

CASACION núm.: 125/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 83/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D.^a María Lourdes Arastey Sahún

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 25 de enero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación Estatal de Enseñanza de Comisiones Obreras, representada y asistida por el letrado D. E L P contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2020, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento

113/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación Estatal de Enseñanza de Comisiones Obreras contra la empresa A N G, S.L. y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos la empresa A N G, S.L. representada y asistida por el letrado D. Herminio Duarte Molina y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Federación Estatal de Enseñanza de Comisiones Obreras se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que: «con estimación de la demanda, se DECLARE NULA o en todo caso INJUSTIFICADA la medida empresarial adoptada por A N G S.L. consistente la suspensión de los contratos de trabajo de todo su personal con efectos desde el día 16 de marzo de 2020, en tanto en cuanto, permanezca en vigor la orden de cierre por el estado de alarma, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, con reposición al personal a su situación jurídica previa a la aplicación, y en concreto, con reintegro de salarios dejados de abonar y realización cotizaciones no efectuadas respecto de la totalidad del personal afectado por la medida.»

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

TERCERO.- Con fecha 15 de junio de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de agotamiento de la vía previa administrativa alegadas por el Abogado del Estado. Desestimamos la demanda formulada por D. E L P, letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Madrid, actuando en nombre y representación de la FEDERACION ESTATAL DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS, contra la empresa A N G SL. y la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO del MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, sobre, CONFLICTO COLECTIVO EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN COLECTIVA DE SUSPENSIÓN DE CONTRATOS por causa de FUERZA MAYOR, absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a las mismas deducidas en demanda.»

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

«**PRIMERO.** - La empresa demandada, cuya actividad es “centros de educación infantil” solicitó a la autoridad laboral, Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, la tramitación de ERTE por Fuerza Mayor como consecuencia del Covid-19. Dicha solicitud tenía como base las manifestaciones de la empresa, comunicadas a la Autoridad Laboral, en los términos siguientes:

“El artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 dispone que “Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID- 19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, ..., 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.”

El mismo artículo, en la letra a) de su apartado segundo, indica la necesidad de elaborar un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19. Fruto de la pandemia que padecemos, ha sido profusa la producción legislativa que afecta a nuestra actividad, concretamente:

a) 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 por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional durante quince días naturales.

El artículo 7 de del mismo limita la libre circulación de personas a determinadas actividades, entre las que no se encuentra la asistencia a escuelas de educación infantil.

En su artículo 9, el Real Decreto suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza.

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

Que dispone en su artículo 34: “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”

La totalidad de los ingresos de la empresa proviene de la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros.

Desde el pasado 14 de marzo de 2020, estamos impedidos para realizar actividad en nuestros centros; además, los usuarios de los mismos tienen restringida la libertad de poder acudir a los mismos.

Los contratos públicos que nos unen con las Administraciones Públicas titulares de los centros infantiles gestionados han quedado automáticamente suspendidos desde la fecha en que se produjo la situación que impidió su prestación; en todo caso desde el pasado 14 de marzo de 2020.

Por todo ello, la empresa está totalmente imposibilitada para continuar su actividad por las causas de fuerza mayor expuestas, por lo que debe suspender las relaciones laborales con la totalidad de su plantilla retrotrayendo los efectos de su decisión al 14 de marzo de 2020 y extendiéndolos hasta el 28 de marzo de 2020; sin perjuicio de las ulteriores extensiones o anticipo de las medidas 2 en función de la evolución de la situación.”

El personal afectado es, según se colige de la memoria presentada por la demandada, la totalidad del personal de la empresa, en tanto que la misma se desarrolla, en exclusiva, para “la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros.” (Descripción 2)

Los centros afectados son los siguientes:

GALICIA E.I.M. VEDRA Rúa Nande, 65. CP: 15885 San Fins de Sales – Vedra (A Coruña)

E.I.M. A ULLOA Largo A Ulloa, s/n. CP: 15884 Sigüeiro- Oroso (A Coruña)

E.I.M. A GUARDA Rúa O Rosal, 55. CP: 36780 A Guarda (Pontevedra)

E.I.M. RIVEIRA Rúa Cubeliños, 20. CP: 15960. Riveira (A Coruña)

E.I.M. MEIS Avenida de Cambados, 13. CP: 36337. Meis (Pontevedra)

E.I.M. CASTRO DE REI Rúa Enxeñeiro Odón Fernández Lavandera, s/n. CP: 27260. Castro de Rei (Lugo)

REGIÓN DE MURCIA

C.A.I. LA ASUNCIÓN DE MOLINA Avenida Paris, s/n. Urb. La Molineta. CP: 30500 Molina del Segura (Murcia)

C.A.I. UNIVERSIDAD DE MURCIA Parking Monte Romero, s/n. Campus Universitario de Espinardo. CP: 30100 Murcia. C.A.I. BENIEL Calle Liffre, 15. CP: 30130 Beniel (Murcia)

E.I.M. EL LLANO DE MOLINA Calle Serreta, s/n (frente al colegio público La Purísima). C.P: 30509 El Llano de Molina (Murcia). CENTRO DE CONCILIACIÓN LOS ALCÁZARES Calle Isla del Espalmador – Urbanización Pueblo Patricia. CP: 30710 Los Alcázares (Murcia).

C.A.I. SANTIAGO DE LA RIBERA Calle Alcalá de Henares, 173. CP: 30720 Santiago de la Ribera (Murcia).

P.A.I. EL MIRADOR DE SAN JAVIER Calle Laureados de España, s/n. CP: 30739 San Javier (Murcia).

CASTILLA – LA MANCHA

E.I.M. TORIJA Calle Jesús Villa Rojo, 1, CP: 19190 Torija (Guadalajara).

