 a 4, puesto que la resolución de la Directora General de Salud Pública de la CAM, mediante la que se suspenden las visitas de los comerciales a las oficinas de farmacia, no tiene fecha identificable, al igual que los comunicados del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y Huelva, que contienen pronunciamientos parecidos, porque tampoco aparecen firmados, ni fueron ratificados por sus autores en el acto del juicio, careciendo, por tanto, de entidad suficiente para amparar la modificación propuesta.

b. En segundo lugar, porque el ERTE controvertido tiene un ámbito superior al de una comunidad autónoma, siendo patente que, aunque admitiéramos que la Directora General de Sanidad de la CAM ostentaba, al momento de promover el ERTE, la condición de autoridad delegada en virtud de lo previsto en el art. 4 RD 463/2020, de 14 de agosto, su competencia es muy inferior a la del ERTE, que afecta a varias comunidades autónomas. En cualquier caso, es claro que ni la Federación de Distribuidores Farmacéuticos, ni los Colegios de Farmacéuticos de Barcelona y Huelva ostentan la condición de autoridades delegadas conforme al art. 4 del RD 463/20, de 14 de agosto, como exigía la DF 8ª.2, apartado segundo del RDL 15/2020.



c. En tercer lugar, porque se ha probado y no se ha combatido que, con independencia de la certeza de dichas medidas, lo cierto es que durante el ERTE se efectuó actividad comercial telemática y se incluyó en el ERTE a personal que no ostentaba la condición de delegado comercial, siendo estos los fundamentos por los que se descartó la concurrencia de fuerza mayor en la resolución administrativa, así como en la sentencia recurrida.

Además, no se ha explicado, ni tampoco probado, cuál fue el error de la Sala de instancia al valorar dichos documentos, lo que es requisito constitutivo para validar la modificación del relato fáctico.

QUINTO. - 1. La recurrente articula un tercer motivo de casación, con base a lo dispuesto en el art. 207.d LRJS, mediante el que se quiere añadir un hecho probado sexto con el texto siguiente:

En fecha 21 de mayo de 2021 el S. Director General de Empleo y Formación dictó la siguiente Resolución. "Autorizar, por constatar la existencia de fuerza mayor, el expediente de regulación de empleo por causa de fuerza mayor instado por la empresa Centro Farmacéutico Asturianos, SA".

Apoya su pretensión en la resolución referida, que obra en descripción 16 de autos.

2. La Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, va a desestimar de plano la adición solicitada, por cuanto dicha resolución, independientemente de que la mercantil allí afectada pertenezca o no al grupo Alliance Healthcare España, SA, afectó a un ERTE FM, promovido por una empresa distinta, cuya constatación fue decidida por una Autoridad Laboral diferente a la aquí concernida, atendiendo a los hechos que allí se acreditaron, que no son los mismos que se han probado en el presente procedimiento.

SEXTO. - 1. La recurrente articula un cuarto motivo de casación con base a lo dispuesto en el art. 207.a LRJS, mediante el cual denuncia que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, vulnerando, por tanto, lo dispuesto en el art. 24 CE, por cuanto no se dio respuesta al hecho octavo de la demanda, en la que se denunció que la resolución recurrida se extralimitó en sus competencias, puesto que en el recurso de alzada se admitió que sí concurría fuerza mayor para los visitantes comerciales de farmacias.

2. El art. 218 LEC, que regula la exhaustividad y congruencia de las sentencias, dispone en su apartado primero que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

La Sala ha examinado reiteradamente los requisitos para la concurrencia de incongruencia omisiva, por todas STS 9 de diciembre de 2021, rcud. 776/2019, donde dijimos:

Entrando, en consecuencia, en el debate planteado, tomaremos igualmente en consideración la sentencia de Pleno de fecha 25.01.2021, RC 125/2020, y la remisión a una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003, entre otras muchas), tal y como indicamos igualmente en STS Pleno de 18 de noviembre de 2021 RC 81/202, rememorando el concepto de incongruencia omisiva o ex silentio. Se entiende por tal el "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación 'sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal (STC 215/1999, de 29 de noviembre). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando 'el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales' (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003/1401)".

De manera paralela, relacionamos la doctrina de esta Sala IV en su sentencia de 31 de marzo de 2015 (Rcud. 1865/2014), que reiterando la de 23 de abril de 2013, afirmaba lo que sigue: "(...) La jurisprudencia de esta Sala, – contenida, entre otras muchas, en las SSTS/IV 23-julio-2001 (rcud 4554/2000), 29-abril-2005 (rcud 3177/2004), 30-junio-2008 (rco 158/2007), 27-septiembre-2008 (rco 37/2006), 3-diciembre-2009 (rco 30/2009) y 16-diciembre-2009 (rco 72/2009), así como las en ellas se citan –, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha establecido que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal



oportuno, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita".

