



Roj: **STS 4305/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4305**

Id Cendoj: **28079149912021100091**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/11/2021**

Nº de Recurso: **178/2021**

Nº de Resolución: **1134/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1164/2021,**  
**STS 4305/2021**

CASACION núm.: 178/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion001

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 1134/2021**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. García Rodríguez, contra la sentencia nº 62/2021 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 2021, en autos nº 537/2020, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Comer Bien, SL y la Dirección General de Trabajo, Autónomos y Economías Social (Gobierno de Aragón), sobre conflicto colectivo.



Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa Comer Bien, SL, representada y defendida por la Letrada Sra. Martín López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT) interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que "se declare nula la medida de suspensión de los contratos por fuerza mayor de las personas trabajadoras, referidas en el Anexo de la Resolución de 28 de octubre de 2020 de la Dirección General de Trabajo, Autónomos y Economía Social (Gobierno de Aragón), adscritas por la empresa demandada al servicio de restauración o comedor de los centros públicos referidos en el hecho séptimo de la demanda; y subsidiariamente que se reconozca el derecho de las personas trabajadoras referidas a percibir la diferencia entre la cuantía de las prestaciones por desempleo que perciben desde el 16 de marzo de 2020, y mientras dure la suspensión de su contrato, y la cuantía del salario que hubiera percibido de no haberse suspendido el contrato de trabajo durante ese mismo periodo; condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y sus efectos".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha de 26 de marzo de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Desestimamos la demanda formulada por el sindicato FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (FESMC-UGT) y absolvemos a la demandada COMER BIEN SL de las pretensiones en su contra".

**CUARTO.-** Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

1º.- El 16 de marzo de 2020 la Dirección de la empresa demandada "Comer Bien, SL", solicitó a la autoridad laboral la suspensión por fuerza mayor, de los 364 contratos que conforman toda su plantilla laboral. La plantilla afectada por la solicitud de suspensión de los contratos por fuerza mayor presta servicios en las Comunidades Autónomas de Aragón, Cantabria y Madrid. En la Comunidad Autónoma de Aragón prestan servicios más del 85% del total de la plantilla.

2º.- Por Resolución de 28 de octubre de 2020 de la Dirección General de Trabajo, del Gobierno de Aragón, se constató la existencia de fuerza mayor, en relación a la solicitud presentada por la empresa "Comer Bien, SL", como causa motivadora de la suspensión de los contratos de trabajo de 364 personas trabajadoras, con la posibilidad de que los efectos de la suspensión fueran desde la fecha del hecho causante, el 15 de marzo de 2020. Con esa misma fecha el empresario se dirige a los trabajadores comunicándoles con fundamento en dicha resolución que sus contratos se encuentran suspendidos con efectos desde el 16-3-2020 y hasta la finalización del estado de alarma.

3º.- Los trabajadores afectados estaban adscritos a los servicios de comedor referidos en el hecho 7º de la demanda de Aragón y Cantabria que se prestaban para centros públicos suscritos con las entidades públicas de los que dependían".

**QUINTO.-** Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT). Su Letrado, Sr. García Rodríguez, en escrito de fecha 5 de diciembre de 2021, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 34 RD-Ley 8/2020, 17 marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y el art. 22 de dicho Real Decreto.

**SEXTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 LOPJ. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 17 de noviembre actual, convocándose a todos los Magistrado de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Con las particularidades que iremos desgranando se discute sobre el monto retributivo de las personas afectadas por una suspensión contractual ("ERTE") asociada a la pandemia del Covid-19 cuando la empleadora es adjudicataria de un servicio público.

#### 1. Hechos relevantes.

La crónica judicial de instancia es tan breve como sencilla. Sin perjuicio de resolver posteriormente la impugnación que de la misma se hace, podemos destacar ahora lo siguiente

A) El 16 de marzo de 2020 la empresa ("Comer Bien, SL") interesa de la Autoridad Laboral que constate la existencia de fuerza mayor respecto de la totalidad de su plantilla (364 personas).

B) Tras anularse judicialmente la primera resolución administrativa, tiempo después (28 octubre 2020) la Autoridad Laboral competente (Dirección General de Trabajo, del Gobierno de Aragón, Comunidad en que presta servicios más del 85% de la plantilla) responde positivamente a la solicitud, admitiendo que sus efectos se retrotraigan a 15 de marzo de 2020.