E.I.M. CABAÑAS DE LA SAGRA Calle Miguel de Cervantes, s/n. CP: 45592 Cabañas de la Sagra (Toledo).

CANARIAS E.I.M. MOGÁN Avenida Los Marrero, 28. CP: 35138 Mogán (Las Palmas).

COMUNIDAD VALENCIANA

E.I.M. LOS MONTESINOS Calle Maestro Fidel Gómez, s/n. CP: 03187 Los Montesinos (Alicante).

E.I.M. DENIA Calle Alcipe, 22. C.P: 03700 Denia (Alicante).

E.I.M. LA XARA Calle Escuelas, 1. C.P: 03709 La Xara (Alicante).

E.I.M. XERACO Calle Luis Vives, 5. CP: 46770. Xeraco (Valencia) (Expediente administrativo)

SEGUNDO. - Comunicado tal extremo a la Representación Legal de los Trabajadores, la FEDERACIÓN DE ENSEÑANZA DE CCOO, formuló oposición mediante escrito dirigido a la Autoridad laboral. En su escrito de alegaciones, CCOO explicaba que la suspensión no opera de forma automática, sino que debe someterse a la consideración del órgano de contratación de la Administración, y que, por tanto, y por esta razón, no se justifica la causa de fuerza mayor que permita la aplicación de las medidas de suspensión. Asimismo, se indicaba que, aún en el caso de que la suspensión se produjere, las concesionarias de los respectivos servicios -como es el caso de la demandada sería en todo caso resarcida de los perjuicios derivados de la suspensión, con inclusión, en todo caso, de los gastos salariales del personal que estuviera en alta en la empresa a fecha 14 de marzo de 2020. También por esta razón, el Sindicato estimaba que no concurría causa para la suspensión interesada. (Descripción 3)

TERCERO.-El 18 de marzo de 2020 tuvo entrada en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, el procedimiento de regulación de empleo presentado por la representación de la empresa demandada en el que solicita autorización para la suspensión de las relaciones laborales de 187 trabajadores (la totalidad de la plantilla de la empresa) pertenecientes a los centros de trabajo de la empresa sitios en la Comunidad Autónoma de Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia, Murcia y Comunidad Valenciana, durante el período comprendido entre el 14-3-20 y la finalización del estado de alarma.

La solicitud se fundamenta en causa de fuerza mayor, de conformidad con lo regulado en el artículo 47, en relación con el artículo 51.7 del ET y en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

La empresa aportó la siguiente documentación:

-Escrito de solicitud en el que se basa la petición.

-Memoria explicativa o informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad con el Covid-19.

-Relación de trabajadores afectados y comunicación a los trabajadores. (Expediente administrativo, cuyo contenido, se da por reproducido)

CUARTO. - El 31 de marzo de 2020, la empresa comunicó a los trabajadores que hacía efectiva la suspensión de la relación laboral por causa de fuerza mayor que se sustenta en el cierre de las escuelas infantiles ordenado por el artículo 9 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

La medida retrotrae sus efectos al 16 de marzo de 2020 y se mantendrá en tanto en cuanto permanezcamos con orden de cierre por el estado de alarma.

Con fecha 18/03/2020 se solicitó la autoridad laboral la autorización de expediente de regulación de empleo de suspensión de los contratos de trabajo. A fecha de hoy, la empresa no ha recibido comunicación de ninguna clase de la autoridad laboral entendiéndose, por tanto, concedida la misma por silencio administrativo por lo que procede a su ejecución en los términos previstos dada su tácita autorización.

Será la empresa la que tramite la solicitud de prestaciones por desempleo, en caso de contar con autorización de la persona trabajadora. (Descripciones 48 a 52)

QUINTO. - Los Ayuntamientos de A Guarda. -Cabañas. -Castro de Rei. -El Mirador. -La Ribera. -Los Alcázares. -Meis. -Molina de Segura. -Oroso. -Riveira. -Vedra. -Universidad de Murcia. -Los Montesinos. -Denia. -Torija. -Xeraco. -La Xara. -Beniel y Mogan acordaron la suspensión del servicio de escuela infantil municipal. (Descripción 64, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido)

SEXTO. -Por Resolución de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, dictada en el ERTE por fuerza mayor Covid-19 nº346/20, se acuerda:

1. Declarar constatada la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa "A N G, S.L.", al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, lo cual determina pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19 y es causa justificativa de la suspensión de relaciones laborales de ciento ochenta y siete (187) trabajadores de su plantilla, pertenecientes a los centros de trabajo de las Comunidades Autónomas arriba indicadas. La relación nominal de trabajadores afectados se adjunta como Anexo a la presente resolución.
2. La declaración de la fuerza mayor surte efectos a partir del momento en que se haya producido el hecho causante que en el presente caso es el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y durante el tiempo y en las condiciones

en que permanezca vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y las prórrogas del mismo que, en su caso, pudieren acordarse.

Se hace constar que 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.

En este sentido, será de aplicación lo establecido en el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE del 28), a tenor de cuya disposición adicional primera la duración máxima de los expedientes de regulación de empleo autorizados será la del estado de alarma decretado por el Gobierno mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus posibles prórrogas, tal como la ya autorizada por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 25 de marzo de 2020 (BOE del 28).

3. Declarar la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados, quienes tendrán derecho a percibir las prestaciones que legalmente les correspondan en los términos y condiciones que se determinen por el Servicio Público de Empleo Estatal.

