

CASACION núm.: 15/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 572/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 22 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por KONECTA BTO SL, representado y asistido por el letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez de Azúa, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de junio de 2021, recaída en su procedimiento de Impugnación de Actos de la Administración, autos núm. 148/2021, promovido a instancia de

KONECTA BTO SL, contra Ministerio de Trabajo y Economía Social; CCOO-SERVICIOS; USO; CGT; FASGA; Solidaridad Obrera; FESMC-UGT; CSIF; Intersindical Canaria; Sindicato LAB; ELA-STV, e intervención del Ministerio Fiscal.

Han comparecido en concepto de parte recurrida el Ministerio de Trabajo y Economía Social, representado y asistido por el Abogado del Estado; el CSIF, representado y asistido por el letrado D. Pedro Poves Oñate; CGT representado y asistido por el letrado D. José María Trillo-Figueroa Calvo; USO representado y asistido por la letrada D^a. María Eugenia Moreno Díaz; Solidaridad Obrera (SUT-SO) representado por el letrado D. Virgilio Romero Benjumea; y la Federación de Servicios de CCOO representado por la letrada D^a. María Pilar Caballero Marcos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Konecta BTO SL, se interpuso demanda sobre Impugnación de Actos de la Administración, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«se acuerde la revocación de la Orden Ministerial impugnada, confirmándose el silencio administrativo constatado por la Resolución, en su caso, constatando la existencia de dicha fuerza mayor, manteniéndose el ERTE en los términos aplicados hasta la fecha».

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 17 de junio de 2021 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Se desestima la demanda promovida por KONECTA BTO, S.L frente a MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, FESMC-UGT, CCOO-SERVICIOS, USO, CGT, CSIF, FASGA, SOLIDARIDAD OBRERA, INTERSINDICAL CANARIA, SINDICATO LAB, ELA-STV, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra».

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

«PRIMERO.- El día 21 de marzo de 2020 por la empresa demandante se formuló ante la Dirección General de Trabajo (DGT) del Ministerio de Empleo y Economía Social solicitud de autorización para la adopción de medidas de regulación temporal de empleo (suspensión de contratos y/o de reducción de jornada) que afectan a los trabajadores que conforman la plantilla de dicha empresa, por causa de fuerza mayor vinculada a la situación extraordinaria creada por el COVID-19.

En la solicitud se indicaba que la actividad principal consiste en prestar servicios de telemarketing y contact center desde las plataformas específicamente habilitadas para ello, de acuerdo con las exigencias técnicas establecidas en los contratos de prestación de servicios suscritos con sus clientes. Asimismo, se informa de que el convenio colectivo de aplicación es el del sector de Contact Center y la CNAE en la que está dada de alta la Empresa es 82.20. Se concretaba la medida en los siguientes términos: 502 personas empleadas afectadas por la suspensión del contrato de trabajo, en los centros de trabajo de Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura y Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de mayo de 2020 la Directora General de Trabajo dictó resolución en la que acordó considerar estimada por silencio administrativo la solicitud de declaración de fuerza mayor formulada por la empresa Konecta BTO, S.L., como causa de la suspensión de relaciones laborales y/o reducción de jornada de los trabajadores de su plantilla.

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

TERCERO.- El sindicato Confederación General del Trabajo interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución, que fue estimado por Orden Ministerial de 26 de febrero de 2021, en la que se anula y deja sin efecto la resolución de 19 de mayo de 2020.

