



Roj: **STSJ M 15718/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:15718**

Id Cendoj: **28079340032022101117**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/12/2022**

Nº de Recurso: **861/2022**

Nº de Resolución: **1101/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA OFELIA RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 31, 19-05-2022 (proc. 255/2022),
STSJ M 15718/2022**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930/1931,914931951

Fax: 914931958

34002650

NIG: 28.079.00.4-2022/0027171

Procedimiento Recurso de Suplicación 861/2022

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Seguridad social 255/2022

Materia: Desempleo

Sentencia número: 1101/2022-C

Ilmos. Sres

D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

D./Dña. OFELIA RUIZ PONTONES

En Madrid a veinte de diciembre de dos mil veintidós habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el Recurso de Suplicación 861/2022, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ANA BELEN SANCHEZ SERRANO en nombre y representación de D./Dña. Tatiana , contra la sentencia de fecha 19/05/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Seguridad social 255/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Tatiana frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y AIR EUROPA LINEAS AEREAS SA, en reclamación por Desempleo, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. **D./Dña. OFELIA RUIZ PONTONES** , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"1)-La parte actora D^a Tatiana , con DNI n^o NUM000 , está

afiliada al régimen general de la Seguridad Social, venía prestando servicios en la empresa

AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU con la categoría de TCP,

2)-La actora estaba en situación de reducción de jornada por guarda legal al 50%

desde el 1-7-19

3)-Ambas partes habían celebrado un contrato indefinido fijo a tiempo parcial (parcialidad del 74%), con jornada concentrada, lo cual implica que la trabajadora se halla de alta en la empresa durante 365 días, pero realiza trabajo efectivo durante un total de 270 días y el periodo de inactividad es de 95 días.

4)-Durante el año 2020, los periodos de actividad de la actora fueron: del 27-3-20 al

21-12-20; y en el año 2021: del 30-6-21 al 26-3-22.

El periodo de inactividad de la actora fue: del 22-12-20 al 29-6-21, periodo en que la empresa ha seguido cotizando por la actora.

5)-La empresa demandada viene aplicando un ERTE por fuerza mayor de toda la

plantilla derivado del covid 19 desde el 1-4-20, lo cual le exonera del pago de 75% de las cuotas de S. Social.

En fecha 1-4-20 la empresa remitió solicitud colectiva de ERTE al SEPE, en la cual

estaba incluida la actora

6)-Durante el periodo del ERTE, la empresa se ha exonerado de la cuota de la TGSS durante 12 meses respecto a la actora. La empresa cotiza todo el año por la actora aplicando la parcialidad.

7)-La empresa no incluyó en el ERTE a los trabajadores fijos a tiempo parcial con

jornada concentrada.

8)-Habiéndose interpuesto demanda de conflicto colectivo, por sentencia de la AN de

15-7-21 (autos 4/21) se declaró el derecho de los trabajadores fijos a tiempo parcial con

jornada concentrada que se encontraban en periodo de inactividad a ser incluidos en el

ERTE.

9)-En cumplimiento de dicha sentencia, la empresa demandada presentó al SEPE en

fecha 15-9-21 nueva solicitud colectiva de trabajadores afectos al ERTE desde el 1-4-20.

10)-En fecha 30-6-21 la empresa presentó nueva solicitud colectiva de desempleo al

SEPE, incluida la actora por comenzar de nuevo su periodo de actividad.

11)-La actora presentó solicitud de prestación de desempleo al SEPE y por resolución



de fecha 3-9-20 se le reconoce una prestación de 720 días, con periodo de 1-4-20 al 30-12-

20, con base reguladora diaria de 38,61 euros, porcentaje del 70% sobre la BR y con porcentaje a efectos de tope máximo del 74%.

12)-El SEPE sólo ha abonado a la actora la prestación durante el periodo de actividad

programado en que debía trabajar y no trabajó a consecuencia del ERTE, no durante el periodo de inactividad. Se le ha reconocido un total de 516 días en los dos últimos años

13)-La empresa también presentó una solicitud colectiva sobre prestación extraordinaria para trabajadores fijos-discontinuos, incluyendo a la actora, siendo reconocida por el SEPE a la actora en resolución de 26-1-21 por el periodo del 22-12-20 al 2-2-21; la cual ha sido posteriormente reclamada por el SEPE por indebida.