C) Al recibir la citada Resolución, la empresa comunica a su plantilla que sus contratos se encuentran suspendidos con efectos desde 16 de marzo de 2020 y hasta la finalización del estado de alarma.

#### 2. Conflicto colectivo suscitado.

Con fecha 19 de enero de 2021 la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT (FESMC-UGT) formaliza demanda de conflicto colectivo contra la empresa y la Dirección General de Trabajo, Autónomos y Economía Social del Gobierno de Aragón, aunque posteriormente desistió de su pretensión frente a la segunda y remodeló el petitum (excluyendo a las personas que prestan servicios en "Madrid Wizinkcenter" por no tratarse de una contrata suscrita con ente público y desistiendo de que se declarase la nulidad de la suspensión contractual).

Al cabo, el Sindicato demandante solicita que se reconozca el derecho de las personas trabajadoras referidas a cobrar la diferencia entre la cuantía de las prestaciones por desempleo que perciben desde el 16 de marzo de 2020 (mientras dure la suspensión de su contrato) y el salario que hubieran percibido en condiciones normales.

En apoyo de su demanda invoca la aplicación conjunta de los arts. 22 y 34 del RDL 8/2020.

#### 3. Sentencia de instancia, recurrida.

Mediante su sentencia 62/2021 de 26 de marzo la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda explicando que el art. 34 del RDL 8/2020 no reconoce tal derecho, según se desprende de su propia redacción.

Invoca expresamente la doctrina sentada por nuestra STS 83/2021 de 25 enero (rec. 125/2020) y concluye que la referida norma prevé medidas para resarcir al contratista de los daños y perjuicios causados cuando queda en suspenso el contrato de servicios que le vincula a un ente del sector público, entre ellos los eventuales gastos salariales que haya tenido que soportar pese a la suspensión del contrato de servicios, pero no establece derecho alguno en favor de los trabajadores que hayan visto suspendidos sus contratos.

Tampoco hay vulneración alguna del artículo 1902 del Código Civil (CC) porque ni las partes están vinculadas por una relación extracontractual ni cabe atribuir responsabilidad a partir de un supuesto de fuerza mayor (acontecimiento imprevisible e inevitable) como es la pandemia provocada por la COVID19.

#### 4. Recurso de casación y escritos concordantes.

Mediante escrito fechado el 12 de mayo de 2021 el Abogado y representante del Sindicato FeSMC-UGT formaliza su recurso de casación, que estructura en dos motivos. El primero dirigido a interesar una revisión de los hechos declarados probados. El segundo, denunciando la infracción de las normas en que ya basaba su pretensión en la propia demanda.

El escrito, ajustado a las exigencias que tanto la LRJS cuanto nuestra propia doctrina establece, desgrana el régimen jurídico de las medidas excepcionales de suspensión contractual contenidas en el artículo 22 del RDL 8/2020 y las específicas que para empresas adjudicatarias de contratos públicos alberga el artículo 34 de la misma norma.

Considera que la empresa tenía a su alcance la posibilidad de suspender los contratos públicos sin necesidad de activar la paralela de los contratos de trabajo y reintegrarse con posterioridad ante los poderes adjudicadores. Al no haber actuado así ha causado un perjuicio a su plantilla y debe afrontar las consecuencias



de ello, abonando la diferencia retributiva reclamada. Además, considera que la doctrina de la STS 83/2021 ha sido erróneamente entendida por el Tribunal de instancia.

B) Con fecha 24 de mayo de 2021 la Abogada y representante de la empresa formaliza su impugnación al recurso de casación. Se opone a la revisión fáctica interesada porque la sentencia recurrida ya tiene en cuenta lo que pretende.

Respecto de la cuestión de fondo, rechaza los argumentos del recurso, subraya que la empresa ha actuado conforme a Derecho y de ello no puede derivar responsabilidad culpable. Glosa la doctrina de la STS 83/2021 y explica las razones por las que considera acertada la solución acogida en la instancia.

C) Con fecha 9 de septiembre de 2021 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS. Considera improcedente la revisión de hechos probados puesto que versa sobre un extremo carente de controversia.

Respecto del tema de fondo, se pronuncia en favor de la desestimación del recurso, ya que sostiene una interpretación opuesta a la doctrina acogida por la STS 83/2021, sin que pueda apreciarse tampoco infracción del Código Civil.

## **SEGUNDO.- Revisión de los hechos probados (Motivo 1º del recurso).**

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el " *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios*". Además de examinar la revisión postulada (apartado 1), hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esta causa de recurso posee (apartado 2) y proyectarla sobre el caso examinado.