Se exponía en la orden, en síntesis, que no se aprecia la existencia de fuerza mayor por las siguientes razones: *ya que la empresa de manera voluntaria y de forma unilateral decide no continuar con la actividad laboral cuando era posible prestarse el contenido del contrato de trabajo a distancia como posteriormente se ha venido realizando* ; en relación con la falta de medidas de seguridad, *no se puede considerar como fuerza mayor que impide la actividad unas circunstancias sobre las que el empresario tiene la obligación de actuar para evitar el riesgo descrito. No obstante, son varios los artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales invocada por el recurrente, los que establecen dicha obligación empresarial: entre otros, los artículos 15 (deber empresarial de aplicar las medidas que integran el deber general de prevención); 16 (obligaciones empresariales de prevención de planificación de la prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva); y 17 (obligación empresarial de proporcionar equipos de trabajo y medios de protección). Por todo ello, el riesgo de contagio invocado no puede considerarse como fuerza mayor, puesto que el "factum principis" como decisión que impide jurídicamente la continuación de la prestación laboral, no puede apreciarse cuando deriva de un incumplimiento empresarial* ; y en relación con la imposibilidad de implantar un sistema de teletrabajo a distancia para toda la plantilla, ya que *considerando el hecho de que la actividad de la empresa es el telemarketing o "call center", así como que posteriormente han venido desempeñando la actividad laboral con normalidad en la modalidad de teletrabajo, debería estimarse el tercer motivo del recurso* .

CUARTO.- En esta Sala se siguieron los autos 108/2020, en los que el sindicato FeSMC-UGT impugnó el expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor promovido por la empresa Konecta BTO, S.L. Dicho procedimiento finalizó por acuerdo alcanzado en la conciliación judicial en fecha 11 de junio de 2020, cuyos concretos términos son los siguientes: 1º Aplicar un incremento del 17% lineal sobre salario base y prorrata de pagas a todos los afectados por el ERTE y durante todo el tiempo en el que han estado afectados por el mismo. Este abono se realizará antes del día 22 de junio de 2020. Y para aquellos trabajadores que continúen afectados por el ERTE durante el mes de junio cobrarán dicho porcentaje referido al mes de junio antes del día 30 de dicho mes.

2º Un día de vacaciones adicional por cada treinta días de afectación al ERTE o parte proporcional por periodos inferiores.

En el caso de que la autoridad laboral revisara de oficio o por cualquier otra vía el ERTE el 17% ya abonado operaría como parte del abono que hubiera de realizarse como consecuencia de esa resolución administrativa.

En el citado procedimiento la parte actora desistió respecto a la Dirección General de Trabajo. Con fecha 17 de abril de 2020, se suscribió entre la empresa y los sindicatos CGT, UGT, CCOO, USO, FASGA y BASE, acta final con acuerdo en período de consultas en procedimiento de regulación temporal de empleo por causas productivas y organizativas vinculadas al Covid-19, por la que se procedió a la suspensión de los contratos de trabajo de 684 personas.

QUINTO.- La directora de operaciones en España de la demandante manifestó que tuvieron una avalancha de notificaciones de clientes en las que comunicaban que cancelaban o suspendían los servicios por el estado de alarma. En algunos casos el preaviso fue de solamente 24 horas, la mayor parte de ellos sin fecha de retorno y alguna empresa ya no volvió a contar con los servicios de la demandante (Telepizza). En condiciones normales disponen de un plazo de 2 ó 3 meses para gestionar estas contingencias. La demandante se encargaba, entre otros servicios, de la llevanza de las citas de la Inspección Técnica de Vehículos, de clínicas dentales, de clínicas de reproducción asistida, etc., de tal manera que fue esto lo que generó que cayera la actividad y servicios de la demandante. La empresa demandante nunca antes había realizado teletrabajo, y no disponía de medios ni de metodología para implantar esa modalidad de trabajo.

Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Konecta BTO SL, en el que se alega los siguientes motivos:

«PRIMERO.- Modificación del Hecho probado cuarto al amparo del artículo 207, letra d), de la LRJS, al producirse un 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.

SEGUNDO.- Modificación del Hecho probado quinto al amparo del artículo 207, letra d), de la LRJS, al producirse un 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.

TERCERO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del artículo 207, letra e, de la LRJS: Resulta válido y vinculante el acuerdo, al amparo del artículo 84 de la LRJS, siendo aplicable el principio de confianza legítima previsto en los artículos 9 y 103 de la Constitución Española, así como el artículo 7.1 del Código Civil.