A los efectos de tramitación de las prestaciones por desempleo, la empresa deberá cumplir las obligaciones legales y reglamentarias reguladoras de dichas prestaciones, así como presentar los documentos y facilitar los datos oportunos en los términos y condiciones que en cada momento se determine por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y, en particular, por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Lo anterior incluye el cumplimiento de las medidas extraordinarias de solicitud colectiva de las prestaciones por desempleo, establecidas para agilizar su tramitación y abono en el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, citado anteriormente. (Descripción 65 y expediente administrativo)

SÉPTIMO. -No se acredita que la empresa demandada haya obtenido ingresos durante el estado de alarma. (Descripción 66)

Se han cumplido las previsiones legales.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación legal de la Federación Estatal de Enseñanza de CC.OO., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar la desestimación del recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, estimando la Sala que, dadas las características de la

cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, fijándose para el día 16 de diciembre de 2020, la celebración de tales actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por el letrado D. E L P, en nombre y representación de la FEDERACION ESTATAL DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS, se formula demanda de Conflicto Colectivo contra la empresa A N G SL. y la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, en materia de Impugnación colectiva de suspensión de contratos por causa de fuerza mayor.

En dicha demanda se solicita que se declare nula, o en todo caso injustificada la medida empresarial adoptada por la empresa A N G S.L. consistente en la suspensión de los contratos de trabajo de todo su personal con efectos desde el día 16 de marzo de 2020, en tanto en cuanto. permanezca en vigor la orden de cierre por el estado de alarma, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, con reposición al personal a su situación jurídica previa a la aplicación, y en concreto, con reintegro de salarios dejados de abonar y realización cotizaciones no efectuadas respecto de la totalidad del personal afectado por la medida.

2.- Por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 15 de junio de 2020 (Proc. 113/2020) se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<< Desestimamos las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de agotamiento de la vía previa administrativa alegadas por el Abogado del Estado. Desestimamos la demanda formulada por D. E L P, letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Madrid, actuando en

nombre y representación de la FEDERACION ESTATAL DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS, contra la empresa A N G SL. y la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO del MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, sobre, CONFLICTO COLECTIVO EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN COLECTIVA DE SUSPENSIÓN DE CONTRATOS por causa de FUERZA MAYOR, absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a las mismas deducidas en demanda.>>

SEGUNDO.- 1.- Por la demandante se formula recurso de casación contra la referida sentencia, articulando tres motivos de recurso, en los términos que oportunamente se dirá:

1º.- Con base en el apartado c) del art. 207 de la LRJS por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

2º.- Con base en el apartado d) del art. 207 de la LRJS por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Y 3º.- Con base en el apartado c) del art. 207 de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver la cuestión objeto de debate.

2.- El recurso es impugnado por la empresa demandada A N G S.L., interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

El Abogado del Estado en la representación que ostenta de la Administración General del Estado (Ministerio de Trabajo y Economía Social),

impugna el recurso solicitando asimismo su desestimación y confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso de casación.

3.- Con carácter previo, al examen de cada uno de los motivos de recurso, cabe resaltar los hechos que se constatan acreditados de interés para la resolución y mejor comprensión de la cuestión debatida:

a.- La empresa A N G S.L.,cuya actividad es "centros de educación infantil" , solicitó ante la Autoridad Laboral, la tramitación de ERTE por Fuerza Mayor como consecuencia del Covid-19, con base en lo siguiente:

" El artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo , de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 dispone que "Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, ..., 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."

El mismo artículo, en la letra a) de su apartado segundo, indica la necesidad de elaborar un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19.

Fruto de la pandemia que padecemos, ha sido profusa la producción legislativa que afecta a nuestra actividad, concretamente:

a) 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 por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional durante quince días naturales.

El artículo 7 de del mismo limita la libre circulación de personas a determinadas actividades, entre las que no se encuentra la asistencia a escuelas de educación infantil.

En su artículo 9, el Real Decreto suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza.

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

Que dispone en su artículo 34: "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"

La totalidad de los ingresos de la empresa proviene de la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros.

Desde el pasado 14 de marzo de 2020, estamos impedidos para realizar actividad en nuestros centros; además, los usuarios de los mismos tienen restringida la libertad de poder acudir a los mismos.

Los contratos públicos que nos unen con las Administraciones Públicas titulares de los centros infantiles gestionados han quedado automáticamente suspendidos desde la fecha en que se produjo la situación que impidió su prestación; en todo caso desde el pasado 14 de marzo de 2020.

Por todo ello, la empresa está totalmente imposibilitada para continuar su actividad por las causas de fuerza mayor expuestas, por lo que debe suspender las relaciones laborales con la totalidad de su plantilla retrotrayendo los efectos de su decisión al 14 de marzo de 2020 y extendiéndolos hasta el 28 de marzo de 2020; sin

perjuicio de las ulteriores extensiones o anticipo de las medidas 2 en función de la evolución de la situación."

El personal afectado es, según se colige de la memoria presentada por la demandada, la totalidad del personal de la empresa, en tanto que la misma se desarrolla, en exclusiva, para "la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros."

