

Roj: **SJSO 32/2021 - ECLI:ES:JSO:2021:32**Id Cendoj: **17079440022021100001**Órgano: **Juzgado de lo Social**Sede: **Girona**Sección: **2**Fecha: **12/02/2021**Nº de Recurso: **728/2020**Nº de Resolución: **49/2021**Procedimiento: **Conflicto colectivo**Ponente: **MARTA SITJES PUJOL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Social núm. 2

De Girona

Procedimiento: Conflicto Colectivo 728/20

SENTENCIA Nº 49/21

En Girona, a 12 de febrero de 2021

Vistos por mí, Doña Marta Sitjes Pujol, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Social nº 2 de Girona, los presentes autos de conflicto colectivo seguidos en este Juzgado bajo el número de registro arriba indicado, a instancia de Doña Pilar , asistida por el Letrado Sr Tresserras, frente a la empresa Hotel Blanco Don Juan, SL, asistida por el Letrado Sr Abete, y frente al Servicio Público de Empleo Estatal, asistido por el Letrado Sr Ferrer, en los que constan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 15-10-20 la parte actora interpuso demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó que se dictase sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declare el derecho del colectivo de trabajadores fijos discontinuos afectados en el ERTE, adoptado por la empresa a causa de fuerza mayor entre el 15-03-20 y 31-05-20 y que no estaban de alta a fecha de sus efectos, a estar incluidos en la solicitud colectiva de reconocimiento de prestaciones de desempleo prevista en el artículo 3 del RDL 9/2020, de 28 de marzo, procediéndose igualmente a su alta si así fuera necesario, con todos los efectos inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes a los actos de conciliación y juicio, para el día 09-02-21. En el acto de la vista la parte demandante se afirmó y ratificó en la demanda. La empresa demandada se opuso a la demanda por motivos de fondo. El SEPE manifestó que para ser beneficiario de la prestación por desempleo debe existir el expediente concreto donde consten los trabajadores e interesó una sentencia conforme a derecho.

Practicada la prueba propuesta y admitida se concedió la palabra a las partes para que formularan conclusiones, tras lo cual tras lo cual quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores fijos discontinuos incluidos en el ERTE por causa de fuerza mayor causada por la COVID-19 de la empresa Hotel Blanco Don Juan, SL y que no estaban de alta en la Seguridad Social a fecha de sus efectos (no controvertido y que son los relacionados en el folio 59 a 61 como "Personal no dado de Alta cuando se produjo el cese de la actividad según nota adjunta en la memoria", cuyos nombres y datos se dan por reproducidos)



SEGUNDO.- La empresa Hotel Blanco Don Juan SL, cuenta con un total de 187 trabajadores y afectados por el ERTE un total de 179 trabajadores con efectos desde el 15-03-20 a 31-05-20 y con fecha de solicitud el 24-03-20 (folio 56, 52 y 49).

La empresa incluyó a toda su plantilla de trabajadores fijos discontinuos en el ERTE, con independencia de si estaban de alta o no en la Seguridad Social (no controvertido y folios 57 a 59)

TERCERO.- La empresa Hotel Blanco Don Juan SL tramitó solicitud colectiva por desempleo por suspensión o por reducción de jornada a consecuencia de la COVID 19 únicamente para los trabajadores de alta en la Seguridad Social a fecha de sus efectos y a los que no estaban de alta les entregó de forma individual el certificado empresarial de imposibilidad de reincorporación (no controvertido y folios 62 a 67)

CUARTO.- El convenio colectivo aplicable es el Convenio Colectivo de Hostelería de Catalunya (no controvertido)

QUINTO.- Formulada solicitud de mediación ante el Tribunal laboral de Cataluña el 29-05-20, se intentó acto de conciliación el día 15-06-20, que finalizó sin acuerdo (folios 11 a 13).

SEXTO.- Pilar ostenta la condición de Secretaria de la Sección Sindical del Sindicato de UGT de Girona de la empresa demandada (no controvertido)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo exigido en el apartado 2º del art. 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), debe hacerse constar que los anteriores hechos son el resultado de la crítica valoración de la prueba practicada, singularmente de la que entre paréntesis y para mayor claridad expositiva se ha señalado en cada uno de los propios hechos probados.

SEGUNDO.- Interesa la parte demandante que se declare el derecho de los trabajadores fijos discontinuos que fueron incluidos en el ERTE y que no estaban de alta en la Seguridad Social al tiempo de la solicitud del ERTE, a estar incluidos en la solicitud colectiva de prestaciones por desempleo, al amparo del artículo 3 del RDL 9/2020, de 28 de marzo.

La empresa, por su parte, alega que no estaba obligada a formular solicitud colectiva para los trabajadores que no estaban de alta y trabajando en el momento de solicitarse el ERTE, pues solo formuló solicitud para los trabajadores en activo, de conformidad con el artículo 25.6 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, y las instrucciones del SEPE, y cumplió con la obligación de emitir la certificación individual de imposibilidad de reincorporación para los trabajadores que no estaban en activo. Manifestando, además, que la solicitud de la prestación tanto si es individual como si es colectiva tiene la misma consecuencia, por lo que no hay privación de ningún derecho.