### **1. Formulación del motivo.**

Al amparo del expuesto art. 207 d) LRJS la recurrente interesa la adición de un nuevo Hecho Probado, que sería el CUARTO, para que conste que la empresa presentó solicitudes de suspensión de los contratos públicos, al amparo del art. 34 del RD-Ley 8/2020, ante las diversas Administraciones Públicas con las que tenía concertada la prestación del servicio de restauración colectiva, y que le fueron estimadas.

Para fundamentar el motivo, el recurso designa las solicitudes y las resoluciones administrativas correspondientes.

La adición la considera trascendente para modificar el fallo al evidenciar que la empresa simultaneó las medidas de suspensión derivadas del art. 22 del RD-Ley 8/2020 con las medidas de suspensión de los contratos públicos al amparo del art. 34 de dicho RD-Ley, cuando por aplicación del éste los contratos de trabajo podían no haberse suspendido ya que la empresa podía haberse resarcido del pago de los salarios, como establece dicho precepto.

### **2. Alcance de la revisión fáctica contemplada por la LRJS.**

Con arreglo a constante doctrina (reiterada hasta la saciedad, incluyendo la ya citada STS 83/2021) venimos explicando que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud ( art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia viene exigiendo, para que el motivo prospere:

\* Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.



- \* Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.
- \* Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
- \* Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
- \* Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
- \* Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
- \* Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- \* Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica

### **3. Consideraciones específicas.**

A) El Ministerio Fiscal recuerda que en el relato de hechos probados únicamente deben figurar los hechos que, resultando controvertidos, hayan sido acreditados.

En este caso es un hecho acreditado admitido por la empresa, y del que parte la sentencia (Fundamento Tercero), que simultaneó la suspensión de los contratos de sus trabajadores al amparo del art. 22 del RD-Ley 8/2020 con la solicitud de la suspensión de los contratos administrativos suscritos al amparo del art. 34 de dicha norma.

B) La adición es innecesaria puesto que el hecho que se pretende introducir aparece ya, bien que solo en la Fundamentación Jurídica, incorporado a la sentencia. Por tanto, aunque formalmente no sea necesario estimar el motivo, es claro que al examinar el resto del recurso debemos partir de que las cosas son como en él se sostiene.

C) Digamos asimismo que el carácter decisivo asignado a este documento por el recurrente va necesariamente anudado a su interpretación del Derecho aplicable. Estamos ante un dato fáctico que el recurso valora en el contexto de su propia interpretación acerca del significado del artículo 34 del RDL 8/2020 pero que carecerá de esa cualidad si la doctrina de la sentencia recurrida la consideramos acertada.

### **TERCERO.- Regulación relevante para el debate.**

El artículo 207.e) LRJS admite la interposición de un recurso de casación basado en "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Formulación del motivo.

Al amparo del art. 207.e) LRJS, el recurso denuncia la infracción del art. 1902 del Código Civil en relación con lo dispuesto en los arts. 22 y 34 del RD-Ley 8/2020.

Alega que al haber recaído resolución expresa de la Autoridad Laboral reconociendo la concurrencia de fuerza mayor como causa motivadora de la suspensión de los contratos de los 364 trabajadores, éstos quedaron



en situación legal de desempleo percibiendo las prestaciones correspondientes a cargo del SEPE. Como esta prestación es inferior a sus salarios, la empresa les causó un perjuicio que debe ser resarcido conforme dispone el art. 1902 CC.

Dado que Comer Bien SL también consiguió la autorización para suspender los contratos administrativos que tenía suscritos al amparo del art. 34 del RD-Ley 8/2020, con esta autorización se habría podido resarcir de los gastos salariales de sus trabajadores sin necesidad de suspender los contratos.

Sostiene que no resulta aplicable la solución albergada en la STS 83/2021, al ser las pretensiones diferentes. En esa sentencia se examina la nulidad o falta de justificación de la suspensión; en la ahora recurrida, el resarcimiento del perjuicio que ha causado en los trabajadores la medida de suspensión de sus contratos.

Adicionalmente considera que el verdadero alcance de la doctrina en ella recogida viene a reforzar su pretensión pues se trata de compatibilizar la suspensión del contrato administrativo con el ERTE, y la primera aboca al reintegro de los salarios abonados por la empresa.

Teniendo en cuenta que es el día 16 de marzo cuando la empresa activa el procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo, procede examinar las normas vigentes en ese momento.

## **2. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.**

El RD 463/2020, de 14 de marzo, declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.-

Como señala su Preámbulo, la Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requería la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias concurrentes constituyen, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.

Para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma, y así se dispone al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, señalando que las medidas que se contienen en el real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.

Mediante su sentencia 148/2021 de 14 julio el Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de las medidas previstas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 de este Real Decreto, que vulneran el derecho fundamental a circular libremente por todo el territorio nacional, el derecho a elegir libremente residencia ( art. 19 CE) y el derecho de reunión pacífica y sin armas ( art. 21.1 CE). La inconstitucionalidad se fundamenta en que las drásticas medidas introducidas han supuesto, en la práctica, la suspensión del derecho a circular libremente, esto es la cancelación temporal del ejercicio de este derecho. Y esa suspensión solo está prevista, para determinados derechos fundamentales, en los casos de declaración de los estados de excepción o de sitio ( art. 55.1 CE).

Dada la índole del debate que resolvemos, consideramos que la declaración parcial de inconstitucionalidad no le afecta y debe resolverse en los mismos términos en que aparece en el texto.

## **3. Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo.**

El RDL 8/2020 de 17 marzo aprobó medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. De entre ellas interesa examinar con detalle un par de previsiones.

El artículo 22 ("Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor"), conforme a su redacción originaria, posee la siguiente redacción en el apartado 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.

Por su lado, el extenso artículo 34 ("Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19") dispone lo siguiente:

1. Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. [...]

Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará en suspenso, la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:

1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

[...]

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.

Su Disposición Transitoria Primera excepciona la aplicación de determinados preceptos a "los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada iniciados o comunicados antes de la entrada en vigor de este y basados en las causas previstas en el mismo". Entre las normas cuya aplicación se orilla no están las aquí relevantes y recién reproducidas.

#### **4. Estatuto de los Trabajadores.**

El artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores ("Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor") dispone en su número 3 lo siguiente:



Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 y normas reglamentarias de desarrollo.

Por su lado, la Disposición adicional decimoséptima ("Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada en las Administraciones Públicas") prescribe lo siguiente:

Lo previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

## 5. Código Civil.

El artículo 1902 CC prescribe que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

### CUARTO.- Doctrina de la Sala.

Como queda expuesto (Fundamento Primero) la doctrina de la STS 83/2021 aparece invocada tanto por la sentencia recurrida cuanto por el recurso de casación, por su impugnación y por el Informe de la Fiscalía. Se hace preciso, por tanto, precisar el alcance de su doctrina, especialmente en el extremo referido a que los concesionarios públicos pueden presentar un ERTE por fuerza mayor, sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener, en su caso, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

#### 1. El debate afrontado por la STS 83/2021.

Con arreglo a sus propias palabras, en la STS 83/2021 "la pretensión actora es la de que se declare nula o en todo caso Injustificada la medida empresarial adoptada por ANA NAYA GARCÍA S.L. consistente la suspensión de los contratos de trabajo de todo su personal". Eso hace pensar al sindicato recurrente que el objeto de lo debatido es diverso del actual y que la doctrina allí sentada no resulta ahora pertinente.

Sin embargo, basta la atenta lectura de lo que en el Fundamento Tercero se expone para comprobar que allí también se planteaba (en concreto, por la Confederación Sindical recurrente) la misma cuestión que ahora:

"[...] la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 34 del RD-Ley 8/2020 de 17 de marzo, y art. 47 del ET. Alega la inexistencia de suspensión del contrato administrativo y carácter fraudulento de la medida empresarial en la medida en que los gastos laborales resultan en todo caso indemnizables por la Administración contratante, sin que exista obligación de asunción de prestaciones por parte del Servicio de Empleo Público... [...] En definitiva, llega a la conclusión de que, aún en el supuesto de que se entendiera que se ha producido una suspensión automática de la ejecución del contrato, lo que señala no consta en el expediente, estaríamos ante un supuesto en que los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social serán por disposición legal íntegramente compensados, por lo que la medida empresarial constituye un fraude de ley, y en consecuencia es nula, o en todo caso injustificada por no concurrir causa de fuerza mayor.

Por otro lado, conviene recordar que no nos encontramos ahora en un recurso de casación unificadora en el que deba contrastarse la sentencia recurrida con la referencial, al modo que exige el artículo 219.1 LRJS. Dicho abiertamente: aunque los debates no tuvieran exactamente el mismo objeto, la doctrina acuñada por la STS 83/2021 estaría bien traída a colación por la dictada en la instancia y, por descontado, habríamos de resolver confirme a ella o justificar el cambio de criterio.

