

**Las empresas contratistas del sector público pueden tramitar un ERTE por fuerza mayor vinculada al COVID-19 y solicitar, si procede, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.**

**Faustino Cavas Martínez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.*

**Resumen:** *La constatación por la autoridad laboral de la fuerza mayor vinculada al Covid-19 puede operar por silencio administrativo, pudiendo los concesionarios públicos presentar un ERTE por fuerza mayor, sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener, en su caso, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.*

**Palabras clave:** *ERTE. Fuerza mayor. Contratas públicas. COVID-19. Equilibrio económico del contrato.*

**Abstract:** *The verification by the labor authority of force majeure caused by Covid-19 may operate through administrative silence; furthermore, public concessionaires may file an ERTE due to force majeure and simultaneously request and obtain, where appropriate, the restoration of the economic balance of contract.*

**Keywords:** *ERTE. Force majeure. Public contracts. COVID-19. Economic balance of the contract.*

---

### I. Introducción

El específico procedimiento para la aprobación de ERTEs por fuerza mayor derivada del COVID-19, regulado en el art. 22 del RDL 8/2020, mantiene el requisito de la preceptiva constatación administrativa que para los ERTEs por fuerza mayor establece el art. 47 en relación con el art. 51. 7 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, el brevísimo plazo el que dispone la Autoridad Laboral para efectuar dicha constatación (5 días) ha determinado que en numerosos casos la solicitud de suspensión de contratos o reducción de jornada se haya estimado de forma presunta por activación del silencio administrativo positivo.

Más allá de la confirmación que realiza de la operatividad del silencio administrativo positivo en este tipo de procedimientos, la STS núm. 83/2021, de 25 de enero, del Pleno de la Sala Cuarta, destaca por ser el primer pronunciamiento del TS en materia de ERTEs por fuerza mayor consecuencia de la COVID-19, y por sostener que las empresas explotadoras de servicios públicos pueden tramitar ERTEs para la suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada al amparo de lo dispuesto en el art. 22 del RDL 8/2020 con sustento en la causa de fuerza mayor acotada en dicho precepto, sin que a ello se oponga la incorporación en el art. 34 de esa misma disposición legal de reglas específicas que permiten a las empresas titulares de contratos públicos solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando este se ve afectado en su normal desenvolvimiento por decisiones adoptadas por el poder público para frenar la propagación de la pandemia.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Pleno).

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 83/2021, de 25 de enero.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** recurso de casación núm. 125/2020.

**ECLI:** ES:TS:2021:59

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una empresa, cuyo objeto social es la explotación de centros de educación infantil a través de contratos públicos concertados con las Administraciones titulares de dichos centros, repartidos por cinco comunidades autónomas, solicita a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Economía Social autorización para acordar la suspensión de los contratos de trabajo de toda su plantilla (187 empleados) durante el período comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y la finalización del estado de alarma declarado por el RD 463/2020, alegando fuerza mayor derivada del Covid-19. La solicitud tuvo entrada en el registro de la Autoridad Laboral a la que iba dirigida el 18 de marzo de ese año. Además del escrito de solicitud, la empresa aportó una memoria explicativa de la vinculación de la pérdida de actividad con el Covid-19, la relación nominativa de trabajadores afectados y la comunicación a éstos de que había presentado la solicitud de ERTE.

Se tiene como hecho probado que desde el 14 de marzo de 2020, fecha en que se declaró el estado de alarma por el Gobierno de la Nación para tratar de contener la propagación de la pandemia, la empresa no puede realizar ninguna actividad en tales centros, al haber quedado automáticamente suspendidos los contratos públicos que la unían con las Administraciones públicas titulares de los mismos. Ha quedado acreditado igualmente que la totalidad de los ingresos de la empresa proviene de la explotación de dichos centros y, por tanto, no consta que la empresa haya obtenido otros ingresos durante el estado de alarma.