Pues bien, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID 19, en su artículo 22 establecía una serie de medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, y en el artículo 23 en relación a los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción. El artículo 24 establecía una serie de medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionadas con el COVID-19. El artículo 25 se refería a las medidas extraordinarias en materia de en aplicación de los procedimientos referidos en los artículos 22 y 23.

El artículo 25.6 en su redacción original, disponía lo siguiente:

" Las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores fijos discontinuos y por aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que hayan visto suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, podrán volver a percibirse, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo. Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efectivamente trabajado por el trabajador durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año, se estará a los periodos de actividad de otros trabajadores comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la Entidad Gestora cuando el interesado solicite su reanudación."

Este apartado 6 se modificó por la Disposición Final Octava apartado tres del RDL 15/20, de 21 de abril, que entró en vigor el 23-04-20, vigente cuando la empresa demandada solicitó el ERTE, y quedó redactado en los siguientes términos:



"La aplicación de las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo a las trabajadoras y los trabajadores fijos-discontinuos y a los que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, se realizará en los siguientes términos:

a) En el supuesto de que la empresa en la que prestan servicios haya adoptado la decisión de suspender el contrato o reducir la jornada como resultado de los procedimientos regulados en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, las personas trabajadoras afectadas podrán beneficiarse de las medidas establecidas en el apartado 1 de este artículo.

Los trabajadores fijos discontinuos y aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, que se encuentren en periodo de inactividad productiva, y por ende, a la espera de la llegada de la fecha en la que procedería su llamamiento y reincorporación efectiva de no mediar la crisis del COVID-19, podrán beneficiarse también de las medidas dispuestas en el apartado 1 de este artículo.

b) Las personas trabajadoras que, sin estar en la situación del apartado anterior, vean interrumpida su prestación de servicios como consecuencia del impacto del COVID-19 durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, y como consecuencia de ello pasen a ser beneficiarios de la prestación por desempleo, podrán volver a percibirla, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo. Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efectivamente trabajado por la persona trabajadora durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año, se estará a los periodos de actividad de otras personas trabajadoras comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la entidad gestora cuando el interesado solicite su reanudación.

c) Las personas trabajadoras que acrediten que, como consecuencia del impacto del COVID-19, no han podido reincorporarse a su actividad en la fecha que estaba prevista y fueran beneficiarios de prestaciones en aquel momento, no verán suspendido el derecho a la prestación o al subsidio que vinieran percibiendo.

Si en la fecha en la que hubieran debido reincorporarse a la actividad no estuviesen percibiendo prestaciones por desempleo por haberlas agotado, pero acreditasen el período cotizado necesario para obtener una nueva prestación contributiva, la certificación empresarial de la imposibilidad de reincorporación constituirá situación legal de desempleo para el reconocimiento del derecho a dicha prestación.

A las personas trabajadoras a las que se refiere este párrafo les será de aplicación la reposición del derecho a la prestación prevista en la letra b) de este apartado.

d) Los trabajadores que hayan visto interrumpida su actividad y los que no hubieran podido reincorporarse a la misma como consecuencia del COVID-19 y careciesen del período de ocupación cotizado necesario para obtener la prestación por desempleo, tendrán derecho a una nueva prestación contributiva, que podrá percibirse hasta la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de trabajo, con un límite máximo de 90 días. La cuantía mensual de la nueva prestación será igual a la de la última mensualidad de la prestación contributiva percibida, o, en su caso, a la cuantía mínima de la prestación contributiva. El mismo derecho tendrán quienes durante la situación de crisis derivada del COVID-19 agoten sus prestaciones por desempleo antes de la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de trabajo y carezcan de cotizaciones suficientes para el reconocimiento de un nuevo derecho, en cuyo caso, la certificación empresarial de imposibilidad de reincorporación constituirá nueva situación legal de desempleo. En este supuesto, no les resultará de aplicación lo previsto en la letra b) de este apartado cuando acrediten una nueva situación legal de desempleo."

Y, el artículo 3 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, relativo a las medidas extraordinarias de desarrollo del artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, para agilizar la tramitación y abono de prestaciones por desempleo, y que entró en vigor el 28/03/2020, estableció lo siguiente:

"1. El procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, para todas las personas afectadas por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada basados en las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se iniciará mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en representación de aquellas.

Esta solicitud se cumplimentará en el modelo proporcionado por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y se incluirá en la comunicación regulada en el apartado siguiente.

