

Dictamen n.º: **5/24**
Consulta: **Consejera de Economía, Hacienda y Empleo**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **11.01.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 11 de enero de 2024, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera de Economía, Hacienda y Empleo, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., por los daños y perjuicios derivados de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de abril de 2020, que desestimó su solicitud de expediente de regulación temporal de empleo, que después fue anulada judicialmente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de septiembre de 2022, el interesado antes citado formula una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de abril de 2020, que desestimó su solicitud de expediente de regulación temporal de empleo, que después fue anulada judicialmente.

Según refiere en su escrito, el día 27 de marzo de 2020 presentó ante la, entonces, Consejería de Economía, Empleo y

Competitividad la solicitud de concesión de un ERTE fundado en fuerza mayor por las causas previstas en el artículo 47.3, en relación con el 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, y el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-19 (Decreto-ley 8/2020). En dicho escrito pedía la suspensión del contrato de trabajo de cuatro trabajadores y reducción del 50% de la jornada de trabajo de tres trabajadores, durante el período comprendido entre el día 26 de marzo de 2020 y el 30 de abril de 2020.

Expone que la solicitud fue denegada por Resolución de Dirección General de Trabajo de 3 de abril de 2020. Formulada demanda contra la resolución denegatoria del ERTE, el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid dictó la Sentencia de 30 de septiembre de 2020 desestimatoria de esta. Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª de lo Social, estimó el recurso, revocó la sentencia de instancia y declaró aprobado el ERTE por ser ajustado a derecho. Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina por la Comunidad de Madrid contra la anterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Auto de 25 de enero de 2022 se declaró la inadmisión del citado recurso, que declaró la firmeza de la sentencia recurrida.

Por ello, entiende que al haberse anulado judicialmente la resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de abril de 2020, procede ahora la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Alega que la condición de ser titular de una oficina de Notaría, ha conllevado un tratamiento, en relación con su actividad, en el entorno de la pandemia decretada por el Gobierno de la Nación y

que ha quedado reflejado en la Instrucciones de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 15 de marzo de 2020 y de 30 de marzo de 2020, que, en síntesis, adoptaron medidas para garantizar la adecuada prestación del Servicio Público de Notariado como servicio público de interés general, cuya prestación debía quedar garantizada en todo territorio nacional, que prohibía al notario cerrar el despacho notarial al tener carácter de oficina pública y, al mismo tiempo, obligaba al titular de la Notaría a seguir prestado su función pública, reduciendo drásticamente su actividad.

Según el escrito de reclamación, la actuación administrativa tuvo como consecuencia la imposibilidad de poder acceder a las mejoras de los beneficios que se establecían para todas las empresas, incluidas notarías, que estaban afectadas por las restricciones en sus actividades ordenadas por el Gobierno Real Decreto Ley 8/2020 (art. 22.1) como consecuencia de la declaración de pandemia establecida en el Real Decreto 463/20 y tuvo que adoptar la decisión de tener que pactar una novación contractual temporal con todos los trabajadores de la notaría con el fin de adecuar su actividad a las Instrucciones de la Dirección de General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2020 que limitaba la actividad de las notarías y, simultáneamente, mantener la totalidad de los puestos de trabajo. Dicha novación consistió en reducciones de los salarios entre el 50% y el 25% del salario y que como resultado tuvo que abonar los salarios y la Seguridad Social que se reclaman y que cifra en 136.885,50 euros, cantidad resultante de la suma de 117.050,37 euros de salarios y 19.385,13 euros de costes de la Seguridad Social.

Adjunta con su escrito copia de las resoluciones mencionadas, así como las nóminas de salarios abonados a los trabajadores durante el período mencionado y los boletines de cotización.

SEGUNDO.- Del contenido del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión de este dictamen.