14)-Habiendo interpuesto reclamación previa, por resolución del SEPE de 27-1-22 se desestima la misma.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D^a Tatiana frente al S.P.E.E. y AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Tatiana , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 11/07/2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 13/12/2022 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se formula recurso de suplicación al amparo del art. 193 c) LRJS alegando infracción del art. 160.5 LRJS art. 222 LEC y arts. 14, 24.1 y 118 CE. Alega la recurrente que se dictó sentencia por la Audiencia Nacional y se condenaba a la empresa a incluir en el ERTE por fuerza mayor que aplica desde 1 de abril de 2020 hasta el 31.3.2021 incluidos los periodos de inactividad con independencia de las fechas en que tenga lugar los periodos de inactividad invoca el efecto de cosa juzgada producido por la SAN en conflicto colectivo.

Invoca infracción por inaplicación de los arts.22 y 25 del RDL 8/2020, del art 3 del RDL 9/2020 y art. 208.2 RD legislativo 1/1994 TRLGSS y 103 y 118 CE , y que no es aplicable la STS de 23.6.21, que resuelve un supuesto diferente , La actora está incluida en el ERTE en periodo de inactividad por así declararlo la Audiencia Nacional en sentencia de conflicto colectivo y se encuentra en desempleo según el art. 208.2 del RDL 1/1994 al tener suspendida la relación laboral por aplicación de un ERTE. La empresa es la que tiene que comunicar al SEPE la inclusión de la actora para que perciba el desempleo y a eso se condenó al AIR Europa por la SAN.

EL SEPE impugna el recurso, alega que se le incluyo en el ERTE por la empresa desde el principio y el SEPE le ha abonado todos los días que hubiera trabajado y que como consecuencia de la pandemia del COVID no trabajo y que la empresa comunico como periodo de inactividad, no puede abonarse la prestación por desempleo durante el periodo de inactividad y en este sentido se pronunció STS de 23.9.2021.

Los periodos de actividad de la actora eran del 27-3-2020 a 21.12.2020 y del 30.6.2021 a 26.3.22.

SEGUNDO: Alega como infringidos de la Constitución el ARTICULO 14 que establece:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Señala que se trata de manera distinta a unos u otros trabajadores en función del inicio del periodo de inactividad.

Este supuesto no se incluye en ningún de los supuestos de discriminación tutelados por el art. 14 CE .

ARTÍCULO 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.



No se le deniega el acceso a la tutela judicial efectiva, no se denuncia la denegación de un medio de prueba que le genere indefensión. En todo caso de alegar indefensión debería articular el recurso al amparo del art. 193 a) LRJS.

LRJS ARTÍCULO 118

"Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto."

LEC Art. 222.4. *Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*

Considera que debe aplicarse la sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció el derecho de todo el personal a ser incluida en el ERTE en periodo de inactividad vulnerando los efectos de cosa juzgada material.

El art. 160 LRJS, relativo a los procedimientos de conflicto colectivo establece " 5. *La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria.*

Consta en la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia nacional de 15/0772021 "Procede en definitiva la estimación parcial de la demanda en los términos que se dejan expresados en el fallo con la advertencia de que ni se está reclamando por el sindicato demandante ni en esta sentencia se está reconociendo el derecho a la prestación por desempleo de los TCP incluidos en el ámbito subjetivo de esta resolución."

Y en el fallo "Estimamos parcialmente la demanda y:

- Declaramos la nulidad de la decisión empresarial de excluir de la relación de trabajadores afectados por el ERTE FM autorizado por la Dirección General de Trabajo por resolución de 1-4-2020, a los TCP contratados a tiempo parcial con jornada concentrada, que a la fecha de aplicación de las suspensiones de contratos no estuvieran prestando servicios efectivos y en consecuencia el derecho de estos trabajadores a su inclusión como afectados por el citado ERTE, con efectos de 1-4-2020 y hasta que finalice su vigencia

- Condenamos a AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS SAU a que dé cumplimiento a las medidas para agilizar la tramitación y abono de prestaciones por desempleo establecidas en el art. 3 del RD Ley 9/2020.

En la propia sentencia se señala "con la advertencia de que ni se está reclamando por el sindicato demandante ni en esta sentencia se está reconociendo el derecho a la prestación por desempleo de los TCP incluidos en el ámbito subjetivo de esta resolución."