CUARTO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del artículo 207, letra e, de la LRJS: Existencia de la causa de fuerza mayor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo y en el artículo 47.3 y 51.7 del Estatuto de los Trabajadores».

El recurso fue impugnado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el CSIF, CGT, USO, y Solidaridad Obrera (SUT-SO). La Federación de Servicios de CCOO presentó escrito de adhesión a las impugnaciones y Konecta BTO SL presentó escrito de alegaciones a las impugnaciones.

SEXTO.- Admitido a tramite el recurso de casación por la Sala, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar la improcedencia del recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 22 de junio de 2022, convocándose a todos los Magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2021, recaída en el proc. 148/2021, ser alza en casación ordinaria la mercantil KONECTA BTO, S.L. (KONECTA) a través de un recurso que articula en cuatro motivos: los dos primeros, con fundamento en la letra d) del artículo 207 LRJS, solicitando sendas revisiones de hechos probados; y los dos restantes, a través del artículo 207. e) LRJS en los que denuncia infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, para terminar suplicando que, tras su estimación, se revoque la OM del MTES de fecha 2 de marzo de 2021 que estimó el recurso de alzada formulado por CGT contra la resolución de la dirección General de Trabajo de 19 de mayo de 2020 por la que se acordaba estimar la solicitud de declaración de fuerza mayor. En definitiva, pretende la recurrente que, previa casación de la sentencia aquí recurrida, anulemos la OM del MTES y revoquemos su contenido consistente en la declaración de inexistencia de fuerza mayor.

2.- El recurso ha sido impugnado por USO; CGT; Solidaridad Obrera; CSIF; impugnaciones a las que se ha adherido CCOO. Igualmente, ha sido

impugnado por el Abogado del Estado e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente.

SEGUNDO.- 1.- En su primer motivo de recurso, la mercantil KONECTA solicita que se añada al hecho probado cuarto de la sentencia recurrida la frase: “El 16 de junio de 2020, Konecta trasladó a la Administración el acta de la conciliación judicial alcanzada en dicho procedimiento”. Fundamenta su pretensión revisoria en los documentos obrantes en la prueba que referencia y justifica su trascendencia en el hecho de que tal dato pone de manifiesto que la Administración vulneró el principio de confianza legítima ya que podría haberse opuesto al acuerdo alcanzado y que no lo hizo, lo que habría supuesto un acto de consentimiento por su parte, posteriormente contradicho por la estimación del recurso de alzada de CGT frente a la inicial resolución reconocedora de la fuerza mayor.

2.- No cabe duda de que tal comunicación se produjo. En efecto a los folios 446 y 447 de los autos obra escrito suscrito por la representación legal de KONECTA dirigido a la Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social en el que, con acompañamiento del documento de conciliación con el que se cerraron los autos 108/2020 seguidos ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, se solicita que se dicte resolución desestimatoria del recurso de alzada de CGT frente a la inicial resolución reconocedora de la fuerza mayor.

Sin embargo, no todo hecho que pueda ser acreditado a través de la prueba que se practique en el acto del juicio puede o debe tener acceso al relato de hechos probados comprendido en la sentencia. En efecto, es necesario que el hecho cuya incorporación se pretende sea trascendente para la resolución del litigio, es decir, sea de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, «la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes» (STS de 27 de marzo

de 2000, Rcod. 2497/1999). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente.

Es lo que ocurre con la presente revisión, ya que, a juicio de la Sala, la frase propuesta carece de relevancia para variar el sentido del fallo, ya que el hecho de que la Administración conociera el acuerdo alcanzado entre la empresa y los demandantes en otro procedimiento en el que se impugnaba el ERTE implementado por la empresa a consecuencia de una resolución administrativa no firme que constataba la fuerza mayor, en nada afecta a la propia existencia de fuerza mayor que, como veremos, es una constatación que la ley excluye del poder dispositivo de las partes; y, además, no resulta en absoluto vinculante para la administración, por lo que en nada puede afectar en su capacidad de decisión sobre el recurso de alzada planteado y sobre la propia existencia de fuerza mayor.

TERCERO.- 1.- 1.- El segundo motivo de revisión fáctica, formulado como el anterior al amparo del artículo 207.d) LRJS pretende la adición de dos párrafos en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida. El primero de ellos solicita añadir, tras la referencia a la empresa Telepizza que no volvió a contar con los servicios de la recurrente, la expresión “y otras empresas tales como Grupo Suez, Grupo Masmóvil o TÜV Rheinland”. Cita para ello diversas comunicaciones obrantes en autos. Sin embargo, en este punto falta el elemento de literosuficiencia; esto es que de los documentos transcritos se desprenda, sin necesidad de razonamientos o conjeturas, el pretendido error del Juzgador, lo que no sucede respecto de los documentos invocados en los que, si bien es cierto, que se deduce una suspensión temporal de los servicios, de los mismos no se desprende que el previo aviso fuera en todo caso de 24 horas y, mucho menos, que hubiera cancelación de la relación comercial. Además, la Sala considera que la expresión “en algunos casos” que consta en los hechos probados revela suficientemente que fueron varios clientes los que decidieron suspender las relaciones como se desprende sin dificultad del hecho probado quinto tal como está redactado en la sentencia.

2.- La misma suerte desestimatoria debe correr la pretendida adición del segundo párrafo que pretende la recurrente y que consiste en añadir, al final del hecho probado quinto de la sentencia, la expresión “Adicionalmente hubo que paralizar la actividad como consecuencia de los requerimientos efectuados por la ITSS”. En efecto, si el objeto del pleito resulta ser la adecuación a derecho o no de la resolución administrativa impugnada relativa a la constatación o no de la existencia de fuerza mayor, poco importan los requerimientos sobre la paralización de servicios efectuada por la Inspección que, podría haber sido impugnada separadamente o dar lugar a la correspondiente responsabilidad de la administración, en su caso, pero que en nada califica la existencia o no de fuerza mayor en los términos del artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. La pretendida revisión, en suma, no cumple con la exigencia de que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia.

CUARTO.- 1.- En el tercer motivo de su recurso, KONECTA, al amparo del artículo 207.e) LRJS, denuncia infracción de normas del ordenamiento jurídico. En concreto, entiende que el acuerdo suscrito entre los demandantes y la aquí recurrente en el procedimiento 108/2020 seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, resulta plenamente válido y al no considerarlo así, la sentencia recurrida ha infringido el artículo 84 LRJS y el principio de confianza legítima previsto en los artículos 9 y 103 CE, así como en el artículo 7.1 CC.

Una adecuada comprensión del motivo y de la respuesta de la Sala exige recordar al menos las siguientes cuestiones:

a) el presente procedimiento deriva de la demanda formulada por KONECTA contra el MTES y diversos sindicatos con implantación en la empresa en la que se solicita la revocación de la OM de 2 de marzo de 2021 dictada por el MTES que estimó el recurso de alzada interpuesto por CGT contra la resolución administrativa que había estimado la constatación de fuerza mayor por silencio administrativo. Estamos, por tanto, en un procedimiento de impugnación de actos administrativos laborales en lo que se pretende es,

exclusivamente, la revocación de la resolución administrativa impugnada para dejar firme la anterior y, consecuentemente, la concurrencia de la fuerza mayor en los términos que figuran en el artículo 22 del RD 8/2020.

b) Antes de que el MTES resolviera sobre el recurso de alzada que dio lugar a la resolución que aquí se impugna se tramitaron ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional los autos 108/2020, en los que el sindicato FeSMC-UGT impugnó el expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor promovido por la empresa Konecta BTO, S.L. Dicho procedimiento finalizó por acuerdo alcanzado en la conciliación judicial en fecha 11 de junio de 2020, cuyos términos constan en los antecedentes de esta resolución. De dicho acuerdo conciliatorio importa destacar, por lo que a los presentes efectos interesa que se pacte expresamente que “en el caso de que la autoridad laboral revisara de oficio o por cualquier otra vía el ERTE el 17% ya abonado operaría como parte del abono que hubiera de realizarse como consecuencia de esa resolución administrativa”, lo que indica, claramente, que las partes eran concedoras de que la resolución sobre la concurrencia de fuerza mayor no era firme.

c) En dicho anterior procedimiento, la parte actora desistió respecto a la Dirección General de Trabajo.

d) Con fecha 17 de abril de 2020, se suscribió entre la empresa y los sindicatos CGT, UGT, CCOO, USO, FASGA y BASE, acta final con acuerdo en período de consultas en procedimiento de regulación temporal de empleo por causas productivas y organizativas vinculadas al Covid-19, por la que se procedió a la suspensión de los contratos de trabajo de 684 personas.

2.- En atención a lo expuesto, se deduce claramente que la recurrente pretende mezclar dos procedimientos distintos y vincularlos para sostener la invalidez y consiguiente necesidad de revocación de la resolución administrativa impugnada. Pretensión que la Sala no puede admitir en tanto que ni se han producido las infracciones denunciadas por la recurrente, ni su pretensión es ajustada a derecho. Ni la legalidad y corrección de una

resolución administrativa puede verse afectada por lo acordado entre terceros, ni el contenido de tal acuerdo afecta en lo más mínimo a la resolución administrativa impugnada. El reiterado acuerdo conciliatorio suscrito entre la aquí recurrente y algunos sindicatos en el aludido proceso interpuesto por UGT contra la implementación de un ERTE por fuerza mayor por parte de la empresa KONECTA solo tiene eficacia entre los signatarios y, en modo alguno vincula a la Administración, ni puede tener operatividad sobre la concurrencia de la fuerza mayor que no resulta de la voluntad de las partes sino de la constatación de los elementos que configuran tal hecho jurídico según la norma que lo regula.

El hecho de que el MTES fuera concededor de tal acuerdo y no lo impugnara en nada afecta al principio de confianza legítima ni a la regularidad de la actividad administrativa desplegada, más aún si se tiene en cuenta que las propias partes que formalizaron el reiterado acuerdo conciliatorio ya previeron la posibilidad de que la administración competente acabara no constatando la existencia de fuerza mayor.

Nos encontramos, por tanto, ante un acto administrativo que responde a un recurso de alzada interpuesto por quien tenía legitimidad para formularlo e impugnado por la aquí recurrente que no puede verse afectado por lo acordado entre empresa y diversos sindicatos en un proceso diferente en el que no se cuestionada la existencia o no de fuerza mayor sino la regularidad del ERTE implementado por la empresa con fundamento en una resolución adoptada por silencio administrativo que no era firme al haber sido recurrida. Lo que conlleva la desestimación del motivo.

QUINTO.- 1.- En el cuarto y último motivo del recurso formulado con fundamento en el apartado e) del artículo 207 LRJS, se denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 22 del RD 8/2020, de 17 de marzo y de los artículos 47.3 y 51.7 ET. Considera la recurrente que la sentencia recurrida yerra en la aplicación de los referidos preceptos pues, a su juicio, concurre la fuerza mayor legalmente exigida y, por tanto, debió procederse a la revocación de la resolución administrativa impugnada.

2.- No puede dudarse de que el artículo 22 del RD 8/2020, de 17 de marzo configura un supuesto de fuerza mayor especial que presenta como principal diferencia frente a los supuestos a que se refieren los artículos 47.3 y 51.7 ET el que la definición de lo que haya que entender por tal concepto está previsto en la norma. Así, el apartado primero del referido precepto dispone que las pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, siempre que tales circunstancias queden debidamente acreditadas.

La utilización de la expresión "constatar" que luce tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Reglamento aprobado por el RD 1483/2012 y el apartado b) del artículo 22 del RD 8/2020 impide cualquier margen de discrecionalidad para la Administración, que debe limitarse a efectuar una aplicación correcta de la noción de fuerza mayor que incorpora el aludido precepto. Ahora bien, para que la administración pueda realizar tal labor de constatación resulta absolutamente necesario que el interesado acredite que, en su caso concreto, concurren como consecuencia del COVID 19 o de la declaración del estado de alarma las circunstancias previstas en tal precepto. Tal acreditación resulta imprescindible para que la Autoridad Laboral constate que la situación que alega la empresa está comprendida en la definición de fuerza mayor que construye el precepto legal. Y la prueba de la situación le corresponde íntegramente a la empresa solicitante, de suerte que su falta impedirá a la autoridad laboral constatar la concurrencia de fuerza mayor. En algunas ocasiones, la acreditación será sencilla en la medida en que la propia declaración del estado de alarma conllevó expresamente la restricción de determinadas actividades; pero en otras, como la que nos ocupa, resultará

necesario que la empresa solicitante evidencie que las restricciones en el transporte, en la movilidad de personas o mercancías o la falta de suministros o cualquier otra circunstancia incardinable en la configuración de fuerza mayor que realiza el artículo 22 RD 8/2020 impedían de forma grave la continuación de la actividad empresarial.

Por tanto, es el recurrente el único que podía y debía acreditar a través de los informes y de la documentación que estimase oportuna que sus propias circunstancias estaban comprendidas entre las que el reiterado artículo 22 determina como supuestos de fuerza mayor por derivarse directamente del COVID 19.

3.- Tal como hemos puesto de relieve en reiteradas sentencias, dictadas a propósito de situaciones similares a la presente (SSTS de 15 de diciembre de 2021, Rec. 179/2021; de 20 de enero de 2022, Rec. 231/2021 y de 17 de febrero de 2022, Rec. 289/2021 y 244/2021; entre otras) resulta necesario acreditar que la actividad de la empresa está incardinada en alguno de los supuestos previstos en la normativa dictada durante el estado de alarma (actividades cuya apertura al público quedó suspendida) o bien una pérdida de actividad vinculada al COVID-19, exigiéndose en este caso que exista una conexión directa e inmediata, por lo que no constando esa conexidad no procedía acceder a la medida solicitada.

De los inalterados hechos probados no resulta acreditada esa conexión directa e inmediata entre la pérdida de actividad y la vinculación con la COVID 19, por lo que, tal como configuraron las partes, apenas un mes después, podrían concurrir las causas técnicas, organizativas y productivas según el artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo; pero en modo alguno la fuerza mayor en los términos exigidos por el artículo 22 del referido RDL. En consecuencia, la resolución administrativa impugnada no cometió infracción del ordenamiento jurídico, en concreto, no vulneró ninguna de las reseñadas normas que configuran este excepcional supuesto de fuerza mayor ligado a las consecuencias de la pandemia y a la declaración del estado de alarma; antes al contrario, no constató la existencia de fuerza mayor, entre otras razones, por

cuanto que el solicitante no acreditó que su situación pudiera estar comprendida en las descritas en el referido precepto configurador de esta especial fuerza mayor vinculada a la pandemia derivada del COVID 19; por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del motivo.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal y se ordena la condena en costas a la recurrente en la cuantía de 1.200 euros para cada una de las partes impugnantes del recurso (artículo 235 LRJS).

FALLO

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

- 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por KONECTA BTO SL, representado y asistido por el letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez de Azúa.
- 2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de junio de 2021, recaída en su procedimiento de Impugnación de Actos de la Administración, autos núm. 148/2021, promovido a instancia de KONECTA BTO SL, contra Ministerio de Trabajo y Economía Social; CCOO-SERVICIOS; USO; CGT; FASGA; Solidaridad Obrera; FESMC-UGT; CSIF; Intersindical Canaria; Sindicato LAB; ELA-STV, e intervención del Ministerio Fiscal.
- 3.- Ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir.
- 4.- Condenar en costas a la recurrente en la cuantía de 1.200 euros para cada una de las partes impugnantes del recurso.

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

Así se acuerda y firma.