Con fecha 31 de marzo de 2020, la empresa comunicó a los trabajadores que hacía efectiva la suspensión de las relaciones laborales por causa de fuerza mayor, con fundamento en el cierre de las escuelas infantiles ordenado por el art. 9 del RD 463/2020, retrotrayendo los efectos de la medida al 16 de marzo de 2020 (fecha de presentación de la solicitud de ERTE), y con intención de mantenerla en tanto subsistiera la orden de cierre por el estado de alarma. Se les comunicó asimismo que la empresa entendía autorizado el ERTE por silencio administrativo positivo.

Con posterioridad, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social dictó resolución expresa en el procedimiento, acordando declarar constatada la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa, justificativa de la suspensión de las relaciones laborales de los 187 trabajadores y trabajadoras de su plantilla por las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19, con efectos desde el 14 de marzo de 2020 y durante el tiempo y en las condiciones en que permaneciera vigente el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, pudieran acordarse. También se reconocía el derecho de los trabajadores incluidos en el ERTE a las prestaciones por desempleo que legalmente les correspondieran. No consta que esta resolución estimatoria del ERTE haya sido impugnada.

Por la Federación Estatal de Enseñanza de Comisiones Obreras se presentó demanda de conflicto colectivo (art. 153 LRJS) ante la Audiencia Nacional contra la

decisión de la empresa de suspender las relaciones laborales por fuerza mayor derivada del Covid-19, interesando que la suspensión de los contratos de trabajo fuera declarada nula o, en su defecto, injustificada, con reposición del personal a su situación jurídica previa a la suspensión, y en concreto, con reintegro de los salarios dejados de abonar y realización de las cotizaciones no efectuadas respecto de la totalidad del personal afectado por la medida.

Con fecha 15 de julio de 2020 se dictó Sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (SAN núm. 994/2020, proc. 113/2020), desestimatoria de la demanda.

Contra esta resolución se interpuso recurso de casación por la representación legal de la Federación Estatal de Enseñanza de CC.OO. ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar la desestimación del recurso.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, acordando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, la deliberación, votación y fallo se hicieran en Pleno de Sala.

#### **IV. Posición de las partes**

##### *1. La organización sindical (parte recurrente)*

La organización sindical promotora del proceso de conflicto colectivo formula recurso de casación contra la SAN 59/2021, con sustento en tres motivos.

En el primer motivo, con fundamento en el apartado c) del art. 207 LRJS – “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”-, aduce que la sentencia de instancia adolece del vicio de falta de motivación e incongruencia con las pretensiones formuladas en la demanda, al no haber dado respuesta a las tres cuestiones o presupuestos en los que basó su pretensión: 1º) que la medida empresarial operada por decisión de la empresa 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 elementos esenciales que permitirían un pronunciamiento expreso, y la medida impugnada, a fecha 31 de marzo de 2020, carecía del requisito esencial exigido por el art. 22 del RDL 8/2020, 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; 2º) que la medida empresarial no podía aplicarse porque existió oposición sindical a la misma en la tramitación del expediente administrativo antes de la resolución expresa, de modo que no podía considerarse estimada la solución por silencio positivo el 31 de marzo de 2020 con arreglo a la interpretación jurisprudencial que determina que el silencio positivo no procede en aquellos casos en que consta la intervención de partes diferenciadas con intereses contrapuestos; y 3º) que la medida empresarial no podía fundamentarse en la concurrencia de fuerza mayor, toda vez 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”. Entiende por ello que la AN ha infringido lo preceptuado en el art. 218 de la LEC, citando doctrina constitucional relativa a la incongruencia de las resoluciones judiciales, lo que habría comportado por extensión una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial congruente con las pretensiones ejercitadas.

El segundo motivo se deduce al amparo de lo dispuesto en apartado d) del art. 207 de la LRJS – “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”, entendiéndolo el sindicato recurrente que, a la vista de la documental aportada debe valorarse si a la fecha en la que aplicó la medida, es decir, el 31 de marzo de 2020, 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 esos extremos junto con la solicitud.