No existe por ello cosa juzgada y se desestima

TERCERO: El TS en S de 23.6-21 tiene declarado " *en esencia alega que cuando se trata de trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial y con períodos de trabajo concentrados en los cuales el trabajador sigue en alta en la Seguridad Social y, en esos precisos períodos de inactividad material, el trabajador mantiene su contrato de trabajo, y no lo tiene extinguido, suspendido ni reducido, la única conclusión posible es que ese trabajador no está en situación legal de desempleo.*

2.- Los preceptos que resultan de aplicación son los siguientes:

Ley General de la Seguridad Social

Artículo art. 262. Objeto de la protección:

"... 2.-El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo



47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

3. El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo".

Artículo 267. Situación legal de desempleo:

"1. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando se extinga su relación laboral:

1.º En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

2.º Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.

3.º Por despido.

En el supuesto previsto en el artículo 111.1.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 269 o 277.2 de la presente ley, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados.

4.º Por extinción del contrato por causas objetivas.

5.º Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

6.º Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.

En el supuesto previsto en el artículo 147 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo anterior por finalización del último contrato temporal y la entidad gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos.

7.º Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

b) Cuando se suspenda el contrato:

1.º Por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.2 de esta ley.

2.º Por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia de género al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

c) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.3 de esta ley.

d) Durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

Las referencias a los fijos discontinuos del título III de esta ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

e) Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España.

f) Cuando, en los supuestos previstos en los párrafos e) y f) del artículo 264.1, se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial".

Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión.

"...2 .La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo".

3.- En la presente litis la trabajadora no se encuentra en ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 267.1 de la LGSS como "situación legal de desempleo". En efecto, no se ha producido la extinción ni suspensión del contrato ni tampoco la reducción de jornada.

La actora había realizado la totalidad de su actividad laboral, es decir el 73,97 % de jornada, correspondiente a 270 días, cuando solicitó prestaciones por desempleo. No ha habido suspensión de contrato ni reducción de jornada ya que la actora realizó la totalidad de la jornada para la que había sido contratada, percibiendo la pertinente retribución, no constituyendo situación legal de desempleo el resto de jornada hasta alcanzar la jornada a tiempo completo. En efecto, si su contrato es indefinido a tiempo parcial, una vez realizado el periodo de parcialidad convenido, no se genera situación legal de desempleo. Atendiendo a lo establecido en el artículo 262.2 y 3 de la LGSS, la actora no se encuentra en situación de desempleo total ni parcial y, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede la estimación del recurso formulado.

Situación similar ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 11 de noviembre de 2020, recurso 3337/2018, en la que se declaró que no tenía derecho a percibir prestación de desempleo el jubilado a tiempo parcial que suscribe con la empresa un contrato a tiempo parcial por la parte de jornada que realiza. No tiene derecho a percibir prestación de desempleo por la parte de jornada que no realiza ya que esa parte corresponde a la jubilación parcial.

En esencia alega que cuando se trata de trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial y con períodos de trabajo concentrados en los cuales el trabajador sigue en alta en la Seguridad Social y, en esos precisos períodos de inactividad material, el trabajador mantiene su contrato de trabajo, y no lo tiene extinguido, suspendido ni reducido, la única conclusión posible es que ese trabajador no está en situación legal de desempleo.

2.- Los preceptos que resultan de aplicación son los siguientes:

Ley General de la Seguridad Social

Artículo art. 262. Objeto de la protección:

"... 2.-El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

3. El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo".

Artículo 267. Situación legal de desempleo:



"1. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando se extinga su relación laboral:

1.º En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

2.º Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.

3.º Por despido.

En el supuesto previsto en el artículo 111.1.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 269 o 277.2 de la presente ley, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados.

4.º Por extinción del contrato por causas objetivas.

5.º Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

6.º Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.

En el supuesto previsto en el artículo 147 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo anterior por finalización del último contrato temporal y la entidad gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos exigidos.

7.º Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

b) Cuando se suspenda el contrato:

1.º Por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.2 de esta ley.

2.º Por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia de género al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

c) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.3 de esta ley.

d) Durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

Las referencias a los fijos discontinuos del título III de esta ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

e) Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España.

f) Cuando, en los supuestos previstos en los párrafos e) y f) del artículo 264.1, se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial".

Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión.

"...2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo".



3.- En la presente litis la trabajadora no se encuentra en ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 267.1 de la LGSS como "situación legal de desempleo". En efecto, no se ha producido la extinción ni suspensión del contrato ni tampoco la reducción de jornada.