Los centros afectados son los reflejados en el hecho probado primero de la sentencia recurrida.

b.- El 18 de marzo de 2020 tuvo entrada en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, el procedimiento de regulación de empleo presentado por la empresa demandada solicitando autorización para la suspensión de las relaciones laborales de 187 trabajadores (la totalidad de la plantilla de la empresa) pertenecientes a los centros de trabajo de la empresa sitios en la Comunidad Autónoma de Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia, Murcia y Comunidad Valenciana, durante el período comprendido entre el 14-3-20 y la finalización del estado de alarma, por causa de fuerza mayor, de conformidad con lo regulado en el artículo 47, en relación con el artículo 51.7 del ET y en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

c.- El 31 de marzo de 2020, la empresa comunicó a los trabajadores que hacía efectiva la suspensión de la relación laboral por causa de fuerza mayor que se sustenta en el cierre de las escuelas infantiles ordenado por el artículo 9 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, retrotrayendo los efectos de la medida al 16 de marzo de 2020, y manteniéndola en tanto exista la orden de cierre por el estado de alarma. Se les comunicaba asimismo que con fecha 18/03/2020 se solicitó a la Autoridad Laboral la autorización de expediente de regulación de empleo de suspensión de los contratos de trabajo, sin que a la fecha se hubiera recibido comunicación alguna, con lo cual la entiende concedida por silencio administrativo.

d.- Los Ayuntamientos de A Guarda. -Cabañas. -Castro de Rei. -El Mirador. -La Ribera. -Los Alcázares. -Meis. -Molina de Segura. -Oroso. -Riveira. -Vedra. -Universidad de Murcia. -Los Montesinos. -Denia. -Torija. -Xeraco. -La Xara. -Beniel y Mogan, en los cuales se ubican los centros de trabajo, acordaron la suspensión del servicio de escuela infantil municipal.

e.- Posteriormente, por Resolución de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, dictada en el ERTE por fuerza mayor Covid-19 nº346/20, se acuerda:

<< 1. Declarar constatada la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa "A N G, S.L.", al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo , lo cual determina pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19 y es causa justificativa de la suspensión de relaciones laborales de ciento ochenta y siete (187) trabajadores de su plantilla, pertenecientes a los centros de trabajo de las Comunidades Autónomas arriba indicadas.

La relación nominal de trabajadores afectados se adjunta como Anexo a la presente resolución.

2. La declaración de la fuerza mayor surte efectos a partir del momento en que se haya producido el hecho causante que en el presente caso es el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y durante el tiempo y en las condiciones en que permanezca vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y las prórrogas del mismo que, en su caso, pudieren acordarse.

Se hace constar que 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.

En este sentido, será de aplicación lo establecido en el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE del 28), a tenor de cuya disposición adicional primera la duración máxima de los expedientes de

regulación de empleo autorizados será la del estado de alarma decretado por el Gobierno mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo , y sus posibles prórrogas, tal como la ya autorizada por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 25 de marzo de 2020 (BOE del 28).

3. Declarar la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados, quienes tendrán derecho a percibir las prestaciones que legalmente les correspondan en los términos y condiciones que se determinen por el Servicio Público de Empleo Estatal.

A los efectos de tramitación de las prestaciones por desempleo, la empresa deberá cumplir las obligaciones legales y reglamentarias reguladoras de dichas prestaciones, así como presentar los documentos y facilitar los datos oportunos en los términos y condiciones que en cada momento se determine por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y, en particular, por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Lo anterior incluye el cumplimiento de las medidas extraordinarias de solicitud colectiva de las prestaciones por desempleo, establecidas para agilizar su tramitación y abono en el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo , citado anteriormente.>> (H.P. sexto de la sentencia recurrida) .

TERCERO.- Motivo primero del recurso.-

1.- Se formula al amparo del art. 207 c) de la LRJS por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, de haya producido indefensión para la parte.

Señala el recurrente, que la pretensión se ejercitaba en dos -si bien cita tres- presupuestos fundamentales: 1º.- “La medida empresarial operada por decisión de 31 de marzo de 2020 no podía ampararse en una resolución presunta por silencio positivo en lo relativo a la constatación de la fuerza mayor en tanto que la interpretación jurisprudencial de esta ficción jurídica determina que no procede cuando la propia solicitud carece de los elementos esenciales que permitirían un pronunciamiento expreso. Por tanto, a la fecha de la medida impugnada, ésta carecía del requisito esencial exigido por el

artículo 22 del RDL 7/2020, como es la constatación de la concurrencia de causa de Fuerza Mayor por la autoridad laboral con carácter previo a la aplicación de las medidas suspensivas de los contratos”.

Se limita en este apartado a señalar la imposibilidad de aplicar la figura del silencio administrativo positivo si media la ausencia de un “requisito imprescindible”.

2º.- La misma medida empresarial, si bien señalando que la interpretación jurisprudencial en lo relativo a la constatación de la fuerza mayor, “determina que no procede en aquellos casos en que consta la intervención de partes diferenciadas con intereses contrapuestos”, de modo que constando la oposición sindical en el expediente administrativo antes de la resolución, no podía entenderse que el 31 de marzo de 2020 se considerara estimada la solicitud por silencio positivo, con lo cual carecía del requisito esencial exigido por el art.22 del RDL 8/2020.

3º.- Por último señala que la medida empresarial operada por decisión de 31 de marzo de 2020 no podía fundamentarse en la concurrencia de fuerza mayor, en la medida en que el RDL 8/2020 contempla en su art.34 un apartado específico respecto a las “medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID 19”.

Siendo que de todo ello guarda silencio la sentencia recurrida, entiende que la sentencia adolece del vicio de falta de motivación e incongruencia con las pretensiones formuladas en la demanda, con lo cual se produce la infracción de lo preceptuado en el art. 218 de la LEC, citando doctrina constitucional relativa a la incongruencia de las resoluciones judiciales, lo cual por extensión comporta una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, art. 24 CE, en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial congruente con las pretensiones ejercitadas.

2.- Como recuerda, entre otras, la STS/IV 7-abril-2015 (rcud 1187/2014) <<... es reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras muchas, en la

... STS/IV 24-julio-2014 y en las que en ella se citan como la de 23-abril-2013 (rcud 729/2012), que "...Se razona, en especial, en la ... STS/IV 30-junio-2008 ... que " ... es constante y reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y así lo han señalado, entre otras muchas, la STC 20/1982 y la 136/198, de 29 de junio, que cita a la anterior. A su vez, la ... STC, nº 1 de 25 de enero de 1.999, con cita, entre otras, de las SSTC de que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno para ello; y, entre los diversos supuestos de incongruencia vulneradora del aludido derecho fundamental de defensa, incluye la antes invocada STC 136/1998 la incongruencia interna y la incongruencia "por error", siendo precisamente esta última la que se ha producido en el caso que enjuiciamos'. En este sentido y ante supuestos análogos al aquí debatido, también se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 21 de marzo y 23 de diciembre de 2002 (recurso 2145/01 y 332/02), 18 de julio de 2003 (recurso 3891/02), 27 de octubre y 18 de noviembre de 2004 (recurso 4983 y 6623/03), señalando esta última sentencia que 'El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003, entre otras muchas) como un '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 discurra 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)">>.

Asimismo, como señala esta Sala IV/TS en sentencia de 25 de abril de 2018 (rcud. 1835/2016), reiterando nuestra muy reiterada jurisprudencia en torno a la cuestión suscitada (entre otras, SSTS 13/05/14 –rco 119/13–; ... 23/09/15 –rco 253/14–; ...; 22/04/16 –rco 168/15–; 14/07/16 –rcud 3761/14–;

14/02/17; 11/10/17 –rcud 3788/15–; y 25/10/17 –rco 256/16–), la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados:

<< a).– Con carácter general la incongruencia omisiva se produce cuando «el órgano judicial deja sin respuesta a 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.

b).– De todas formas, 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.

c).– En este orden de cosas, parece conveniente precisar la distinción entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, de forma que si bien respecto de las primeras no sería necesaria –a los efectos de la debida tutela judicial exigible ex art. 24 CE– una contestación explícita y pormenorizada a cada una de ellas, pudiendo bastar –en atención a las circunstancias particulares concurrentes– con una respuesta global o genérica respecto de alegaciones concretas no sustanciales, sin embargo más rigurosa es la exigencia respecto a las pretensiones, puesto que respecto de ellas es necesario –para admitir una respuesta tácita y excluir incongruencia omisiva– que del conjunto de los razonamientos de la sentencia pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino también los motivos fundadores de la respuesta tácita [SSTEDH 09/Diciembre/1994, asuntos Hiro Balani y Ruiz Torija; SSTC 85/2000, de 27/Marzo; 1/2001, de 15/Enero; 5/2001, de 15/Enero; 148/2003, de 14/Julio; 8/2004, de 9/Febrero; 85/2006, de 27/Marzo, FJ 5 ; y 141/2009, de 15/Junio, FJ 5] (STS 18/12/15 –rco 25/15–).

d).– En todo caso, precisemos que la referida falta de respuesta no merece siempre tal calificación –incongruencia omisiva–, sino tan sólo aquélla que revista las siguientes notas esenciales: de una parte que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; de otra, que el órgano judicial en su resolución no dé a la misma respuesta expresa o razonablemente implícita. Sólo cumpliendo tales requisitos «la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en una denegación tácita de justicia y resulta por lo tanto contraria al artículo 24.1 CE»>>.

Asimismo esta Sala IV/TS en su sentencia de 31 de marzo de 2015 (Rcud. 1865/2014) , reiterando la de 23 de abril de 2013, afirma que: "(...) 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."

"(...) 'El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003, entre otras muchas) como un '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 discorra 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)".

3.- En el presente caso, en el hecho tercero de la demanda se alegaba la "Infracción de lo dispuesto en el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. 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. Eventual enriquecimiento injusto de la mercantil contratista. Consiguiente nulidad e la medida por su carácter

fraudulento, o carácter injustificado de la misma por inexistencia de causa de fuerza mayor”.

La sentencia de instancia nada argumenta ni resuelve sobre la referida cuestión.

Cierto es que, conforme a nuestra propia doctrina, podría interpretarse el silencio judicial como una desestimación tácita, teniendo en cuenta el suplico de la demanda que es de tenor literal siguiente: “... se declare NULA o en todo caso INJUSTIFICADA la medida empresarial adoptada por A N G S.L. consistente (en) la suspensión de los contratos de trabajo de todo su personal con efectos desde el día 16 de marzo de 2020, en tanto en cuanto permanezca en vigor la orden de cierre por el estado de alarma, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, con reposición al personal a su situación jurídica previa a la aplicación, y en concreto, con reintegro de salarios dejados de abonar y realización cotizaciones no efectuadas respecto del personal afectado por la medida”.

Y ello por cuanto, no se incurre en incongruencia por desviarse de las alegaciones de las partes en sus escritos esenciales del pleito, salvo cuando esa inadecuación afecte a los hechos que determinan sus peticiones, es decir, a la causa de pedir y a la expresa petición que formulen, que constituyen las cuestiones delimitadoras del contenido imprescindible de las sentencias. No incurre en ese defecto, si la inadecuación de su contenido afecta a la fundamentación jurídica ofrecida por las partes, que aportan como soporte jurídico de sus respectivas pretensiones, porque la determinación del derecho aplicable al caso controvertido es materia reservada a la función de juzgar, expresada en la máxima *"da mihi factum, dabo tibi ius"*.

Esta Sala, estimando que la infracción alegada en el hecho tercero de la demanda (“Infracción de lo dispuesto en el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo...”), forma parte de la pretensión, estima que la ausencia de toda consideración y respuesta, siquiera implícita, a estas alegaciones permiten concluir que la sentencia recurrida incurrió en una

incongruencia omisiva o *ex silentio* lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), del artículo 218.1 LEC y del artículo 201.1 LRJS. En este contexto y controversia planteada, le era exigible a la sentencia de la Audiencia Nacional alguna consideración y respuesta, bien para estimar o bien para desestimar, parcial o totalmente dicha pretensión. Ahora bien, ello no va a comportar en el presente caso la declaración de nulidad de la sentencia para que la Sala de instancia se pronuncie sobre este extremo, sino que esta Sala IV/TS en aras a la economía procesal y por tratarse de una cuestión meramente jurídica, va a dar la oportuna respuesta al mismo en el momento procesal oportuno al resolver el punto c) o tercer motivo de censura jurídica del recurso.

CUARTO.- Motivo segundo del recurso.-

1.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Discrepa el recurrente en la documentación aportada, alegando que la Memoria solo hace referencia al art. 22 del RDL 8/2020, al RD de estado de Alarma 463/2020, art. 9 que suspende la Actividad educativa presencial, así como al art. 34 del RDL 8/2020, pero que no se justifica que la empresa haya que cesar su actividad.

Señala asimismo que ha sido en el propio proceso judicial, y a requerimiento del Sindicato recurrente, cuando se han aportado los actos de suspensión de los centros que relaciona.

Entiende el recurrente en definitiva que, a la vista de la documental debe valorarse si a la fecha en la que se aplicó la medida, es decir, el 31 de marzo, se había constatado y justificado por la empresa ante la Autoridad Laboral que los contratos habían quedado suspendidos, concluyendo que la Autoridad Laboral no podía haber constatado la suspensión de los contratos porque la empresa no aportó justificación de estos extremos en la solicitud.

Obviamente este motivo no puede ser estimado.

Es reiterada la doctrina de esta Sala IV/TS, recordada entre otras en la reciente STS de 6 de noviembre de 2020 (rco. 7/2019), los requisitos para que prospere la revisión fáctica los establece esta Sala IV/TS señalando:

<< En SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015)y otras muchas, hemos advertido 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 inmediatez 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 como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) 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.>>

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la recurrente hace una formulación de este motivo un tanto defectuosa, omitiendo por completo los requisitos exigidos. Más allá de las alegaciones discrepantes, no señala cuál o cuáles hechos probados pretende revisar, tampoco precisa en qué términos considera deberían quedar redactados aportando una redacción alternativa, ni tampoco concreta ningún documento respecto del que pueda derivarse de forma clara, el patente error que imputa a la sentencia recurrida. Ello conduce, como se ha adelantado, a la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- 1.- Motivo tercero de recurso.-

Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denuncia la recurrente que la sentencia recurrida adolece de las siguientes infracciones normativas:

- a) Infracción de lo dispuesto en el art. 22.2 a) del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y la consiguiente nulidad de la medida.
- b) Infracción del mismo precepto, art. 22.2, art. 33.1 apartados 4 y 5 del RD 1483/2012, art. 24 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y jurisprudencia que los interpreta. Alega inexistencia de resolución presunta estimatoria de la solicitud y solicita la nulidad de la medida, o carácter injustificado de la misma, por falta de constatación administrativa de la causa de fuerza mayor.
- c) 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, por lo que interesa la nulidad de la medida por su carácter fraudulento, o carácter injustificado por inexistencia de causa de fuerza mayor, e imposibilidad de aplicación al tratarse de una adjudicataria de servicios públicos.

Interesa en definitiva la declaración de nulidad de la actuación empresarial impugnada con reposición del personal afectado por la misma a sus derechos laborales y retributivos.

Se reitera que la pretensión actora es la de que se declare Nula o en todo caso Injustificada la medida empresarial adoptada por A N

G S.L. consistente la suspensión de los contratos de trabajo de todo su personal con efectos desde el día 16 de marzo de 2020, en tanto en cuanto. permanezca en vigor la orden de cierre por el estado de alarma, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, con reposición al personal a su situación jurídica previa a la aplicación, y en concreto, con reintegro de salarios dejados de abonar y realización cotizaciones no efectuadas respecto de la totalidad del personal afectado por la medida.

2.- Normativa a considerar para la resolución de este motivo de censura jurídica.-

A.- 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.-

Como señala el prólogo de la norma, 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.

La duración del estado de alarma que se declara por el Real Decreto 463/2020, es de quince días naturales, si bien se ha prorrogado hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, por los arts. 1 y 2 del Real Decreto 555/2020 de 5 de junio.

B.- Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.-

Conforme a lo dispuesto en su art. 22.- Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor:

<< 1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración 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.

2. En los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo con base en las circunstancias descritas en el apartado 1, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes:

a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La

empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas.

b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.

c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. (...) >>

**C.- Art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 (redacción original).-
Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del
COVID-19:**

<<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. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

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:
(...)

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.(...)

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Además, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en 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, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.

La suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.

2. En los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, 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, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El órgano de contratación le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista, sino que

se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Adicionalmente, en los casos a que se refiere este apartado en su primer párrafo, los contratistas tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

3. En los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la 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. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la

finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra. En estos casos, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos: (...)

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.(...) >>.

Dicho precepto ha sido modificado, con efectos desde el 18 de marzo de 2020, en sus apartados 1, el cuarto párrafo del 3 y el 6 y se añaden el 7 y el 8 por la disposición final 1.10 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que damos aquí por reproducida.

D.- Art. 47 del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/2015 de 23 de octubre). Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor:

<<3. 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.>>

E.- RD. 1438/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensiones de contrato y reducción de jornada.

SEXO.- Resolución de las cuestiones objeto del motivo tercero del recurso.-

1.- En el apartado a) : Denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 22.2 a) del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y la consiguiente nulidad de la medida.