El tercer y último motivo del recurso, con fundamento en lo dispuesto en el art. 207.e) de la LRJS –“infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”-, denuncia que la SAN ha infringido las siguientes disposiciones normativas: a) art. 22.2.a) del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, interesando la consiguiente nulidad de la medida; b) infracción del mismo precepto, del art. 33.1 apartados 4 y 5 del RD 1483/2012 y del art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y jurisprudencia que los interpreta, alegando inexistencia de resolución presunta estimatoria de la solicitud, con la consiguiente declaración de 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 RDL 8/2020 y del art. 47 ET, alegando inexistencia de suspensión del contrato administrativo y carácter fraudulento de la decisión 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 SEPE, y no ser aplicable la medida de suspensión de contratos por fuerza mayor Covid-19 al tratarse de una empresa adjudicataria de servicios públicos.

## *2. La empresa y la Administración General del Estado (parte recurrida)*

Tanto la empresa como la Abogacía del Estado en representación de la Administración General del Estado (Ministerio de Trabajo y Economía Social) impugnaron el recurso, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

## *3. El Ministerio Fiscal*

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

## **V. Normativa aplicable al caso**

Para la resolución de los motivos articulados en el recurso, se impone interpretar y aplicar lo dispuesto en las siguientes normas:

**a)** RD 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 (declarado inicialmente por quince días naturales, el estado de alarma fue prorrogado hasta el 21 de junio de 2020). El art. 7 del RD 463/2020 limita la libre circulación de personas a determinadas actividades, entre las que no se encuentra la existencia a escuelas de educación infantil; y en su art. 9, suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza.

**b)** Artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en el que se regulan medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor. En este precepto se define la causa de fuerza mayor, con los efectos previstos en el art. 47.3 que remite al art. 51.7, ambos del ET, por referencia a las suspensiones de contratos y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el Covid-19, y de manera concreta las debidas a las siguientes situaciones: declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo;

decisiones vinculadas con el Covid-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas; las debidas a situaciones urgentes y extraordinarias provocadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo que queden debidamente acreditadas; 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 mercancías, así como falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del Covid-19<sup>[1]</sup>.

Asimismo, con el propósito de agilizar la constatación administrativa de la existencia de fuerza mayor que posibilita a las empresas tomar la decisión de suspender temporalmente los contratos o reducir la jornada, el art. 22 del RDL 8/2020 consagra en su apartado 2 las siguientes especialidades:

- 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.

- La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada, deberá ser constatada por la Autoridad Laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.

- 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.

-El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pasa a tener carácter potestativo; de solicitarlo la Autoridad Laboral, se evacuará en el improrrogable plazo de cinco días.

**c)** Artículo 34 del RDL 8/2020, sobre *“Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19”*. En este extenso precepto se contemplan medidas de diverso tipo, dependiendo de la modalidad de contrato, para amortiguar y resarcir a las empresas adjudicatarias de servicios públicos por los daños y perjuicios que se deriven para las mismas ante la imposibilidad de ejecución de los contratos como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo: suspensión o ampliación del plazo inicial de ejecución del contrato; compensación por los gastos que hubieran debido soportar mientras los contratos han estado suspendidos (salarios satisfechos, gastos de mantenimiento, pólizas de seguro, alquileres...); resarcimiento 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, previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista/concesionario de dichos gastos.

**d)** Art. 47 del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre), que regula la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, que en su apartado 3 remite a lo previsto en el art. 51.7 ET y normas reglamentarias de desarrollo.

**e)** RD 1483/2012, 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.

## VI. Doctrina básica

Comienza la Sala dando respuesta al primer motivo del recurso, en que la parte recurrente imputa a la sentencia de la AN el vicio de falta de motivación e incongruencia con las pretensiones formuladas en la demanda.

Tras efectuar una pormenorizada relación de precedentes jurisprudenciales y doctrinales sobre el instituto de la incongruencia omisiva, tanto de la propia Sala Cuarta como del TC, se estima que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva o *ex silentio* al no pronunciarse, siquiera de forma implícita, sobre la infracción alegada en la demanda del art. 34 del RDL 8/2020; ahora bien, esta apreciación “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 será la propia Sala Cuarta la que, por economía procesal y por tratarse de una cuestión meramente jurídica, se pronuncie sobre este extremo al dirimir el motivo de censura jurídica del recurso ex. art. 207.c) de la LRJS.

Peor suerte va a correr el segundo motivo formulado al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d) de la LRJS. Cabe recordar que el sindicato recurrente discrepa en cuanto a la eficacia atribuida por la AN a la documentación aportada por la empresa en el ERTE por fuerza mayor, que considera insuficiente para justificar que la empresa se vio obligada a cesar en su actividad y que los contratos concertados con las distintas Administraciones titulares de los centros de educación infantil gestionados por la misma habían quedado suspendidos, pues la Memoria anexa a la solicitud se habría limitado a la cita de preceptos normativos de aplicación al caso. La Sala Cuarta desestima este motivo por no reunir los requisitos que, según constante jurisprudencia (que cita y resume), son exigibles para que prospere el motivo de revisión fáctica en el recurso de casación, pues, 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”.

Entrando ya en el fondo del asunto, la Sala Cuarta acomete el análisis y decisión del tercer y último motivo de recurso en que se imputa a la sentencia de la AN varias infracciones normativas, interesando la declaración de nulidad de la actuación empresarial impugnada (suspensión de los contratos de trabajo) con reposición del personal afectado por la misma en sus derechos laborales y retributivos.

Comienza la Sala Cuarta pronunciándose sobre la supuesta infracción de lo dispuesto en el art. 22.2.a) del RDL 8/2020, en el art. 33.1 apartados 4 y 5 del RD 1483/2012 y en el art. 24 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y jurisprudencia que los interpreta. La organización sindical recurrente alega que no pudo operar en este caso la constatación administrativa de la causa de fuerza mayor a través de la ficción jurídica del silencio administrativo positivo, al no haber justificado la empresa 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, así como el cese de las distintas Administraciones en el pago del precio del contrato de explotación de los centros de educación infantil de los que eran titulares y de su obligación de indemnizar, entre otros, los gastos salariales del personal de la empresa. Esta información la considera imprescindible, y al no haberla aportado, no puede desplegar sus efectos el silencio administrativo positivo.

La Sala Cuarta desmonta el alegato relativo a la inoperatividad *in casu* del silencio administrativo positivo, considerando que la documentación aportada por la empresa se ajustó a la imprescindible exigida por el art. 22.2.a) del RDL 8/2020, que limita a la solicitud acompañada de una memoria o informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, sin que los demás documentos acreditativos aparezcan como de aportación obligatoria, según resulta del redactado del precepto al señalar “en su caso” o “en caso de existir”. En consecuencia, debe

entenderse constatada la existencia de fuerza mayor, por silencio administrativo positivo, al no haberse dictado resolución expresa en el plazo de cinco días [art. 22.2.c) RDL 8/2020 en relación con el art. 24 Ley 39/2015], silencio positivo que no conoce ninguna restricción en el ámbito de los ERTEs por fuerza mayor derivada del COVID-19<sup>[2]</sup>.

Se da, además, la circunstancia de que con posterioridad a la aplicación de la medida empresarial, recayó resolución expresa en el ERTE por fuerza mayor que constata su existencia (reforzando con ello la calificación y efectivos del silencio) al encontrarse la empresa en uno de los supuestos de hecho descritos en el art. 22.1 del RDL 8/2020; resolución que no consta haya sido impugnada, anulada o que se hubiera suspendido su ejecutividad, y que, en todo caso, no podría objeto del presente procedimiento de conflicto colectivo, centrado en la impugnación de la medida empresarial que acordó la suspensión de los contratos de trabajo<sup>[3]</sup>. La Sala no puede, pues, entrar a resolver cuestiones relativas a una resolución de la Autoridad laboral que no ha sido expresamente combatida.

Pero sin duda la aportación más relevante de la sentencia objeto de este comentario se produce al dirimir la infracción que la parte recurrente denuncia de lo dispuesto en el art. 34 del RDL 8/2020. De la puesta en relación de este precepto, sobre medidas extraordinarias en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19, con lo regulado el art. 22 de la misma disposición legal, la recurrente extrae la conclusión de que las empresas adjudicatarias de servicios públicos no pueden tramitar ERTEs para suspender relaciones laborales o reducir horas de trabajo por pérdidas de actividad derivadas de la situación ocasionada por la crisis del coronavirus, y ello porque, aun admitiendo que se hubiera producido la suspensión automática de los contratos (lo que de entrada niega al no haber mediado solicitud expresa de la empresa para conseguir tal declaración), 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.