#### 2. Doctrina de la STS 83/2021 .

En el Fundamento de Derecho Sexto (apartado B) de la sentencia a que venimos aludiendo aparece condensada la doctrina que ahora interesa retener. Una doctrina que sirve de fundamento para rechazar la pretensión de que la empresa abonara salarios y posteriormente los reclamase de la Administración adjudicadora. Veamos su desglose.

##### A) Especialidad de la regulación contenida en el RDL 8/2020

En primer lugar para el examen de este apartado del motivo tercero del recurso, ha de partirse de que el art. 34 del RD-ley 8/2020 es norma especial y como tal ha de aplicarse con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos, y por tanto, mientras dure el estado de alarma, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver las incidencias contractuales relacionadas con el COVID-19 cuando no se oponga al RD-ley 8/2020, en su versión dada por el RD-ley 11/2020.

##### B) Posibilidad de suspender los contratos de trabajo





Rechazando las afirmaciones de la recurrente, y respecto a los contratos de servicios de prestación sucesiva ( art. 34.1 del RD-ley 8/2020), de que no existe suspensión del contrato, ni fuerza mayor al no constar la imposibilidad de realizar el servicio, cabe señalar lo siguiente:

a.- El término "imposibilidad", es una cuestión fáctica que aprecia en primer lugar la Administración contratante, y que comporta la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, es decir que no pueda continuarse la ejecución debido al estado de alarma, y que puede surgir desde el mismo momento en que se decreta el estado de alarma o posteriormente.

[...]

Estando la empresa totalmente imposibilitada para continuar su actividad, es por lo que solicitó de la Autoridad Laboral la suspensión de los contratos de la totalidad de la plantilla por fuerza mayor, desde la fecha en que se produjo la imposibilidad para continuar la actividad.

Atendiendo a tales circunstancias, no cabe duda, como concluye la sentencia de instancia, que la imposibilidad de continuar la actividad es manifiesta, y es más, es declarada expresamente.

b.- Consta que existe suspensión de los contratos. El art. 34.1 del RD-ley 8/2020 dispone que: << 1. Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. (...)>>.

En consecuencia, los contratos quedaron automáticamente suspendidos. Ciertamente es que la Disposición final primera, apartado diez del Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, ha dado nueva redacción al art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, suprimiendo la referencia al carácter "automático" de la suspensión, no obstante lo cual, en el caso la suspensión ya se había producido de oficio, por cuanto pese al silencio del precepto, el órgano de contratación conserva la prerrogativa de suspender de oficio el contrato -como ha sucedido en el presente caso- si aprecia que, por la crisis sanitaria vinculada al COVID-19, la ejecución del contrato deviene imposible, y ello aunque el contratista no lo solicite.

A partir de aquí, es cuando el contratista podría tener derecho a ser indemnizado, si bien únicamente -en su caso- por los conceptos mencionados en el párrafo segundo del art. 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, presentando nueva solicitud cuál establece el precepto con la justificación de los daños y perjuicios. En ningún caso se indemnizará al contratista por los conceptos del art. 208.2 a) de la LCSP, pues el párrafo cuarto del art. 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020 lo declara expresamente inaplicable.

Asimismo, y conforme al art. 34.4 del Real Decreto-ley, en relación a los contratos de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020 establece las medidas que en su caso, darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

### C) Compatibilidad del ERTE con el resarcimiento de salarios

Las empresas contratistas del Sector Público podrán hacer uso de los ERTE, y cuando afecte al personal adscrito a la prestación de ese servicio, podrán también actuar instando los mecanismos indemnizatorios previstos en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Ahora bien, ello es ajeno al presente procedimiento, cuya cuestión litigiosa queda limitada a la impugnación de la decisión empresarial de 31 de marzo de 2020.

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).



El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se producirá en los supuestos contemplados en el art. 34 del RD-ley 8/2020, con el alcance y modalidad que para caso se establece en el mismo, por imperativo del propio precepto.

D) Conclusión.

c.- De cuanto antecede resulta la fuerza mayor que posibilita a la empresa a suspender los contratos de la totalidad de la plantilla en los términos solicitados, entendiendo la fuerza mayor en los términos ya señalados en el punto 1 del presente FD, que damos aquí por reproducidos.