1.- El 25 de marzo de 2020 el reclamante presentó una comunicación de ERE dirigida a la autoridad laboral de la Comunidad de Madrid, exponiendo que los hechos en los que fundamentaba su petición constituían una causa de fuerza mayor, habida cuenta de las consecuencias económicas en la actividad profesional, producidas a consecuencia de la declaración del Estado de alarma con efectos desde el 14 de marzo de 2020. La solicitud pedía la suspensión del contrato de trabajo de cuatro trabajadores y reducción del 50% de la jornada de trabajo de tres trabajadores, durante el período comprendido entre el día 26 de marzo de 2020 y el 30 de abril de 2020.

2.- Por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de abril de 2020 se resolvió la anterior solicitud. Argumenta dicha resolución que la solicitud se basa en las causas de fuerza mayor previstas en el artículo 47.3, en relación con el 51.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020. Su fundamento jurídico tercero indica que la fuerza mayor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, ha sido definida por la jurisprudencia como un suceso de carácter extraordinario que se produce fuera del contexto interno de la empresa, de carácter imprevisible o que, siendo previsible, es inevitable, y teniendo como consecuencia la imposibilidad de trabajar, ya sea de manera temporal o definitiva.

Dice que el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020 califica de fuerza mayor las suspensiones 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 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.

Finaliza diciendo que *“de la documentación obrante en el expediente no ha quedado acreditada la concurrencia de las situaciones expuestas en las medidas acordadas mediante las disposiciones normativas antes expuestas”*.

Por todo lo cual se acordó *“no constatar la existencia de las causas de fuerza mayor alegadas por la empresa por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho de la presente resolución”*.

3.- Contra la citada resolución, la empresa interpuso demanda ante la jurisdicción laboral, que se sustanció en el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid (procedimiento 545/2020) cuya Sentencia de 30 de septiembre de 2020, desestimó la demanda. En ella se señala:

«En concreto, respecto a la actividad de la notaria, las Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fechas de 15.03.2020 y de 30.03.2020

respectivamente sobre adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del Servicio Público Notarial, establecen el servicio público notarial como servicio público de interés general cuya prestación ha de quedar garantizada en todo el territorio nacional.

Excepción hecha de supuestos de enfermedad y los establecidos en la legislación notarial, el notario no puede cerrar el despacho notarial al tener carácter de oficina pública el carácter de servicio público.

Servicios notariales esenciales: A los efectos de lo establecido en el apartado 17 del Anexo del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo de 2020, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para los trabajadores de los servicios no esenciales, deben ser definidos, con carácter restringido, los servicios notariales esenciales, como aquellos servicios mínimos básicos para el mantenimiento y desarrollo imprescindible de la actividad económica, societaria y financiera así como cualquier otro necesario para evitar daños patrimoniales graves e irreparables. Particularmente, tienen carácter esencial los servicios relativos a las siguientes actividades:

a) Las actuaciones procesales no suspendidas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

b) El cumplimiento de obligaciones tributarias y tramitación de expedientes de regulación temporal de empleo.

c) Actividades de financiación y de seguros.

d) Los servicios notariales en relación con servicios profesionales en la medida en que sus actividades sean

esenciales, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 29 de marzo, y normas que desarrollen este.

e) Los que se deriven de la no interrupción a día de hoy de los cómputos civiles así como los actos de naturaleza personal de carácter urgente.

f) En general cualquier otra actividad notarial necesaria para el desarrollo de actividades que sean esenciales, según lo previsto en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo de 2020 que siempre ha de ser interpretada estrictamente.

A los efectos del cumplimiento de estos servicios mínimos, el notario mantendrá presencialmente el personal indispensable para la prestación de los mismos. Estos servicios mínimos serán fijados por el notario atendiendo a las necesidades de la oficina, y deberán estar en consonancia con lo dispuesto en la Resolución de esta Dirección General a Consulta de 25 de marzo de 2020, de modo que ninguna actuación de las señaladas en esta Instrucción podrá llevarse a cabo si por el número de personas que acudan a la notaria no se pueda garantizar el espacio mínimo de seguridad y el cumplimiento de las demás instrucciones de seguridad e higiene dictadas por las autoridades sanitarias.