2. Además de la solicitud colectiva, la comunicación referida en el apartado anterior incluirá la siguiente información, de forma individualizada por cada uno de los centros de trabajo afectados:



- a) Nombre o razón social de la empresa, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social al que figuren adscritos los trabajadores cuyas suspensiones o reducciones de jornada se soliciten.
- b) Nombre y apellidos, número de identificación fiscal, teléfono y dirección de correo electrónico del representante legal de la empresa.
- c) Número de expediente asignado por la autoridad laboral.
- d) Especificación de las medidas a adoptar, así como de la fecha de inicio en que cada una de las personas trabajadoras va a quedar afectada por las mismas.
- e) En el supuesto de reducción de la jornada, determinación del porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual.
- f) A los efectos de acreditar la representación de las personas trabajadoras, una declaración responsable en la que habrá de constar que se ha obtenido la autorización de aquellas para su presentación.
- g) La información complementaria que, en su caso, se determine por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

La empresa deberá comunicar cualesquiera variaciones en los datos inicialmente contenidos en la comunicación, y en todo caso cuando se refieran a la finalización de la aplicación de la medida.

3. La comunicación referida en el punto apartado anterior deberá remitirse por la empresa en el plazo de 5 días desde la solicitud del expediente de regulación temporal de empleo en los supuestos de fuerza mayor a los que se refiere el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su decisión en el caso de los procedimientos regulados en su artículo 23. La comunicación se remitirá a través de medios electrónicos y en la forma que se determine por el Servicio Público de Empleo Estatal.

En el supuesto de que la solicitud se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, el plazo de 5 días empezará a computarse desde esta fecha.

4. La no transmisión de la comunicación regulada en los apartados anteriores se considerará conducta constitutiva de la infracción grave prevista en el artículo 22.13 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

5. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de la remisión por parte de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones de sus resoluciones y de las comunicaciones finales de las empresas en relación, respectivamente, a los expedientes tramitados conforme a la causa prevista en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo."

De acuerdo con dicha normativa, se estima que la empresa estaba obligada a incluir en la solicitud colectiva presentada ante el SEPE a todos los trabajadores fijos discontinuos que fueron incluidos en el ERTE por la empresa para que pudieran ser beneficiarios de la prestación.

Por otro lado, cabe señalar que en los periodos de interrupción de la actividad de los trabajadores fijos discontinuos no se produce ni la suspensión de la relación laboral ni su extinción, siendo que esta subsiste dado que son contratos de duración indefinida (así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de julio de 2016), por lo que los trabajadores fijos discontinuos se hallaban en activo en la fecha del ERTE y la instrucción del SEPE indica que debían incluirse en la solicitud colectiva los trabajadores en activo y únicamente excepciona a los trabajadores que estuvieran en IT, maternidad, paternidad o excedencia (folio 86).

En consecuencia, por los motivos expuestos, la demanda debe ser estimada.

TERCERO.- Frente a la presente sentencia cabe interponer recurso de suplicación, conforme a lo dispuesto en el Art. 191 LRJS.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por Doña Pilar frente a la empresa Hotel Blanco Don Juan, SL y frente al Servicio Público de Empleo Estatal y, en consecuencia, declaro el derecho del colectivo de trabajadores fijos discontinuos afectados en el ERTE adoptado por la empresa a causa de fuerza mayor entre el 15-03-20 y 31-05-20 y que no estaban de alta en la Seguridad Social a fecha de sus efectos, a estar incluidos en la solicitud colectiva de reconocimiento de prestaciones de desempleo prevista en el artículo 3 del RDL 9/2020,



de 28 de marzo, procediéndose igualmente a su alta si así fuera necesario, con todos los efectos inherentes a tal declaración.

Notifíquese esta resolución a las partes advirtiéndoles que la misma no es firme y que frente a ella pueden interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anunciándolo ante este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución.

Para poder recurrir es indispensable que la parte que no ostente el carácter de trabajador o causahabiente suyo, beneficiario de la Seguridad social o no goce del beneficio de la justicia gratuita, al anunciar el recurso acredite haber consignado el importe de la condena en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, abierta en el Banco Santander (c.c. número 1670.0000.65.0585-20 para el ingreso por transferencia primero (0049 3569 92 0005001274; IBAN ES55 0049 3569 92 0005001274), y en observaciones o concepto el 1670.0000.65.0585-20 . Pudiendo sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista, y asimismo, el interponer recurso deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista, y asimismo, al interponer recurso deberá acompañar resguardo acreditativo de haber efectuado el depósito de 300 euros en la cuenta indicada, todo ello según disponen los arts. 229 y 230 de la LRJS.

Los ingresos por transferencia se deben hacer en la cuenta bancaria núm. IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, del Banco Santander y, en el campo OBSERVACIONES, es preciso consignar la cuenta de consignaciones de este Servicio arriba indicada.

Expídase testimonio de esta Sentencia, que se unirá a las actuaciones y llévese el original al Libro de Sentencias.

Así, por ésta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Magistrado que la dictó, en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública con mi asistencia, como Secretario Judicial, de lo que doy fe.