



Roj: **STSJ M 12430/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:12430**

Id Cendoj: **28079340012020101005**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2020**

Nº de Recurso: **568/2020**

Nº de Resolución: **1011/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 40, 04-06-2020 (proc. 464/2020),
STSJ M 12430/2020**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG: 28.079.00.4-2020/0018656

Recurso número: 568/2020

Sentencia número: 1011/2020

CE

Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

En la Villa de Madrid, a TREINTA DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por la/los Ilma/os. Sra/es. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 568/2020, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. JORGE CARLOS APARICO MARBAN, en nombre y representación de D^a Marí Trini , D^a María Milagros y D^a María Esther contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social número 40 de MADRID, en sus autos número 464/20, seguidos a instancia de las recurrentes, y de otra como demandados la empresa AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU y MUTUA BALEAR MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N^o 183,



en MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, 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 probados:

PRIMERO.- Las demandantes vienen prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU con la categoría profesional de tripulante de cabina de pasajeros y las siguientes condiciones laborales:

D^{ña} Marí Trini presta servicios en virtud de contrato indefinido a tiempo parcial desde el 2 de junio de 2015, indicándose en el contrato que la empresa notificará a la trabajadora con antelación mínima de un mes el inicio del periodo concreto de trabajo efectivo en el que deberá prestar servicios durante el siguiente periodo anual, siendo la jornada de 101 días naturales en cómputo anual, que se corresponde con el 27,67% de la jornada anual vigente en la empresa.

En fecha 18 de enero de 2017 se amplió el periodo efectivo de trabajo a 270 días en cómputo anual que se corresponde con el 73,97% de la jornada vigente en la empresa.

El 27 de marzo de 2020 la empresa y la trabajadora firmaron un anexo al contrato de trabajo en virtud del cual se establece que el periodo anual de actividad del contrato indefinido a tiempo parcial, se iniciará el 27 de marzo de 2020 hasta el 21 de diciembre de 2020, siendo el trabajo efectivo de 270 días en cómputo anual, que se corresponde con el 73,97% de la jornada vigente en la empresa (documento 7 de la parte actora)

D^{ña} María Milagros presta servicios en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, con un periodo de 270 días de trabajo efectivo.

En fecha 27 de marzo de 2020 la empresa y la trabajadora firmaron un anexo al contrato de trabajo en virtud del cual se establece que el periodo anual de actividad del contrato indefinido a tiempo parcial se iniciará el 27 de marzo de 2020 hasta el 21 de diciembre de 2020, siendo el trabajo efectivo de 270 días en cómputo anual, que se corresponde con el 73,97% de la jornada vigente en la empresa (documento 15 de la parte actora)

D^{ña} María Esther , presta servicios en virtud de contrato indefinido a tiempo parcial desde el 2 de junio de 2015, indicándose en el contrato que la empresa notificará a la trabajadora con antelación mínima de un mes el inicio del periodo concreto de trabajo efectivo en el que deberá prestar servicios durante el siguiente periodo anual, siendo la jornada de 101 días naturales en cómputo anual, que se corresponde con el 27,67% de la jornada anual vigente en la empresa

El 27 de marzo de 2020 la empresa y la trabajadora firmaron un anexo al contrato de trabajo en virtud del cual se establece que el periodo anual de actividad del contrato indefinido a tiempo parcial se iniciará el 27 de marzo de 2020 hasta el 21 de diciembre de 2020, siendo el trabajo efectivo de 270 días en cómputo anual, que se corresponde con el 73,97% de la jornada vigente en la empresa (documento 24 de la parte actora)

SEGUNDO.-Las demandantes tienen reconocida la prestación de riesgo por embarazo que les ha venido abonando la MUTUA BALEAR desde las siguientes fechas:

D^{ña} Marí Trini desde el 28 de febrero de 2020(documento 8 de la parte actora)

D^{ña} María Milagros desde el 11 de enero de 2020(documento 25 de la parte actora)

D^{ña} María Esther desde el 18 de febrero de 2020(documento 16 de la parte actora)

TERCERO.-Por resolución de Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social de fecha 30 de marzo de 2020 se declaró constatada la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU, en el expediente de regulación temporal de empleo nº 231/2020, como consecuencia de la aprobación y publicación del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, lo cual imposibilita temporalmente la continuación de la actividad empresarial, y se considera causa justificativa de la suspensión de contratos y reducción de jornada de un máximo del 90% de la plantilla (documento 1 de la empresa)



CUARTO.- En virtud de dicha resolución la empresa comunicó a las tres demandantes que quedaban incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo desde el 1 de abril de 2020

QUINTO.- La MUTUA BALEAR comunicó a las demandantes que a partir del 1 de abril de 2020 quedaba suspendido el derecho al devengo de la prestación económica del riesgo durante el embarazo que venían percibiendo, porque desde esa fecha tienen suspendido su contrato de trabajo debido a un expediente de regulación de empleo