Por lo expuesto, las notarías no podrían ampararse, en principio, en un supuesto de fuerza mayor para justificar la suspensión de los contratos laborales o la reducción de la jornada de sus trabajadores.

De ahí que el Real Decreto-Ley 10/20 de 29 de marzo, entre las personas a las que no resulta de aplicación el permiso retribuido recuperable dispuesto en dicho instrumento

normativo se encuentran “las que prestan servicios en las notarías y registros para el cumplimiento de los servicios esenciales fijados por la Dirección General de la Seguridad Jurídica pública y fe pública” al tener que seguir realizando los servicios esenciales fijados por la normativa anteriormente referida.

Es cierto que durante el estado de alarma, desde el 14 de marzo de 2020, el RD 463/ 2020 de 14 de marzo, adopta decisiones que se proyectan de manera esencial sobre servicio público notarial, como son la suspensión del plazo procesal, de plazo administrativo y de plazos de prescripción y caducidad (respectivamente disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta) dado que el notario autoriza documentos consecuencia de expediente este jurisdicción voluntaria, y les pide, por ejemplo, copias autorizadas y simple de documentos para procedimientos administrativos y documenta todo tipo de actos o negocios jurídicos que en multitud de casos obedecen a plazos perentorios que se extingue, como puede ser un supuesto de arras.

Esto ha determinado que la Dirección General en coordinación con el Consejo General del Notariado adoptara la instrucción de 15 de marzo de 2020 para garantizar la adecuada prestación del servicio público notarial.

No obstante, resulta también evidente que las notarías han disminuido su actividad, por cuanto que solo han podido atender actuaciones de carácter urgente, lo cual si podría suponer una pérdida económica importante para las mismas así como la necesidad de reducir la jornada o el contrato de algunos de los trabajadores de su plantilla y en ese sentido con la certificación protocolos del colegio notarial de Madrid del

notario Don (...) años 2019-2020, se acredita la reducción en el número de autorizaciones de documentos y de otorgamientos.

Pues bien, ninguna de dichas circunstancias podría justificar un ERTE por fuerza mayor, pues se refiere a una actividad esencial que ha seguido prestándose, aun con cierta limitación durante el estado de alarma. Y tampoco procede un ERTE por fuerza mayor parcial, porque la actividad no puede descomponerse por fases o procesos productivos. Sin embargo, si podría reconocerse un ERTE por causas económicas o productivas, siempre que se acredite de modo suficiente una pérdida de ingresos y de clientela respecto al periodo anterior.

Por tanto, pese a la situación excepcional que afecta a todos los sectores de actividad del país, y si bien es cierto que la actividad de la empresa demandante se ha visto afectada de forma considerable a consecuencia del estado de alarma, es innegable que se ve perjudicada en su productividad. Este ERTE si bien no tiene las mismas ventajas para la empresa y para los trabajadores, si podría amparar una situación de disminución importante de la clientela, de pérdidas económicas o de reducción de la actividad jurídica desarrollada.

En atención, a lo razonado no puede entenderse acreditada la existencia de una situación de fuerza mayor que justifique el ERTE pretendido por la demandante, lo que lleva a la desestimación de la demanda. Y ello sin perjuicio de que, en su caso, pueda la parte acudir, como prevé el Real Decreto-Ley 8/2020, a las causas generales de suspensión de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción previstas en el art.47 del Estatuto de los Trabajadores o a la modalidad excepcional que, por causa productiva prevé el art. 23 del R.D.L. 8/20, ampliado por art. 2 del R.D.L. 18/20».

4.- El interesado presentó recurso de suplicación (n.º 626/2020) tramitado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección tercera) que dictó Sentencia de 17 de diciembre de 2020, cuyo antecedente de hecho segundo, reproduce los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia, en los que se refiere a que la actividad profesional del reclamante como notario.

La sentencia señala que la cuestión suscitada en el recurso ya ha sido resuelta por esta misma Sección de Sala en Sentencia de 17 de noviembre de 2020 (Recurso: 531/2020) que afectaba a otro notario que interesó también la suspensión del contrato de varios empleados de su notaría en la que, tras analizar la normativa aplicable y, en especial, la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2020 concluía:

“De acuerdo con todo lo reseñado esta Sala entiende que en el supuesto de autos existe claramente la situación de fuerza mayor de acuerdo con el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, en relación con la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial que tenía por objeto garantizar los servicios esenciales durante la pandemia de coronavirus COVID-19, al haber tenido lugar una suspensión o cancelación de gran parte de las actividades relacionadas con la actividad de la Notaría, permitiéndose exclusivamente las actuaciones urgentes consideradas como servicios esenciales, habiendo quedado suspendidos los plazos procesales, plazos administrativos y plazos de prescripción y caducidad, por lo que entendemos que está justificada la reducción de los contratos de trabajo”.

La Sentencia de 17 de diciembre de 2020 considera que la suspensión interesada por el reclamante *“está justificada dada la amplitud de la suspensión de actividad que tiene lugar y consecuentemente estimamos el recurso formulado y revocamos dicha sentencia y dejamos sin efecto la resolución dictada por la Directora General de Trabajo de la Comunidad de Madrid y declaramos aprobado el ERTE por ser ajustado a derecho”*.

5.- Formulado recurso de casación para la unificación de doctrina por la Comunidad de Madrid contra la Sentencia de 17 de diciembre de 2020, este fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2022 que confirmó la firmeza de la sentencia recurrida, al considerar que el escrito de interposición del recurso presentaba importantes defectos formales en su formulación.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en el que se ha emitido informe de la Dirección General de Trabajo de fecha 26 de septiembre de 2022.

El citado informe, en síntesis, señala que el reclamante no ha acreditado el daño, ya que el hecho de tener que abonar la totalidad de los salarios a sus trabajadores no implica un daño real propiamente. Así, el daño se habría producido cuando, por el hecho de no constatar la fuerza mayor, la empresa hubiera tenido que cerrar por no poder soportar los costes o hubiera tenido que despedir trabajadores suponiendo estos despidos un coste adicional, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Según el informe de la Dirección General de Trabajo, cuando se ejecute la sentencia firme, el reclamante habrá de solicitar al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el pago de los importes de los salarios satisfechos para ser resarcida. Por lo que si se estimara la reclamación de responsabilidad se produciría un doble pago por el mismo hecho, incurriendo en enriquecimiento injusto.

Finalmente, considera que la Administración laboral se ajustó a la legalidad en unos márgenes razonables, según la normativa y las circunstancias de ese momento, de conformidad con el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores. Así, la resolución de la autoridad laboral dictada en el plazo de cinco días, debía limitarse, a constatar –en su caso- la existencia de la fuerza mayor alegada y, finalmente, que la autoridad laboral se ha limitado a realizar sus funciones, por lo que la resolución emitida se ajusta al buen hacer de la Administración. Añade, además, como prueba de ese buen hacer que existe una primera sentencia del Juzgado de lo Social nº 20, de Madrid, en la que desestimaba la demanda. Por lo que puede decirse que la resolución de no constatar la causa de fuerza mayor no ha sido calificada en absoluto como una actuación indebida o arbitraria de la Administración. Por todo ello considera que no procede la responsabilidad patrimonial porque no existe relación causal entre la actuación de la Administración y el presunto daño alegado por la empresa.

Notificado el trámite de audiencia, con fecha 15 de marzo de 2023 el interesado formula alegaciones en las que manifiesta que la denegación del ERTE se declaró no ajustada a derecho por un tribunal de justicia, por lo que tiene derecho a ser resarcido de todas aquellas medidas excepcionales a la que hubiese tenido acceso si la decisión de la Administración hubiese sido ajustada a derecho desde el principio.

Finalmente, figura en el expediente un borrador de propuesta de orden de la consejera de Economía, Hacienda y Empleo desestimatoria de la reclamación formulada al no existir relación de causalidad entre los daños alegados y la actividad administrativa ni concurrir la antijuridicidad del daño.

CUARTO.- Por escrito de la consejera de Economía, Hacienda y Empleo con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 21 de noviembre de 2023 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 655/23, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 11 de enero de 2024.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente, si bien se observa que no figuran incorporados al expediente los documentos nº 6 a 56, relativos a las nóminas de salarios abonadas a los trabajadores durante el período comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y el 30 de septiembre de 2020, así como los documentos nº 57 a 70, relativos a los boletines de cotización de los pagos realizados a los trabajadores y los pagos realizados a la Seguridad Social en concepto de Seguridad Social de empresa. Dado que se trata de documentación que el reclamante incluyó en su escrito de inicio del procedimiento, debe incorporarse al expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en relación con el artículo 4 de la LPAC, en cuanto perjudicado por la denegación del ERTE, anulado después judicialmente.

Por otra parte, la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto el supuesto daño se imputa a un acto dictado por la Dirección General de Trabajo en su condición de autoridad laboral, de acuerdo con el artículo 25.1 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.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC que establece que *“En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”*.

El criterio de esta Comisión, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 25 de enero de 2000, consiste en fijar el día inicial del plazo, en la notificación de la sentencia al reclamante.

En el presente, inadmitido el recurso de casación de unificación de doctrina interpuesto por la Comunidad de Madrid, por el Auto del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2022, que declaró la firmeza de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de diciembre de 2020, no consta en el expediente remitido la fecha de su notificación, pero en todo caso, al formularse la reclamación el 8 de septiembre del mismo año 2022, no cabe duda de que ha sido interpuesta en plazo legal.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en la LPAC se ha incorporado, conforme el artículo 81 de dicha Ley, el

informe del servicio al que se atribuye la producción del daño, y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en su artículo 82. Asimismo, se ha formulado la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española y su desarrollo en las citadas LRJSP y LPAC, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que son necesarios:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño. Así, las Sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011).

CUARTA.- Aplicando la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente que el reclamante, como consecuencia de no haber sido apreciada fuerza mayor, tuvo que proceder a pactar una novación contractual temporal con todos los trabajadores de la notaría, a fin de adecuar su actividad a las citadas instrucciones dadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que limitaba la actividad de la notaría. Esta novación contractual de la totalidad de la plantilla consistió en reducciones de sus salarios entre el 50 y el 25 por ciento, que conllevaba, a su vez, además del abono de los salarios, sus correspondientes cotizaciones a la seguridad social, siendo dichos gastos los que el interesado reclama en concepto de daños indemnizables y que cifra en 136.885,50 euros, cantidad correspondiente a los salarios y costes de la Seguridad social - excluida la Seguridad Social con cargo al trabajador- que tuvo que abonar a la totalidad de la plantilla durante el periodo comprendido entre 14 de marzo de 2020 al 30 de septiembre de 2020, fecha ésta última en la que se procedió a regularizar la actividad de la notaría con la finalización de la novación temporal.

La propuesta de resolución considera que la existencia del pacto de novación y su ejecución, no acredita la existencia de un daño efectivo y real porque se trataría de un eventual decremento patrimonial. El informe de la Dirección General de Trabajo, por su parte, considera que la denegación del ERTE no ha causado daño alguno porque el interesado ha soportado el coste de los trabajadores durante los meses que ahora reclama, sin que haya tenido que cerrar el despacho por no poder soportar los costes de los trabajadores o habiendo tenido que despedir a dichos trabajadores. Afirma además que, reconocida la existencia de fuerza mayor como causa del ERTE, puede solicitar al SPEE el

pago de las cantidades reclamadas, por lo que se produciría una duplicidad indemnizatoria.

En relación con la efectividad del daño, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 381/2022, de 25 de mayo, con cita de otros dictámenes (519/2019 y 692/2019, entre otros) considera que *“no puede entenderse que haya existido un daño real y efectivo al abonar los salarios de los trabajadores pues la mercantil se ha beneficiado del trabajo efectivamente realizado que ha quedado incorporado a su patrimonio y que no se ve afectado tras la anulación de la resolución anterior”*.

Por otro lado, en cuanto a las cantidades satisfechas por cotizaciones a la Seguridad Social, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 26.5 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *“los ingresos que, en virtud de resolución judicial firme, resulten o se declaren objeto de devolución a los interesados, tendrán la consideración de ingresos indebidos y serán objeto de devolución en los términos fijados en dicha resolución, con aplicación de lo dispuesto, en su caso, en el artículo 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”*, teniendo en cuenta que el derecho de a la devolución de ingresos indebidos prescribirá a los cuatro años, a contar desde el día siguiente a su ingreso, ex. artículo 26.3 del citado texto refundido.

Por tanto, no puede considerarse acreditado como daño el importe de las cotizaciones satisfechas por los trabajadores a la Seguridad Social, debiendo recordar que, como declara la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de octubre de 2011 (recurso nº 4238/2007), es preciso utilizar las vías establecidas por el legislador sin que la acción de responsabilidad patrimonial fuere

una vía subsidiaria para subsanar la no utilización de los mecanismos legalmente establecidos.

En cualquier caso, aunque pudiera considerar acreditada la existencia de un daño efectivo por la actuación administración posteriormente anulada por la jurisdicción social, no concurriría, como tuvimos ocasión de declarar en el Dictamen 380/23, de 13 de julio, la antijuridicidad del daño.

En efecto, como es sabido, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

En relación a actos administrativos anulados por sentencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) con cita de la Sentencia de 28 de marzo de 2014 de la misma sala, señala que *“tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018 (núm. rec: 2006/2016) ha insistido en dicho argumento: *“cuando la Administración adopta una decisión razonable y razonada, no existe la obligación de indemnizar porque, como se afirma en la*

sentencia de instancia, existe el deber jurídico de los ciudadanos a soportar el daño ocasionado”.

Surge así la conocida doctrina llamada del margen de tolerancia en la actuación de la Administración de tal modo que, para valorar la antijuridicidad del daño causado, no bastaría con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que sería precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables.

Resulta relevante tener en cuenta en este caso que el juzgador de instancia corroboró la corrección de la actuación de la Administración en el acuerdo de revocación, siendo precisamente esa disparidad de criterios entre la primera y la segunda instancia reveladora de que la Administración no actuó irrazonablemente.

En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 299/10, de 22 de septiembre y 504/12 de 12 de septiembre, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 y 10 de junio de 1986, manifestando esta última:

“Sin perjuicio de admitir como la jurisprudencia citada, que toda denegación de una solicitud ocasiona siempre alguna clase de perjuicios al interesado, siendo susceptible por tanto de configurar el resultado dañoso en abstracto, no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad en la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad, solo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo, revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio mantenido por la Administración local”.

Esta doctrina también ha sido acogida por esta Comisión Jurídica Asesora (así, los dictámenes 103/16, de 19 de mayo; 291/18, de 28 de junio, y 556/18, de 20 de diciembre, entre otros).

En este sentido, también la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (rec. núm. 1777/2016), con cita de la Sentencia de 17 de febrero de 2015 (recurso de casación 2335/2012) consideró que, en tanto en cuanto la actividad administrativa se ejercitase dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, no concurriría el carácter antijurídico de la lesión:

“Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.