La Sala Cuarta desmonta este argumento arguyendo que la imposibilidad de continuar con la actividad era manifiesta, y ello a pesar de que el contratista no hubiera solicitado la declaración de imposibilidad de ejecución, en el plazo y términos que establece el art. 34 del RDL 8/2020, toda vez que los contratos no solo quedaron automáticamente suspendidos por disposición legal, sino que además se procedió a la suspensión de oficio de los mismos por los ayuntamientos titulares de los centros de enseñanza infantil que la empresa explotaba. Atendiendo a tales circunstancias, no cabe duda, como concluye la sentencia de instancia, que la imposibilidad de continuar la actividad era manifiesta, y además fue declarada expresamente.

A partir de aquí es cuando podría el contratista tener derecho al restablecimiento económico del contrato, el cual se producirá en los supuestos contemplados en el art. 34 del RDL 8/2020, con el alcance y modalidad que para cada caso se establece en el mismo. A este respecto, cabe insistir en que el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el contratista como consecuencia de la imposibilidad de realizar la actividad contratada con la Administración por causa de la pandemia, perjuicios que han de resultar fehacientemente acreditados por aquel, no sigue las mismas pautas ni tiene el mismo alcance en todos los contratos. Y lo que es más importante: entiende la Sala Cuarta que esa vía de resarcimiento económico es compatible con la posibilidad de que las empresas contratistas del sector público puedan hacer uso de los ERTE por fuerza mayor desde la fecha en que se produce la imposibilidad de continuar la actividad, dado que se dan las condiciones exigidas para aplicar concurrentemente los arts. 22 y 34 del RDL 8/2020. Conforme a esta doctrina, la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato público suspendido no sería una medida prioritaria, alternativa y excluyente de la posibilidad de acudir a un ERTE por fuerza mayor para suspender los contratos de trabajo del personal originariamente adscrito a la ejecución del contrato.

En cuanto a la denunciada infracción de lo dispuesto en el art. 47 del ET y en el art. 33.1 del RD 1483/2012, no efectúa la recurrente alegación ni argumentación alguna en el motivo de censura jurídica, por lo que al señalar en que ha consistido la infracción, la Sala entiende que no es necesario entrar en su examen. No obstante, el TS considera oportuno precisar que, con arreglo a esa normativa, a la constatación de la fuerza mayor por la Autoridad Laboral (que en este caso ha ocurrido por estimación presunta, a través del silencio positivo, confirmado después en resolución expresa) debe seguir una decisión de la empresa que acuerde la suspensión de los contratos de trabajo o la reducción de la jornada por la causa constatada por la Autoridad laboral. Es decir, la suspensión de los contratos de trabajo no se produce automáticamente con la constatación administrativa de la fuerza mayor, sino que precisa una posterior decisión de la empresa que aplique dicha medida. Esa decisión se ha producido y es la única que se combate en el procedimiento.

## **VII. Parte dispositiva**

La sentencia del Pleno de la Sala Cuarta incluye el siguiente fallo:

“1º.- Desestimar el recurso de casación formulado por el letrado D. Enrique Lillo Pérez, 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”.

La misma no contiene votos particulares.

## **VIII. Pasajes decisivos**

Los pasajes más relevantes de la sentencia analizada se recogen en su fundamento de derecho quinto:

- “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”.

- “...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”.

- “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”.

- “En definitiva (...) el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato”, el cual “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”.



## IX. Comentario

Muchas empresas contratistas del sector público han visto paralizada o reducida su actividad como consecuencia de las medidas gubernativas adoptadas en el marco del estado de alarma y de la legislación de emergencia aprobada para combatir la propagación de la pandemia por COVID-19. Estas empresas no están afectadas por la limitación a la tramitación de ERTEs contenida en la Disposición adicional 17ª del ET<sup>[4]</sup>, de modo que en muchos casos han solicitado de la Autoridad Laboral la constatación de la fuerza mayor como paso previo a la adopción de medidas de ajuste temporal de empleo, al amparo de lo establecido en el art. 22 del RDL 8/2020. En la mayoría de estos procedimientos la constatación de la fuerza mayor ha tenido lugar de forma presunta, por silencio positivo, al haber transcurrido los cinco días previstos en el RDL 8/2020 sin que la Administración se haya pronunciado sobre la solicitud; pero, en otras ocasiones, las empresas han recibido resolución expresa en sentido desestimatorio, con el argumento de que el art. 34 del RDL 8/2020 reconoce a las empresas contratistas del sector público cuyos contratos sean de imposible ejecución temporal a causa del COVID-19 el derecho al resarcimiento de los costes laborales, por lo que, y dado que la empresa tiene asegurado el reembolso de los salarios por parte de la Administración contratante vía RDL 8/2020, una vez que los contratos públicos han quedado suspendidos, la misma no tiene causa suficiente para presentar un ERTE –que le permite suspender el pago de salarios y cotizaciones- al no existir daño alguno que justifique el mismo y, de hacerlo, estaríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto por parte de la empresa<sup>[5]</sup>.

Cuando el ERTE es denegado, a la empresa contratista no le queda otra solución que abonar salarios y cotizaciones y solicitar de la entidad pública contratante la compensación de esos gastos, o bien emprender el incierto y tortuoso camino del recurso. Pero incluso cuando el ERTE ha sido “autorizado”, la incertidumbre perdura, porque cabe que las personas trabajadoras afectadas por el ERTE o sus representantes sindicales impugnen, bien la resolución de la Autoridad laboral, bien la decisión empresarial, o ambas.

Pues bien, la Sala Cuarta del TS en Pleno ha resuelto que las empresas contratistas y concesionarias del sector público, cuyo contrato con la Administración se ha visto suspendido por el COVID-19, pueden suspender los contratos de trabajo del personal destinado a la ejecución de dichos contratos por tratarse de un supuesto de fuerza mayor cubierto por el art. 22 del RDL 8/2020, sin que a ello se oponga el hecho de que esta misma disposición legal, en su art. 34, haya previsto vías específicas de resarcimiento para las empresas contratistas del sector público que se hayan visto afectadas por la paralización de actividad durante la pandemia. Es más, sostiene el TS que ambos mecanismos, ERTE y derecho del contratista o concesionario al restablecimiento económico del contrato, son compatibles entre sí.

Esta interpretación, que ya había sido avanzada por varios pronunciamientos judiciales de instancias inferiores<sup>[6]</sup>, es plenamente asumible; la contraria sería irrazonable por excesiva, dado que ni el art. 22 del RDL 8/2020 excluye a las empresas contratistas del sector público de su ámbito de aplicación, ni el art. 34 del RDL 8/2020 impide a estas empresas adoptar las medidas laborales oportunas. Ambos preceptos regulan objetos jurídicos distintos y son, de ese modo, complementarios.

Por otro lado, no se puede perder de vista que el art. 34 del RDL 8/2020 no prevé un sistema indemnizatorio automático, sino que regula un procedimiento que exige solicitud de parte y acreditación de los perjuicios sufridos, no teniendo garantizado el contratista que la indemnización reclamada le va a ser reconocida en todo caso; y que ese mismo precepto, en relación con los contratos de concesión de obras y servicios, no reconoce al concesionario el derecho a ser indemnizado por los costes laborales asumidos mientras el contrato esté interrumpido, sino a recibir una difusa compensación que se concretará en la ampliación del plazo de la concesión o en la modificación de sus condiciones económicas<sup>[7]</sup>.

## X. Apunte final

De la doctrina aquilatada por la Sala Cuarta del TS se desprende que la tramitación de un ERTE por fuerza mayor por COVID-19 y el derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, no son vías que se excluyan mutuamente. Es decir, la empresa contratista que vea suspendido, total o parcialmente, el contrato concertado con determinada Administración, porque el centro en el que se deben realizar los servicios esté cerrado o la actividad ha sido clausurada temporalmente por decisión gubernativa, no tendrá que elegir forzosamente entre realizar un ERTE o acudir a los mecanismos compensatorios previstos en el art. 34 RDL 8/2020, sino que podrá activar ambos procedimientos. Ahora bien, repugnaría a la lógica más elemental que una empresa que ha suspendido contratos de trabajo por fuerza mayor (pasando el personal afectado a percibir la prestación de desempleo del SEPE) dirigiera una solicitud a la Administración reclamándole el pago de unos salarios y unas cotizaciones que no ha satisfecho por estar los contratos suspendidos; esta solicitud sería desestimada, dado que la empresa no podría acreditar el perjuicio sufrido (al no existir este). Con su decisión de solicitar un ERTE por fuerza mayor, la empresa estaría condicionando la posibilidad de solicitar simultáneamente o con posterioridad la indemnización de los daños concretados en los costes laborales y de Seguridad Social. Pero téngase en cuenta que, a tenor de lo regulado en el art. 34 del RDL 8/2020, los daños y perjuicios para la contratista, resultantes de la imposibilidad de ejecutar la actividad contratada con la Administración, no comprenden solo los costes laborales, sino también otro tipo de gastos y pérdidas, que sí podrán ser reclamados, junto con la adopción de otras medidas para conseguir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los términos y con el alcance que para cada tipo de contrato dispone el art. 34 del RDL 8/2020, sin que en ello se advierta comportamiento fraudulento alguno por parte de la empresa.

---

## Referencias:

1. *^ Con esta regulación tiene lugar una recreación del concepto tradicional de fuerza mayor, inédito hasta la fecha y estrictamente asociado a la situación de emergencia sanitaria provocada por la Covid-19; una noción de fuerza mayor que, por lo dicho, reviste rasgos de excepcionalidad y coyunturalidad.*
2. *^ Aunque el RDL 8/2020 no se refiere explícitamente al silencio administrativo positivo, su aplicación en el ámbito de los procedimientos para suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada regulados en su art. 22 resulta de lo afirmado en el Preámbulo del RDL 9/2020, de 27 de marzo, con remisión al art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, y en la disposición adicional primera del mismo RDL 9/2020.*
3. *^ La discrepancia con la resolución administrativa que constata la fuerza mayor pudo instrumentarla la parte recurrente, si era de su interés, por la vía del art. 151 LRJS.*
4. *^ La DA 17ª del ET establece que lo previsto en el art. 47 sobre procedimientos de suspensión de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de las operaciones realizadas en el mercado.*

5. <sup>^</sup> Concretamente, el art. 34 del RDL 8/2020 establece en su apartado 1, segundo párrafo, en relación con los contratos públicos de servicios y suministros de prestación sucesiva: “Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará totalmente en suspenso, la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes: 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.(...)”.
6. <sup>^</sup> Entres otras, SSJS Salamanca nº 1, de 13.05.2020, proc. 240/2020 (ECLI:ES:JSO:2020:2223) y 14.12.2020, proc.712/2020 (ECLI:ES:JSO:2020:4449); SJS Pamplona nº 3, de 10.12.2020, proc. 395/2020 (ECLI:ES:JSO:2020:5100); SJS Segovia nº 1, de 21.05.2020, proc. 236/2020 (ECLI:ES:JSO:2020:1501); STSJ CyL, Social/Burgos, de 16.17.2020, rec. 199/2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:2529); STSJ CyL, Social/Valladolid, de 15.10.2020, rec. 1230/2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:3276) y 21.01.2021, rec. 1844/2020 (ECLI:ES:TSJCL:2021:51); SAN de 10.09.2020, proc. 125/2020 (ECLI:ES:AN:2020:2375).
7. <sup>^</sup> El RDL 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, añadió un último párrafo al art. 34.7 del RDL 8/2020, en el que, en relación a los contratos públicos de concesión, ya sean de obras o de servicios, dispone expresamente que no les son de aplicación a las suspensiones del contrato lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del precepto, donde se recoge lo relativo a la indemnización del contratista de, entre otros conceptos, los gastos salariales correspondientes al período de suspensión del contrato.