

# Los ERTE en la ejecución de concesiones y contratos públicos

## Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

*La suspensión de la contratación administrativa o de las concesiones de tal naturaleza produce un efecto directo en los contratos laborales. Podrá plantearse un expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, si bien, tras una modificación legal, ya no se interrumpirá la relación administrativa de forma «automática», sino previa solicitud del contratista o por una actuación de oficio de la Administración contratante.*

1. El artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE de 18 de marzo) señalaba, en su dicción originaria, lo siguiente: «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 [...] 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». Con posterioridad, desaparecería la consideración «automática» de esta suspensión.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

Han sido muchas las empresas que, con base en este precepto, han planteado expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) por fuerza mayor alegando el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020. Se entiende que, derivando la totalidad de sus ingresos de la actividad realizada para la Administración Pública, la suspensión de esta última implica asimismo la suspensión de los contratos laborales. En definitiva, los contratos públicos han quedado automáticamente suspendidos y, si la totalidad de la actividad de la empresa se efectúa para la Administración, la totalidad de la plantilla deberá estar afectada por el expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor.

2. Esta situación ha permitido pronunciarse al Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero del 2021 (Ar. 29684). La empresa —dedicada al sector de la enseñanza— desarrolla en exclusiva su actividad para la Administración mediante la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública a través de contratos públicos. Solicitado el expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor y ante la ausencia de respuesta de la autoridad laboral, la empresa comunica la suspensión del contrato de toda la plantilla por considerar que se ha producido la autorización de su solicitud por silencio administrativo. Posteriormente, se concedería el citado expediente mediante una resolución expresa que avalaba la existencia de fuerza mayor.

El recurso plantea diferentes motivos, de los que se destacan en este análisis dos de forma particular. En primer lugar, que la decisión empresarial no podía fundamentarse en la concurrencia de fuerza mayor cuando el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 contiene una regulación específica sobre medidas para paliar las consecuencias del COVID-19 en la contratación pública. Y, en segundo lugar, que la medida empresarial no podía estar amparada en una resolución presunta por silencio positivo en lo relativo a la constatación de la fuerza mayor en tanto que la propia carece de los elementos esenciales que permiten un pronunciamiento expreso. Y esto es así cuando se constata la existencia de intereses contrapuestos, de modo que, constando la oposición sindical en el expediente administrativo antes de la resolución, no podía entenderse que la solicitud se consideraba autorizada por silencio positivo dado que carecía del requisito esencial exigido por el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020.

3. La interpretación de la causa de fuerza mayor ante la imposibilidad de cumplir los contratos públicos previamente suscritos supone *a priori* la infracción legal de los artículos 22.2a, 22.2 y 34, respectivamente, del Real Decreto Ley 8/2020 y del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. Se entiende, así, que existe fraude de ley en la suspensión de contratos laborales basada en que, cuando la Administración suspende el contrato, los gastos laborales resultan en todo caso indemnizables. De ser así, no existirá obligación de asunción de prestaciones por parte del Servicio de Empleo Público y se producirá un eventual enriquecimiento injusto de la mercantil contratista, por lo que procede la nulidad de la medida por su carácter fraudulento o, al menos, injustificado ante la inexistencia de causa de fuerza mayor.

Como se indicó, la mayor objeción es que no se haya constatado administrativamente la fuerza mayor en la que se basa este expediente de regulación temporal de empleo porque es la empresa la que ha de justificar ante la autoridad laboral la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19 y, en concreto, se requiere 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. Además, debería justificar la empresa el cese de la Administración de su obligación de abono del precio del contrato, o en su caso, de su obligación de indemnizar, entre otros, los gastos salariales del personal de la empresa.

El Tribunal Supremo no avala tales exigencias por entender que la documentación aportada por la empresa es la requerida legalmente, no necesitando nada más. La empresa acompañó su solicitud de la declaración del estado de alarma, la limitación de la libre circulación de personas a determinadas actividades, 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 al sector público. A ello hay que añadir —dato acreditado— que la totalidad de los ingresos de la empresa proviene de la explotación de centros de educación infantil de titularidad pública a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros. De esta forma, se cumpliría así con todos los requisitos del artículo 22.2 del Real Decreto Ley 8/2020, por lo que nada impediría la aplicación del silencio administrativo positivo en estas circunstancias.

Pero quedaría por dilucidar si la posterior resolución expresa analiza la presencia de una causa de fuerza mayor justificada en este caso. Y la respuesta del tribunal también es afirmativa. Comoquiera que el artículo 22.1 del Real Decreto Ley 8/2020 determina la necesidad de que existan pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19 y dicha situación ha sido acreditada en este caso, procede la suspensión de los contratos de trabajo de toda la plantilla toda vez que dicha resolución administrativa no ha sido impugnada previamente por la vía del artículo 151 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

4. Por lo que se refiere a la asunción por parte de la Administración Pública de los gastos laborales en caso de incumplimiento contractual y, por tanto, la «inexistencia» de suspensión del contrato administrativo, se plantea la interpretación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. Los recurrentes estiman que, de una interpretación conjunta del precepto, ha de entenderse que el silencio administrativo es, en este caso, desestimatorio y que la suspensión no es automática, sino que ha de ser solicitada por el contratista, procediendo únicamente cuando se aprecie la imposibilidad de ejecutar el contrato. Por lo demás, siendo la consecuencia esencial de la suspensión la de indemnizar daños y perjuicios —como se deduce del propio precepto—, estableciéndose una serie de matices frente al régimen general previsto en el artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público en los supuestos de suspensión ordinaria de los contratos, los gastos laborales deberán ser reembolsados. En consecuencia,

aun en el supuesto de que se entendiera que se ha producido una suspensión automática de la ejecución del contrato —algo de lo que no existe constancia alguna—, se trataría de una situación en la que los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social serán compensados íntegramente por disposición legal. Esta tesis obliga a considerar la medida empresarial como un fraude de ley y, en consecuencia, a calificar de nulo el expediente de regulación temporal de empleo o, en todo caso, de injustificado por falta de la causa, en este caso, por inexistencia de fuerza mayor.

La última es una tesis que tampoco convence al tribunal. Por una parte, por entender que el citado artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 constituye una norma especial y como tal ha de aplicarse con preferencia a la legislación ordinaria de los contratos públicos. En este sentido, se entiende que la «imposibilidad» en la que se basa la actuación de la Administración constituye una cuestión fáctica que ha de apreciar la Administración contratante y que comporta la inviabilidad absoluta de la ejecución del contrato. En el supuesto controvertido queda acreditado que la Administración acordó suspender el servicio —lo que provocó la suspensión de la ejecución del contrato administrativo— con la declaración expresa de la imposibilidad de ejecución del contrato, haciendo constar que «la imposibilidad de continuar la actividad es manifiesta, y es más, es declarada expresamente» (STS de 25 de enero del 2021, Ar. 29684, FJ 6).

Por otro lado, el artículo 34.1 del Real Decreto Ley 8/2020 recogía en su versión originaria la suspensión automática desde el momento en que exista una situación de hecho que impidiera la prestación y hasta que ésta pudiera reanudarse. Es cierto que, con posterioridad, la disposición final 1.10 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (BOE de 1 de abril), daría una nueva redacción al citado artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 suprimiendo la referencia al carácter «automático» de la suspensión, algo que no afecta a este supuesto, dado que la suspensión ya se había producido de oficio. Mas, incluso, ante el silencio del nuevo precepto, el órgano de contratación conserva la prerrogativa de suspender de oficio el contrato 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 artículo 34.1 del Real Decreto Ley 8/2020, presentando nueva solicitud cual establece el precepto con la justificación de los daños y perjuicios. En ningún caso se indemnizará al contratista por los conceptos del artículo 208.2a de la LCSP, pues el párrafo cuarto del artículo 34.1 del Real Decreto Ley 8/2020 lo declara expresamente inaplicable» (STS de 25 de enero de 2021, Ar. 29684, FJ 6).

Asimismo y conforme al artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, en relación con los contratos de concesión de servicios, 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 expedientes de regulación temporal de empleo y, cuando afecten al personal adscrito a la prestación de ese servicio, podrán

también actuar instando los mecanismos indemnizatorios previstos en el citado precepto porque el expediente de regulación temporal de empleo 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 artículo 34.4, pfo. 1.º, del Real Decreto 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 [...] El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se producirá en los supuestos contemplados en el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, con el alcance y modalidad que para [el] caso se establece en el mismo, por imperativo del propio precepto» (FJ 6).

Dos cuestiones deben deducirse, al menos, de este tipo de decisiones. Por un lado, si el expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor se resuelve por silencio positivo —incluso aunque exista con posterioridad una resolución expresa que confirme la existencia de fuerza mayor—, en tanto no se impugne la resolución —expresa o por silencio—, la decisión empresarial se considerará procedente (vide «Sobre la denuncia de la fuerza mayor en los ERTE», *Análisis GA\_P*, febrero del 2021). Por otro lado, la posible indemnización de los gastos salariales —en los que se incluyen las cotizaciones a la Seguridad Social, ex artículo 34.8 del Real Decreto Ley 8/2020— no condiciona el acceso al expediente de regulación temporal de empleo suspensivo por fuerza mayor ni tampoco las prestaciones sociales que éste conlleva, considerando que no existe enriquecimiento injusto por parte de la empresa en tanto en cuanto dichos gastos indemnizables serán los que realmente efectúe la empresa, no en los que no incurra.