### 3. Reiteración y reforzamiento de la doctrina.

Aunque en el caso abordado por la STS 83/2021 se debatían también otras cuestiones, la doctrina allí fijada por el Pleno de esta Sala Cuarta da frontal respuesta a lo que se ha discutido en el presente caso, tal y como acertadamente interpreta la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tanto por esa razón cuanto por salir al paso de algunas argumentaciones vertidas por el recurso, interesa adicionar un par de líneas argumentales a lo expuesto en aquella.

A) Reiteremos que nuestra sentencia ya tuvo que enfrentarse con el mismo problema que ahora al dirimir la infracción que la parte recurrente denuncia de lo dispuesto en el art. 34 del RDL 8/2020. De la puesta en relación de este precepto, sobre medidas extraordinarias en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19, con lo regulado el art. 22 de la misma disposición legal, el Sindicato allí demandante (y recurrente en casación) también extrajo la recurrente extrae la conclusión de que las empresas adjudicatarias de servicios públicos no pueden tramitar ERTES porque, aun admitiendo que se hubiera producido la suspensión automática de los contratos públicos, estaríamos ante un supuesto en que los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social deben ser íntegramente compensados.

Por eso ya manifestamos en su día que esta Sala no comparte la tesis de referencia, conforme a la cual la decisión de suspender los contratos de trabajo medida empresarial constituye un fraude de ley, y en consecuencia es nula o, en todo caso, injustificada por no concurrir causa de fuerza mayor.

B) La solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato público suspendido no constituye 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 ( art. 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.

C) Ni el art. 22 del RDL 8/2020 excluye a las empresas contratistas del sector público de su ámbito de aplicación, ni el art. 34 del 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 art. 34 del 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.

D) Esta interpretación concuerda con el régimen aplicable en casos de fuerza mayor común. Los artículos 47 ET y la Disposición Adicional Decimoséptima impiden que la suspensión por causa de fuerza mayor se implemente en las Administraciones Públicas, pero no en sus empresas contratistas.

E) La proyección de los tradicionales cánones hermenéuticos abunda en la misma conclusión.

La interpretación literal de los preceptos estudiados muestra que en ellos no hay prohibición alguna respecto de que las empresas adjudicatarias de contratos públicos insten la suspensión de los contratos por causa de fuerza mayor en los términos previstos por las normas de excepción para afrontar la pandemia. Contienen una posibilidad a favor de las empresas, pero sin disponer un mandato de prohibición.

La interpretación sistemática del precepto va en la misma línea, puesto que la norma contempla la posibilidad de que la empresa inste y obtenga el reintegro de aquellos "gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista", no de los correspondientes al periodo sino solo de los que en la realidad haya debido



afrontar. Si se quisiera eliminar el ERTE o garantizar la integridad de las remuneraciones, el tenor de la norma habría sido diverso, genérico y no condicionado.

La contemplación de lo realmente querido por el legislador en este caso puede ilustrarse también con el cotejo de las diversas redacciones que el artículo 34 del RDL 8/2020 ha experimentado. Pese a haber sido objeto de tres ulteriores modificaciones, ninguna de ellas ha alterado la fórmula de referencia, lo que si algo significa es que no ha querido introducir una regla tan excepcional como la postulada por el recurso.

F) Debemos descartar que la decisión de la contratista de solicitar la constatación de la fuerza comporte un enriquecimiento injusto, pues lo que contempla el RDL es solo la compensación de los perjuicios causados; si no ha habido costes salariales y de Seguridad Social, la consecuencia evidente es la de que tampoco puede instarse reequilibrio alguno por esa causa.

Ese mismo argumento, como apunta el Informe de la Fiscalía, sirve para descartar la infracción del artículo 1902 CC porque sin actuación contraria a Derecho tampoco es posible que surja la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

#### **QUINTO.- Resolución.**

Por las expuestas razones, de conformidad con el Informe de la Fiscalía, debemos desestimar el recurso de casación y confirmar en sus propios términos la sentencia dictada en la instancia.

Dada la condición subjetiva de quien recurre y la modalidad procesal seguida no es necesario que adoptemos medida especial alguna en materia de costas, depósitos o consignaciones.

#### **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 la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. García Rodríguez.
- 2) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia nº 62/2021 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 2021, en autos nº 537/2020, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Comer Bien, SL y la Dirección General de Trabajo, Autónomos y Economías Social (Gobierno de Aragón), sobre conflicto colectivo.
- 3) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.