Las demandantes han impugnado la resolución de la MUTUA BALEAR (documentos 10, 11, 12, 19, 20, 21, 27, 28, 29)

SEXTO.- Las demandantes vienen percibiendo la prestación por desempleo (documentos 13, 14, 22, 23, 30, 31)

SEPTIMO.- El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en fecha 17 de abril de 2020 ha remitido una circular a los Presidentes de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, indicando que en relación con la prestación de riesgo durante el embarazo en caso de ERTE con suspensión total de la actividad, procede una suspensión temporal de la prestación y no procede continuar percibiendo la prestación por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, puesto que el riesgo ha cesado, y una vez cese el ERTE como tienen que incorporarse a la actividad laboral, podrían iniciar otra vez el percibo de la prestación (documento 5 de la empresa)

OCTAVO.- La demanda ha sido presentada el 04-05-2020

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

"Desestimo la demanda interpuesta por demandantes D^{ña} Marí Trini, D^{ña} María Milagros Y D^{ña} María Esther, contra AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU y MUTUA BALEAR, absolviéndolas de las pretensiones deducidas en la demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 21 de agosto de 2020 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 14 de Octubre de 2020, señalándose el día 28 de octubre de 2020 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Revisión de los hechos probados, art. 193.b) LRJS .

El precepto procesal de cobertura no permite la revisión plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental y pericial), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados prospere.

Es así porque, como señalan las SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015), 227/2017 de 21 marzo (rec. 80/2016) el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica; la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de suplicación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al órgano de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia y



doctrina de TSJ viene exigiendo, para que el motivo prospere los siguientes requisitos, señalados por la STS de 9 de enero de 2019 para el recurso de casación y extrapolables de forma reiterada al de suplicación:

- * Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.
- * Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.
- * Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
- * Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
- * Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
- * Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
- * Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- * Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.
- * La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
- * La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
- * De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas*. Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.
- * La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente. Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar *"de manera directa y evidente la equivocación del juzgador"* pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha *"por otros elementos probatorios unidos al proceso"*.
- * No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse *"salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente"* (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas).

Desde las anteriores premisas deben analizarse las concretas peticiones de revisión fáctica formuladas.



Así en el primer motivo se postula la adición de un nuevo párrafo al hecho probado primero del siguiente tenor:

"Las actoras son trabajadoras de la empresa demandada con contrato fijo a tiempo parcial de actividad concentrada, siendo su jornada de un 73,97% de la jornada vigente en la empresa, prestando servicios efectivos durante nueve meses al año, conjornada al 100% durante esos nueve meses. En concreto, en el año 2020, la prestación efectiva de servicios se extendía desde el 27 de marzo de 2020 hasta el 21 de diciembre de 2020, por lo que en fecha 1 de abril de 2020 en que quedaron incluidas en el Expediente de Regulación Temporal de Empleo se encontraban en periodo de actividad."

Alega la parte recurrente que la realidad de lo expuesto se acredita con los mismos documentos números 7, 15 y 24 del ramo de prueba de la parte actora que se citan en el propio Hecho Probado Primero así como en los documentos 1, 2 y 3 adjuntados a la demanda referentes a las comunicaciones de 31 de marzo de 2020 de la empresa a las trabajadoras sobre su inclusión en el ERTE, lo que viene reflejado en el Hecho Probado Cuarto de la Sentencia de instancia.

Siendo así, esto es, si consta en los documentos que refleja la juzgadora en ambos hechos y en ellos se alude a los mismos, obvio es que resulta innecesaria la revisión interesada por cuanto los documentos en su integridad forman parte del hecho por la vía de la remisión. Se ha de recordar que es innecesaria la modificación propuesta a la vista de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en orden a la improcedencia de la revisión, al afirmar que "... aunque la técnica de remisión no sea procesalmente ortodoxa, lo cierto es que atribuye valor de hecho probado al contenido del documento al que se refiere, haciendo superflua -por reiterativa- su formal y expresa incorporación por el cauce revisorio; sin perjuicio -claro está- de que la integridad del texto remitido sea reproducido por la parte recurrente en sus argumentaciones" (STS 21/12/10 -rco 208/09-). De esta forma, si existe en los hechos probados "constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia" (SSTS 13/11/07 -rco 77/06 -; 05/06/13 -rco 2/12 -; 14/05/13 -rco 285/11 -; y 18/06/13 -rco 99/12 -).

En el segundo motivo se solicita la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente texto:

"Air Europa L.A. SAU ha programado vuelos en los meses de mayo y junio y para su servicio procede a desafectar del ERTE a Tripulantes de Cabina de Pasajeros (TCP), con excepción de aquellas TCP que se encuentran en situación de baja por riesgo durante el embarazo".