En el presente caso, la anulación de la Resolución de 3 de abril de 2020 de la directora general de Trabajo ha venido dada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2020 al estimar el recurso de suplicación. Analizando la situación y la normativa vigente en el momento de resolverse la

solicitud del ERTE basada en la causa de fuerza mayor, debemos concluir que la resolución de la autoridad laboral fue razonable y razonada.

En efecto, la Administración en el plazo de cinco días establecido legalmente, consideró que no concurría la causa de fuerza mayor invocada por la empresa al amparo del artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, efectuando en el fundamento jurídico tercero un razonamiento breve pero motivado.

Así, el citado precepto califica de fuerza mayor las suspensiones y reducciones de jornada que tengan su *causa directa* en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, 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 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.

En el presente caso, la autoridad laboral se limitó al examen de los supuestos de aplicación de un concepto jurídico indeterminado cual es la fuerza mayor, y resolvió motivadamente conforme al artículo 35 de la LPAC con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Resolución que fue confirmada por la sentencia de instancia que, de forma motivada, consideró que no podía entenderse acreditada la existencia de una situación de fuerza mayor que justificara el ERTE, *“sin perjuicio de que se pudiera acudir, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 8/2020, a las causas generales de suspensión de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción previstas en el*

art.47 del Estatuto de los Trabajadores o a la modalidad excepcional que, por causa productiva prevé el art. 23 del Real Decreto-Ley 8/20, ampliado por art. 2 del Real Decreto-Ley 18/20”.

Por otro lado, conviene destacar la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Décima, de 23 de octubre de 2023 (recurso nº 94/2023) que en relación con un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial por denegación de ERTE al no apreciar causa de fuerza mayor, posteriormente anulada judicialmente, dice:

“Es evidente, pues, que el análisis y valoración de si las circunstancias concurrentes alegadas podían ser calificadas como fuerza mayor, y, por tanto, permitían la suspensión y reducción de los contratos de los trabajadores en los términos solicitados (el día 15 de abril de 2020) por MANAGER INTERNET, S.L., exigían la realización de la necesaria labor de interpretación, valoración de la que no estaba exenta la administración al dar respuesta a dicha solicitud cuando con fecha 22 de abril resolvió en el sentido de no constatar la existencia de la causa de fuerza mayor alegada. Se evidencia que la ponderación de las circunstancias concurrentes que pudieran determinar la declaración de fuerza mayor, de manera razonable y teniendo en cuenta el concreto momento en el que se dictó la resolución, no eran susceptibles una interpretación única y excluyente. Nos movemos, por ende, en el terreno de la razonabilidad de la decisión adoptada por la administración, que no es susceptible de ser calificada claramente como irrazonable o injustificada, y, por tanto, entendemos que no puede calificarse como antijurídico el daño alegado por la actora debiendo citarse, como sustento

jurisprudencial de la exclusión de la antijuricidad del daño que afirma haber sufrido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014 y de 7 de noviembre de 2017, en referencia a aquellos casos en los que se haya realizado por parte de la administración un ejercicio razonado de sus facultades.

En definitiva, una interpretación auténtica que se pretendía del artículo 22.1 del Real Decreto-Ley 8/2020, lleva a fijar la dificultad, y más en los momentos iniciales de la pandemia con una ingente cantidad de solicitudes de ERTES, del concepto de fuerza mayor a dicho artículo, y estaría vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la situación de crisis sanitaria, con incidencia en la actividad productiva, que es lo que reconoce la representación procesal de la actora MANAGER INTERNET, S.L”.

Razonamientos que son aplicables íntegramente al presente caso y que determinan que deba concluirse que no concurre la antijuricidad del daño.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación, al no haberse acreditado la existencia de un daño antijurídico.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el

plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 11 de enero de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 5/24

Excma. Sra. Consejera de Economía, Hacienda y Empleo

C/ Ramírez de Prado, 5 Bis – 28045 Madrid