La actora había realizado la totalidad de su actividad laboral, es decir el 73,97 % de jornada, correspondiente a 270 días, cuando solicitó prestaciones por desempleo. No ha habido suspensión de contrato ni reducción de jornada ya que la actora realizó la totalidad de la jornada para la que había sido contratada, percibiendo la pertinente retribución, no constituyendo situación legal de desempleo el resto de jornada hasta alcanzar la jornada a tiempo completo. En efecto, si su contrato es indefinido a tiempo parcial, una vez realizado el periodo de parcialidad convenido, no se genera situación legal de desempleo. Atendiendo a lo establecido en el artículo 262.2 y 3 de la LGSS, la actora no se encuentra en situación de desempleo total ni parcial y, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede la estimación del recurso formulado.

Situación similar ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 11 de noviembre de 2020, recurso 3337/2018, en la que se declaró que no tenía derecho a percibir prestación de desempleo el jubilado a tiempo parcial que suscribe con la empresa un contrato a tiempo parcial por la parte de jornada que realiza. No tiene derecho a percibir prestación de desempleo por la parte de jornada que no realiza ya que esa parte corresponde a la jubilación parcial."

La situación de la recurrente es de trabajadora con contrato indefinido fijo a tiempo parcial(del 74%) con jornada concentrada en determinados meses siendo su protección asimilada al trabajador a tiempo completo (art. 245 LGSS) existiendo una remisión legal del art. 270.1 LGSS a la norma reglamentaria en relación con el periodo de cotización en supuestos de trabajo a tiempo parcial y la norma reglamentaria el RD 2064/95 de 22 de diciembre en su art. 65.3 señala: "Respecto de los trabajadores con contrato a tiempo parcial, que hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al período inferior de que se trate, en esos períodos de trabajo concentrado, existiendo períodos de inactividad superiores al mensual, además de permanecer en alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad y mientras no se extinga su relación laboral, subsistirá la obligación de cotizar conforme a las siguientes reglas: 1.ª La base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año, con exclusión en todo caso de los importes correspondientes a los conceptos no computables en la base de cotización a la Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de este Reglamento General y demás disposiciones complementarias.

2.ª El importe así obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de ese modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de los mismos y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los períodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo.

3.ª La base mensual de cotización, calculada conforme a las reglas anteriores, no podrá ser inferior al importe de la base mínima de cotización vigente en cada momento para los contratos de trabajo a tiempo parcial fijado en el apartado 2 de este artículo.

4.ª Si al final del ejercicio o período inferior de que se trate, el trabajador con contrato a tiempo parcial, subsistiendo su relación laboral, hubiere percibido remuneraciones por importe distinto al inicialmente considerado en ese año o período para determinar la base mensual de cotización durante el mismo, conforme a las reglas 1.ª a 3.ª anteriores, se procederá a realizar la correspondiente regularización. A tal efecto, el empresario deberá o bien practicar la correspondiente liquidación complementaria de cuotas por las diferencias en más y efectuar el pago dentro del mes de enero del año siguiente o del mes siguiente a aquel en que se extinga la relación laboral o bien solicitar, en su caso, la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas.

5.ª Asimismo, la Administración de la Seguridad Social podrá efectuar de oficio las liquidaciones de cuotas y acordar las devoluciones solicitadas que sean procedentes, en especial, en los supuestos de extinción de la relación laboral de estos trabajadores con contrato a tiempo parcial por jubilación ordinaria o anticipada, por reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, por fallecimiento o por cualquier otra causa, con la consiguiente baja en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social y cese en la obligación de cotizar."

Señala STSJ, GALICIA Social sección 1 del 17 de noviembre de 2020

Recurso: 1047/2020



"La normativa expuesta prevé la situación del actor de forma concreta y específica y ello conlleva que se mantiene en alta y cotizando y el tiempo de trabajo desempeñado acumuladamente se entiende que es tiempo cotizado prorrateado por lo que no existe situación legal de desempleo, entender lo contrario implicaría que se percibiría desempleo y salario al mismo tiempo, siendo el salario percibido -de modo anticipado por la acumulación del tiempo de trabajo- a su vez generador del derecho a las prestaciones de desempleo lo cual supone una situación de incompatibilidad del art. 282.1 LGSS. Para concluir, el contrato de la actora no es de fijo discontinuo en fecha cierta, por cuanto en dicha modalidad de trabajo la finalización de la temporada conlleva el pase a suspensión del contrato que no vuelve a reanudarse hasta la fecha prevista en el mismo como inicio de nueva temporada sin necesidad de llamamiento, en el presente caso el contrato de la actora es fijo y con jornada anual, es decir, no se suspende en ningún momento sino que la jornada anual pactada, parcial por ser inferior a la ordinaria en la empresa o sector de actividad, se concentra su ejecución en un tiempo determinado pero se mantiene en alta y con cotización como si estuviera trabajando el resto de la anualidad en que no se prestan servicios efectivos por haber sido prestados ya con anterioridad y percibida la retribución anual.

Alega infracción por inaplicación de los arts.22 y 25 del RDL 8/2020, del art 3 del RDL 9/2020 y art. 208.2 RD legislativo 1/1994 TRLGSS y 103 y 118 CE , no es aplicable la STS de 23.6.21, que resuelve un supuesto diferente

Señala la parte recurrente que la situación de la parte es distinta de la contemplada por la STS invocada por la Magistrada.

La sentencia invocada resuelve un supuesto de jornada concentrada y la única diferencia es si como consecuencia de la legislación dictada por el COVID ha variado la normativa aplicar en materia de desempleo.

RDL8/2020 regula en el ARTÍCULO 22. MEDIDAS EXCEPCIONALES EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE SUSPENSIÓN DE CONTRATOS Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR

ARTÍCULO 25. MEDIDAS EXTRAORDINARIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS REFERIDOS EN LOS ARTÍCULOS 22 Y 23.

1. En los supuestos en que la empresa decida la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo por las causas previstas en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con base en las circunstancias extraordinarias reguladas en este real decreto-ley, el Servicio Público de Empleo Estatal y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, adoptarán las siguientes medidas:

a) El reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo, regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, a las personas trabajadoras afectadas, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

b) No computar el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos.

2. Podrán acogerse a las medidas reguladas en el apartado anterior, además de las personas trabajadoras incluidas en el artículo 264 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aquellas que tengan la condición de socias trabajadoras de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo.

En todos los casos se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria hubiera sido anterior a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, y, para la medida descrita en el apartado 1.a), a la fecha de efectos del expediente de regulación temporal de empleo.

3. Las medidas previstas en el apartado 1 serán aplicables a las personas trabajadoras afectadas tanto si en el momento de la adopción de la decisión empresarial tuvieran suspendido un derecho anterior a prestación o subsidio por desempleo como si careciesen del período mínimo de ocupación cotizada para causar derecho a prestación contributiva, o no hubiesen percibido prestación por desempleo precedente.

En todo caso, se reconocerá un nuevo derecho a la prestación contributiva por desempleo, con las siguientes especialidades respecto a la cuantía y duración:

a) La base reguladora de la prestación será la resultante de computar el promedio de las bases de los últimos 180 días cotizados o, en su defecto, del período de tiempo inferior, inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, trabajados al amparo de la relación laboral afectada por las circunstancias extraordinarias que han originado directamente la suspensión del contrato o la reducción de la jornada de trabajo.



b) La duración de la prestación se extenderá hasta la finalización del período de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal de la jornada de trabajo de las que trae causa.

4. La iniciación, instrucción y resolución del procedimiento de reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo se ajustará a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria para los supuestos de suspensión temporal del contrato o de reducción temporal de la jornada derivados de causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor.

5. En el caso de las personas socias trabajadoras de cooperativas a las que se refiere el apartado 2, la acreditación de las situaciones legales de desempleo exigirá que las causas que han originado la suspensión o reducción temporal de la jornada hayan sido debidamente constatadas por la autoridad laboral competente de acuerdo con el procedimiento regulado en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

6. 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 acreditaran 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.



La actora tenía la jornada concretada en unos meses, que es el periodo de actividad, como no pudo reincorporarse a su actividad por el COVID, percibió prestación por desempleo .

En el periodo de inactividad no estamos ante suspensión del contrato de la actora o reducción de la jornada no se le suspende el contrato o reduce la jornada porque sigue en la misma situación que si no hubiera acaecido la situación de Covid.

Antes del Covid en los periodos de inactividad por tener la jornada concentrada no cobraba desempleo y con la legislación invocada como infringida tampoco tiene derecho a la prestación por desempleo en periodo de inactividad.

Por lo expuesto se desestima el motivo y el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el/la LETRADO D./Dña. ANA BELEN SANCHEZ SERRANO en nombre y representación de D./Dña. Tatiana , contra la sentencia de fecha 19/05/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Seguridad social 255/2022, seguidos a instancia de D./Dña. Tatiana frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y AIR EUROPA LINEAS AEREAS SA, en reclamación por Desempleo y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0861-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828- 0000-00-0861-22.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.