3. La Sala, de acuerdo también con el informe del Ministerio Fiscal, va a desestimar el cuarto motivo de casación, sin que sea relevante la cita incorrecta del apartado a) del art. 207 LRJS, cuando debió apoyarse en el apartado c), puesto que se trata de un simple error formal, que no ha generado ningún tipo de indefensión a los recurridos.

Desestimamos el motivo, por cuanto la simple lectura de la Orden de 26 de febrero de 2021, que estimó el recurso de alzada, interpuesto por UGT frente a la resolución de la Directora General de **Trabajo** de 8 de junio de 2020, permite concluir que las razones de la estimación del recurso se basaron, por una parte, en la inexistencia de fuerza mayor, defendida por la allí recurrente, lo que fue admitido por la Orden citada:

En primer lugar, porque el aprovisionamiento de medicamentos a las farmacias y hospitales ha sido declarado actividad esencial durante el periodo de alarma por COVID-19.

En segundo lugar, porque se acreditó que, durante el pico epidémico se cerraron 65 establecimientos farmacéuticos de los 22.102 existentes.

En tercer lugar, porque se incrementó el volumen de horas extraordinarias en la empresa.

En cuarto lugar, porque se probó que las visitas de los comerciales podían realizarse telemáticamente.

En quinto lugar, porque las tareas de los comerciales no se limitan a la realización de visitas comerciales. Así, se ocupan del seguimiento telefónico de los clientes; de la resolución de incidencias con los pedidos; de la realización campañas y ofertas telefónicamente; de la captación de farmacias, de las Demos de farmacias Alphega vía telefónica y por Teams; de los abonos y carga de pedidos de plataforma, de las ventas de marcas propias y genéricas; de las llamadas de seguimiento a clientes sobre cumplimiento de acuerdos y condiciones pactados; de la recogida de datos de abonos y estocaje VIP y del incremento de ventas mediante cierre de nuevos acuerdos comerciales, tratándose de actividades que no requieren obligatoriamente la visita personal.

En sexto lugar, porque el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, excluye expresamente a los establecimientos farmacéuticos de la suspensión de apertura al público, por lo que, en la práctica, han seguido dando continuidad al comercio de productos farmacéuticos y a la actividad comercial de farmacia. No cabe confundir imposibilidad con la conveniencia de que una determinada actividad se realice de modo diferente a como habitualmente se efectúa. La sustitución de visitas presenciales por actuaciones telefónicas o telemáticas no puede provocar una suspensión total de la jornada de los **contratos de trabajo** afectados.

Se desestima también, porque se considera que, el ámbito subjetivo del conflicto desborda a los comerciales, puesto que afecta también a trabajadores con otro grupo o categoría profesional distinto como Call Center, Dirección Técnica, Gestor de transporte, Secretaria de Dirección, Informática, RRHH, Gerencia, Compras y Aprovisionamientos, Control de Gestión, Análisis y Planificación Financiera o Televenta, concluyéndose, por otro lado, que de los 347 puestos afectados solo 70 corresponderían a comerciales.

No es cierto, por tanto, que se admitiera en el recurso de alzada que sí concurría fuerza mayor para los comerciales, no concurriendo, por tanto, incongruencia alguna en la resolución recurrida y, con mayor motivo, en la sentencia recurrida, en cuyo fundamento de derecho tercero apartado 1 concluye, tras razonar sobre los motivos de estimación del recurso de alzada en la resolución recurrida, concluye: Es por ello que no existe extralimitación alguna pues la resolución recurrida analiza distintos datos de la actividad empresarial, alegados oportunamente por vía de recurso por la parte recurrente, para determinar si concurre el concepto de fuerza mayor, por lo que la actuación es correcta.

SÉPTIMO. - 1. La recurrente articula un quinto motivo de casación, con base a lo dispuesto en el art. 207.e LRJS, mediante el cual denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 22.1 RDL 8/2020, en relación con la DF 8ª. 2 RDL 15/2020.

2. El art. 22.1 RDL 8/2020 reguló las especialidades en relación al procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes, y así la encomienda a la autoridad laboral de constatar la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los **contratos** o de la reducción de jornada prevista en este artículo, cualquiera que fuese el número de personas trabajadoras afectadas, previo informe, en su caso, de la Inspección de **Trabajo** y Seguridad Social (posibilidad esta última configurada de manera potestativa, tal y como se infiere de la letra d).

El apartado primero de dicha norma identificó los supuestos que tendrían la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor -con las consecuencias derivadas de aquel art. 47 ET-, y, de esta manera, aglutinó en la redacción aplicable a la sazón: 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.

El Preámbulo del mismo RD 8/2020 anunciaba 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". En la misma exposición de motivos se dijo: "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 exposición de motivos del RDL 15/2020, de 21 de abril, que entró en vigor el 23-04-2020, se precisó que, "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".

Dicho precepto modificó la redacción del art. 22 RDL 8/2020, en los términos siguientes:

"Las suspensiones de **contrato** y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de **contratos** y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad".

El art. 4 del RD 463/2020, que regula la autoridad competente, dice: A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno.



2. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad:

- a) La Ministra de Defensa.
- b) El Ministro del Interior.
- c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.
- d) El Ministro de Sanidad.

Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad.

3. Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno.

4. Durante la vigencia del estado de alarma queda activado el Comité de Situación previsto en la disposición adicional primera de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, como órgano de apoyo al Gobierno en su condición de autoridad competente.

El art. 6 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que regula las autoridades competentes delegadas, dice:

1. Durante el periodo de vigencia de esta prórroga, las autoridades competentes delegadas para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, serán el Ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, con arreglo al principio de cooperación con las comunidades autónomas, y quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma.

La autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada será, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma, salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada.

2. Serán las comunidades autónomas las que puedan decidir, a los efectos del artículo 5, y con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la "nueva normalidad".

3. Corresponderá durante ese periodo a las administraciones públicas competentes el ejercicio de las funciones contempladas en el artículo 5 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Por otro lado, el art. 23 del propio RD 8/2020, reguló las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción, cuyo apartado 1 relata que: "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...".

Vamos a reproducir también lo dispuesto en el art. 10 del RD 463/2020 (Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, respecto del ámbito o elenco de actividades afectadas, complementado a su vez con el listado de su Anexo I. Decía aquel precepto que: "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".

3. La recurrente defiende básicamente que la sentencia recurrida ha infringido la DF 8ª.2 RDL 15/2020, puesto que no ha tenido en cuenta que las CCAA, la Federación de Distribuidores Farmacéuticos y los Colegios de Farmacéuticos de Barcelona y Huelva suspendieron las visitas comerciales a los establecimientos farmacéuticos, lo que acredita cumplidamente la concurrencia de fuerza mayor solicitada por la empresa.

4. La Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, va a desestimar también el quinto motivo de casación, por cuanto la recurrente parte de unos hechos, que no han quedado acreditados, debiendo destacar que, al momento de solicitarse el ERTE, la Directora General de Sanidad de la CAM no ostentaba la condición de autoridad delegada, en los términos exigidos por la DF 8ª.2 RDL 15/2020 y, aunque lo hubiera ostentado, no tendría competencias en el ámbito del ERTE, siendo patente, en todo caso, que no ostentaban dicha condición ni la Federación de Distribuidores Farmacéuticos y los Colegios de Farmacéuticos de Barcelona y Huelva.

De este modo, lo único que se ha acreditado es, como subraya la sentencia recurrida, una disminución parcial en la actividad del personal comercial de la recurrente, limitada a funciones exclusivamente presenciales que, como se ha expuesto, no son todas ni las más importantes, habiéndose acreditado también que las actividades comerciales se realizaron telemáticamente y que, de los 201 trabajadores a quienes se aplicó efectivamente la suspensión de **contratos**, se encontraban trabajadores pertenecientes al colectivo que visita farmacias y también a departamentos que su actividad está directamente relacionada con la visita a farmacias, así de servicios financieros, márketing y call center, de manera que, aun siendo cierto, que la problemática expuesta, está relacionada con el COVID, debemos concluir, con la sentencia recurrida, que no pueden considerarse fuerza mayor, por cuanto no responden al concepto legal de fuerza mayor sino más bien al de causas organizativas y productivas, y por ello resulta ajustada a derecho la resolución impugnada.

Así lo hemos manifestado en múltiples sentencias, por todas SSTS 22 de enero de 2022, rec. 231/21, 24 de enero de 2022, rec. 262/21, 17 de febrero de 2022, rec. 289/21 y 9 de marzo de 2022, rec. 259/21, donde hemos mantenido que, en las actividades no incluidas en el Anexo del RD 463/2020, cuando la Autoridad Laboral no constata la concurrencia de fuerza mayor, corresponde a la empresa probar que la pérdida de actividad está anudada directamente a la emergencia del COVID, procediendo la promoción de ERTE ETOP cuando las pérdidas están únicamente relacionadas con el COVID.

4. Por consiguiente, no habiéndose probado por la recurrente, quien cargaba con la prueba, que las pérdidas de actividad derivaran de fuerza mayor, vamos a desestimar el recurso de casación, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, con la consiguiente confirmación y declaración de firmeza de la sentencia recurrida. Destínense los depósitos a sus fines legales. Se impone a la recurrente una condena en costas de 1800 euros.

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 interpuesto por Alliance Healthcare España, S.A, representada y asistida por el letrado D. Eduardo Peñacoba Rivas, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2021, recaída en su procedimiento de impugnación de actos administrativos 147/2021, promovido a instancia de Alliance Healthcare España, S.A contra Secretaria de Estado de Empleo y Economía Social y Sindicato UGT.

2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3. Destínense los depósitos a sus fines legales.

4. Se impone a la recurrente una condena en costas de 1800 euros.

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

Así se acuerda y firma.