Señala que la realidad del hecho se deduce de los documentos 3, 5 y 6 del ramo de prueba de la parte actora. Se alega que con ello se trata de evidenciar que la actividad de la empresa no ha disminuido casi en su totalidad pues se ha mantenido la programación de vuelos como en vuelos de repatriados y de transporte de mercancías, con incremento notorio como se comprueba si se acude a la página web de la compañía aérea.

Tampoco prospera la solicitud. En primer lugar, el ERTE fue autorizado por la autoridad laboral por causa de fuerza mayor (hecho probado tercero) considerando causa justa de suspensión de los contratos. En segundo término, la situación valorada para la aprobación del indicado ERTE es la existente en el momento de su dictado en marzo de 2020 y no la que pudiera existir en mayo y junio. En consecuencia, no se aporta elemento alguno de relevancia para alterar el sentido del Fallo ni, por otro lado, se denuncia el error presuntamente cometido.

En el tercer motivo se solicita la adición de un nuevo párrafo al hecho probado séptimo con la siguiente redacción:

"El Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) ha emitido, por un lado, una Guía informando a las empresas sobre cómo solicitar las prestaciones de desempleo en nombre de los trabajadores (debido a la situación excepcional derivada del estado de alarma decretado por el Gobierno mediante el Real Decreto 463/2020 y sus sucesivas prórrogas), donde señala que se incluirán en los ERTEs: "Solo los trabajadores en activo en la fecha de la suspensión o reducción de jornada y no a los que estén en IT, maternidad, paternidad, excedencia o situaciones similares." Y por otro lado, el mismo Organismo ha emitido la Guía de recomendaciones básicas para la comunicación de moratorias, aplazamientos, ERTE s, reducciones de jornada y otros aspectos preparada por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, que, en el apartado de los ERTE, incluye en el mismo grupo a los trabajadores que se encontrasen antes del ERTE en situación de baja médica o suspensión de contrato por nacimiento o cuidado de menor, con los que estuviesen en situación de riesgo durante el embarazo o lactancia natural, destacando que se les "aplicarán las peculiaridades de cotización correspondientes a la situación de baja médica o por nacimiento y cuidado de menor hasta el momento en que finalicen dichas situaciones. A partir de ese momento se iniciará la aplicación automática de las peculiaridades de cotización derivadas del ERTE."

Con la inclusión del anterior párrafo se pretende contrarrestar el criterio mantenido por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones favorable a la tesis de la empresa y coincidente con el sostenido



por la Juzgadora de instancia. Tampoco se acoge la petición porque, en definitiva, se trata de criterios interpretativos de la Administración sin que ninguno de ellos, a la postre, tenga que ser el que judicialmente se considere acertado. Además, como en el caso anterior, no se especifica el error presuntamente cometido llevándose a cabo, por el contrario, una propuesta valorativa.

SEGUNDO: Infracciones de derecho, art. 193.c) LRJS .

En sede jurídica se alega la infracción por inaplicación o aplicación errónea del artículo 45.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, de los artículos 186 y 187 de la Ley General de la Seguridad Social y de los artículos 31.4, 35.4 y 36.2 y 4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como por vulneración de la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sección Primera, nº. 5783/2014 de 10 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5783:2014)

Sostiene la parte recurrente que los contratos de las actoras ya estaban suspendidos antes de la entrada en vigor de las medidas de suspensión acordadas por Air Europa con motivo de fuerza mayor derivada de la COVID-19. Desde su punto de vista "resulta contrario tanto a tales normas como a la lógica que un contrato que se encuentra ya suspendido por riesgo durante el embarazo pueda ser de nuevo suspendido por la aplicación de un ERTE. A tales contratos debe aplicárseles el mismo criterio que a los de los trabajadores con prestación por incapacidad temporal o de maternidad/paternidad en cuanto a su no afectación de las medidas de un ERTE mientras dure la situación de suspensión de sus contratos de trabajo".

Continúa señalando que en el Real Decreto 295/2009 no se recoge como causa expresa de extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo la inclusión en un ERTE, al considerarse exclusivamente en el artículo 35.4 las siguientes causas de extinción: "a) Suspensión del contrato de trabajo por maternidad. b) Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. c) Extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas. d) Interrupción del embarazo. e) Fallecimiento de la beneficiaria."

Añade que ni tan siquiera se recoge como causa de suspensión, de conformidad con el artículo 36.2 y 3 que señala:"2. El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido, de conformidad con lo establecido para el subsidio por incapacidad temporal en el artículo 132.1 de la Ley General de la Seguridad Social: a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio. b) Cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, salvo lo previsto en el artículo 48 de este real decreto.3. El derecho al subsidio se suspenderá durante los periodos entre temporadas para las trabajadoras fijas discontinuas, en tanto no se produzca el nuevo llamamiento.