Y, en el apartado b): Denuncia, la infracción del mismo precepto, art. 22.2, art. 33.1 apartados 4 y 5 del RD 1483/2012, art. 24 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y jurisprudencia que los interpreta.

Ambos apartados de censura jurídica se examinan conjuntamente teniendo en cuenta que en definitiva se trata de un mismo motivo desarticulado en dos.

Alega la recurrente la inexistencia de resolución presunta estimatoria de la solicitud y solicita la nulidad de la medida, o carácter injustificado de la misma, por falta de constatación administrativa de la causa de fuerza mayor.

Y niega que la empresa haya justificado la existencia de la causa o la situación de fuerza mayor, así como que es la Autoridad Laboral quién ha de determinar la concurrencia de la causa legal para la aplicación del ERTE, y que la medida adoptada con base a la existencia de silencio positivo es nula, así como la inexistencia de suspensión del contrato administrativo. En definitiva, que la medida empresarial adoptada es fraudulenta y que con ella se pretende un enriquecimiento injusto.

Sostiene la recurrente que la empresa ha de justificar ante la Autoridad Laboral la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, y en concreto que más allá de la suspensión de la actividad, se hubiera producido también una suspensión del contrato administrativo y, por tanto de las obligaciones derivadas de éste, así como que tiene que justificar el cese de la Administración de su obligación de abono del precio del contrato, o en su caso, de indemnizar, entre otros, los gastos salariales del personal de la empresa. Esta información la considera esencial e imprescindible, y al no haberse aportado, no puede operar el silencio administrativo positivo.

El art. 22.2 a) del RD-Ley 8/2020 cuya infracción se denuncia, dispone que: << El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas.>>.

Del inalterado e incombato relato fáctico de instancia resulta que la documentación esencial fue aportada por la empresa: solicitud a la que se acompaña Memoria o informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, sin que los demás documentos aparezcan como de aportación obligatoria, según resulta del redactado del precepto al señalar “ en su caso”, o “en caso de existir”. En dicha documentación consta, como resalta el Ministerio Fiscal en su informe los siguientes datos con referencia a las correspondientes normas legales: la declaración del estado de alarma, la limitación de la libre circulación de personas a determinadas actividades entre las que no se encuentra la

asistencia a escuelas de educación infantil, la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, y la suspensión automática de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes celebrados por las entidades pertenecientes a Sector Público. A ello hay que añadir y así se constata acreditado que la totalidad de ingresos de la empresa proviene de la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros.

La empresa cumplió con las exigencias del art. 22.2 del RD-L. 8/2020, por lo que nada impide que opere el silencio administrativo positivo. Ciertamente no se refiere a esta figura el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, pero así resulta del Real Decreto-Ley 9/2020 de 27 de marzo, tanto en el preámbulo con remisión al art. 24 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre (que como regla general, otorga al mismo sentido positivo, no encontrándonos ante un supuesto en el que se establezca lo contrario), como en el propio articulado en relación a la constatación de la fuerza mayor vinculada al COVID-19 para aplicar medidas temporales de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de la jornada laboral, **se deben entender estimadas por silencio administrativo positivo en el supuesto de que no se dicte una resolución expresa en el plazo de 5 días** (artículo 22.2.c del RDL 8/2020).

En consecuencia, debe entenderse constatada la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo positivo, aunque posteriormente en el presente caso, recayó resolución expresa en el ERTE por fuerza mayor, que constata su existencia, reforzando la calificación y efectos del silencio.

Por lo que se refiere a la apreciación de la fuerza mayor, negada por la demandante ahora recurrente, cabe señalar que la solicitud de la empresa de autorización de expediente de regulación de empleo temporal de suspensión

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

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

La declaración de la fuerza mayor surte efectos a partir del momento en que se haya producido el hecho causante, en el presente caso en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y durante el tiempo y en las condiciones en que permanezca vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y las prórrogas del mismo que, en su caso, pudieran acordarse, habiéndose fijado inicialmente por un periodo de quince días naturales, prorrogados con posterioridad.

Por otro lado, no puede obviarse que los Ayuntamientos en los que se encuentran los centros de trabajo afectados (A Guarda. -Cabañas. -Castro de Rei. -El Mirador. -La Ribera. -Los Alcázares. -Meis. -Molina de Segura. -Oroso. -Riveira. - Vedra. -Universidad de Murcia. -Los Montesinos. -Denia. -

Torija. -Xeraco. -La Xara. -Beniel y Mogan), acordaron la suspensión del servicio de escuela infantil municipal, así como de los contratos de gestión de los servicios públicos ante la imposibilidad total de prestación de los mismos.

La sentencia de instancia dice respetar el contenido de la Resolución administrativa de la Autoridad Laboral que autoriza la medida. Ciertamente ello es así, pero justamente porque es coincidente con los efectos propios del silencio administrativo positivo. Efectivamente, no consta que dicha resolución haya sido impugnada, anulada o se haya suspendido su ejecutividad.

La discrepancia con la resolución administrativa que constata la fuerza mayor, debió instrumentarla la recurrente, de ser de su interés, por la vía del art. 151 de la LRJS; y ello sin perjuicio de la posibilidad de accionar por circunstancias posteriores a esa resolución administrativa y desvinculadas de la corrección de la misma, lo cual no concurre en el caso examinado, pues en el presente procedimiento lo que se impugna es la decisión empresarial de fecha 31 de marzo de 2020.

Insiste la recurrente en el apartado b) del motivo de censura jurídica, en que al carecer la solicitud empresarial de un requisito imprescindible, cual es la documentación justificativa de la existencia de fuerza mayor para la resolución motivada de la solicitud; y que al existir oposición expresa en el expediente administrativo por parte de los representantes de los trabajadores existen dos posiciones contradictorias, por lo que no puede operar el silencio administrativo positivo a favor de la empresa.

No pueden aceptarse tales afirmaciones, por cuanto queda dicho, y en tanto que cuando se dicta la resolución expresa, ya ha operado el silencio administrativo, y no es objeto del presente procedimiento la impugnación de la resolución administrativa dictada a posteriori, que debió seguir la vía procesal prevista en el art. 151 LRJS.

Nada se señala en relación al “art. 33.1 apartados 4 y 5 del RD 1483/2012” que asimismo se señala como infringido, por cuanto tal precepto

es inexistente. Obviamente ha de tratarse de un error de transcripción, pero al no referirse al mismo ni al supuesto contenido dentro del motivo en que se cita, la Sala se ve impedida de salvar el error.

2.- A.- Por último, resta por examinar el **apartado c)** del motivo de censura jurídica, en el que 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, por lo que interesa la nulidad de la medida por su carácter fraudulento, o carácter injustificado por inexistencia de causa de fuerza mayor, e imposibilidad de aplicación al tratarse de una adjudicataria de servicios públicos. Como se ha indicado en el FJ tercero, la infracción del art. 34 del RD-Ley 8/2020 de 17 de marzo (hecho tercero de la demanda), no fue examinada por la sentencia de instancia, si bien ha estimado esta Sala IV/TS que en el caso no era motivo de nulidad, y va a ser abordado seguidamente.

La recurrente entiende que pese a la dicción del apartado 1 del art. 34, de la interpretación conjunta del precepto ha de entenderse que el silencio administrativo es en sentido desestimatorio, y que la suspensión no es automática sino que ha de ser solicitada por el contratista y solo procederá cuando se aprecie la imposibilidad de ejecutar el contrato, y que, siendo la consecuencia esencial de la suspensión, la de la indemnización de daños y perjuicios, como se deduce del propio precepto, estableciéndose una serie de matices frente al régimen general previsto en el art. 208 de la LCSP en los supuestos de suspensión ordinaria de los contratos. 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.

B.- 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.

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.

En el caso, consta acreditado que los Ayuntamientos de A Guarda. - Cabañas. -Castro de Rei. -El Mirador. -La Ribera. -Los Alcázares. -Meis. - Molina de Segura. -Oroso. -Riveira. -Vedra. -Universidad de Murcia. -Los Montesinos. -Denia. -Torija. -Xeraco. -La Xara. -Beniel y Mogan, en los cuales se ubican los centros de trabajo, acordaron la suspensión del servicio de escuela infantil municipal, con base en el cierre de las escuelas infantiles ordenado por el art.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la suspensión de la ejecución de los contratos, con declaración expresa de la imposibilidad de ejecución del contrato, por lo tanto, ninguna duda cabe que es en este momento que surge la “imposibilidad”. Así resulta del descriptor 64 obrante en las actuaciones.

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.

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.

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.

C.- Por último se enuncia por la recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, sin alegación ni argumentación alguna respecto a dicho precepto en el cuerpo del apartado c) del motivo tercero de censura jurídica. El silencio de la recurrente que no señala en que consiste la infracción de dicho precepto, hace innecesario su examen.

No obstante ello, y de acuerdo con la sentencia recurrida, << el 47.3 ET relativo a la suspensión del contrato de trabajo por causa de fuerza mayor remite al procedimiento establecido en el artículo 51.7 ET que establece que la autoridad laboral "deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la suspensión de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor . La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral...", previsión legal contemplada también en el artículo 33.3 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. *"La resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos o la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral"*.

Es decir, ha de haber una resolución empresarial expresa posterior, que acuerde la suspensión de los contratos laborales por la causa constatada por la Autoridad Laboral de fuerza mayor. Y ello es lo que sucede en el presente caso, en que por silencio administrativo positivo se constata la existencia de fuerza mayor, posteriormente confirmada por la Autoridad Laboral en resolución expresa. A partir de aquí, la empresa dicta su decisión de suspensión de los contratos de la totalidad de la plantilla por la causa de fuerza mayor constatada primero por silencio administrativo positivo y después por la Autoridad Laboral en resolución posterior.

En el presente caso, no se impugna ninguna resolución ni acto administrativo, sino y exclusivamente, la decisión empresarial de suspensión de los contratos laborales de fecha 31 de marzo de 2020, por lo que está vedado a la Sala resolver sobre una resolución no impugnada, como pretende la recurrente.

SEPTIMO.- 1.- En el presente caso, el ERTE afecta a todos los trabajadores de la empresa cuya actividad son los centros de educación infantil, actividad que quedó totalmente paralizada con la declaración del estado de alarma.

Para la sentencia de instancia, constatada “la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa "A N G, S.L.", al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el artículo 22.1 del Real Decreto- ley 8/2020, de 17 de marzo , lo cual determina pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19 y es causa justificativa de la suspensión de relaciones laborales de ciento ochenta y siete (187) trabajadores de su plantilla, pertenecientes a los centros de trabajo de las Comunidades Autónomas indicadas por la empresa, sin que conste impugnada la resolución administrativa, debe desestimarse íntegramente la demanda”.

2.- Esta Sala IV/TS estima que la sentencia recurrida es ajustada a derecho si bien por las razones señaladas, por lo que, de acuerdo con el Informe del Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del recurso, al no

apreciarse las infracciones denunciadas, y declaración de firmeza de la sentencia recurrida. Sin pronunciamiento alguno sobre costas (art. 235 LRJS).

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación formulado por el letrado D. E L P, en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESTATAL DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS, contra la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2020 en el procedimiento de Conflicto Colectivo núm. 113/2020.

2º.- Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3º.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