La pretensión de las demandantes se concreta en la petición de no ser incluidas en el ERTE de suspensión de contratos por fuerza mayor aprobado por la autoridad laboral como consecuencia de la COVID-19. El argumento en que radica su solicitud se centra en señalar que el contrato ya estaba suspendido y que, por consiguiente, no puede suspenderse lo que ya lo estaba. A ello añade, como hemos visto, que la inclusión en el ERTE por fuerza mayor no está prevista como causa de extinción de la prestación de riesgo por embarazo (RE).

Para la resolución del presente procedimiento deben destacarse las siguientes circunstancias: 1) en la franja temporal afectada por el ERTE por fuerza mayor las demandantes estaban en período de actividad pues así consta en el hecho probado primero; 2) las tres demandantes tenían reconocida la prestación de RE (hecho probado segundo); 3) en esta situación de actividad suspendida percibiendo prestación por RE son incluidas en un ERTE COVID-19.

Lo que ha sucedido en este caso es que entre la situación de suspensión de los contratos por RE y el ERTE ha concurrido una situación sustancial y relevante en las circunstancias tenidas en cuenta para la suspensión: en el primer caso es el embarazo y en el segundo fuerza mayor lo que excluye que la empresa, al adoptar la inclusión de las demandantes en el ERTE actuara con abuso de derecho en fraude de ley.

Ciertamente cuando se establece el acuerdo del período anual de actividad para cada una de las trabajadoras las mismas ya tenían reconocida la prestación de RE pero ello no es óbice para que la empresa pueda tomar una decisión de suspensión de la relación contractual diferente, en este caso fuerza mayor, causa de naturaleza objetiva, con respecto a los trabajadores cuya relación está suspendida por otra causa siempre que concurren las condiciones siguientes: 1) el advenimiento de una causa distinta y sobrevenida a la tenida en cuenta para la suspensión inicial del contrato (embarazo); y 2) que la nueva causa provoque un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron la primera suspensión. Ambas concurren en el presente supuesto.

En efecto, no consta que a las trabajadoras demandantes se les haya causado perjuicio alguno en relación con el resto de trabajadores en situación de alta como consecuencia de su afectación al ERTE COVID. No existe



trato desigual porque la actividad suspendida se acomoda a lo establecido en el RD 463/2020. Y lo que es más importante, no puede haber RE si no hay actividad empresarial, luego no hay razón para continuar con el contrato suspendido por un riesgo que no existe.

Debe recordarse que la situación protegida es el *periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados*. Obviamente el riesgo ha desaparecido cuando cesa la actividad empresarial porque falta la premisa en que se sustenta: existencia de actividad empresarial pero con imposibilidad de cambiar de puesto de trabajo. De la misma forma desaparece el riesgo y se suspende el derecho al subsidio durante el período en que no existe prestación de servicios, eso es, de inactividad. La razón es obvia: si no se pueden prestar servicios no cabe estimar que existe un riesgo ligado a una actividad que no se realiza ni se puede de hecho realizar. El riesgo solo surgiría de nuevo cuando se vuelva a producir el supuesto de hecho que establece la norma: posibilidad de trabajar e imposibilidad de llevarlo a cabo en un entorno compatible con el embarazo. Esta situación puede producirse al finalizar el ERTE o por desafectación al mismo.

Como bien se dice en el escrito de impugnación empresarial *al no poderse prestar servicios no existe actividad alguna que implique un riesgo pues no tienen que incorporarse a un puesto de trabajo que conlleve el riesgo que dio lugar a la situación protegida. Una vez que finalice el ERTE o se desafecte a las trabajadoras estas podrán, en su caso, continuar de baja por riesgo durante el embarazo. (...), el riesgo durante el embarazo es una causa de suspensión del contrato de trabajo autónoma en relación a las demás causas y, en concreto, en relación a la Incapacidad Temporal a la que intenta el recurrente que se asimile, o la paternidad/maternidad, sin perjuicio de que la regulación de la prestación que cubre este riesgo hace importantes remisiones a la regulación de la prestación por Incapacidad Temporal. Pero su naturaleza jurídica son distintas pues obedecen a supuesto en los que no concurre identidad. Tal es así, que, si existe un puesto de trabajo susceptible de ser ocupado durante el proceso de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, la suspensión deja de mantenerse circunstancia esta que no es causa de alta en la Incapacidad Temporal*.

En definitiva, la actividad empresarial se configura como la premisa y presupuesto necesario del que nace la situación de RE. Por lo tanto, la inactividad determina la suspensión de la prestación por inexistencia de RE.

No ha incurrido de esta forma la sentencia en ninguna de las infracciones denunciadas por lo que se confirma previa desestimación del recurso.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado contra la sentencia de instancia que se confirma en su integridad. 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000056820.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJUNOS