



Roj: **STSJ M 13943/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:13943**

Id Cendoj: **28079340062023100830**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/12/2023**

Nº de Recurso: **317/2023**

Nº de Resolución: **845/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA OFELIA RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

ROLLO Nº : 317/23

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPLICACIÓN

MATERIA: DESEMPLEO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL Nº 35 de MADRID

Autos de Origen: 1157/2022

RECURRENTE/S: DOÑA Felicísima

RECURRIDO/S: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a trece de diciembre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos/as. Sres/as. **D. JOSE MANUEL YUSTE MORENO, PRESIDENTE** , **DÑA. OFELIA RUIZ PONTONES** y **DÑA. Mª ISABEL SAIZ ARESES**, Magistrados/as, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 845

En el recurso de suplicación nº 317/23 interpuesto por la Letrada DOÑA ANA BELÉN SÁNCHEZ SERRANO, en nombre y representación de **DOÑA Felicísima** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de los de MADRID, de fecha 14 DE FEBRERO DE 2023, ha sido Ponente la Ilma. **Dña. OFELIA RUIZ PONTONES**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 1157/2022 del Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid, se presentó demanda por DOÑA Felicísima contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en reclamación de DESEMPLEO, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en 14 DE FEBRERO DE 2023, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:



" Desestimo la demanda interpuesta por doña Felicísima contra el Servicio Público de Empleo Estatal y absuelvo a este de las pretensiones contenidas en la demanda."

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- Doña Felicísima viene prestando sus servicios para AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS SAU y con la categoría de Tripulante de Cabina de Pasajeros (hecho no controvertido).

SEGUNDO.- El vínculo que une a las partes es de naturaleza indefinida a tiempo parcial. La actora desarrolla una jornada del 74 % de la jornada a tiempo completo que se acumula en los siguientes períodos (documento n° 5 de los aportados junto con la demanda):

- Año 2019: 01 de julio de 2019 a 26 de marzo de 2020.
- Año 2020: 02 de junio de 2020 a 26 de febrero de 2021.
- Año 2021: 05 de septiembre de 2021 a 1 de junio de 2022.

Durante los períodos de inactividad la empresa cotiza por la trabajadora y la mantiene en alta (no controvertido).

TERCERO.- La empresa solicitó **ERTE** por fuerza mayor el 13 de marzo de 2020, que le fue concedido por Resolución de 1 de abril de 2020, remitiendo al SEPE solicitud colectiva de prestaciones por desempleo en la que aparecía incluida la demandante. Se empleó el modelo de fijos discontinuos.

CUARTO.- En el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2020 y el 31 de marzo de 2022 la actora estuvo afectada por el **ERTE** por fuerza mayor durante un total de 339 días (folios 1, 2 y 66 a 90 del expediente administrativo).

QUINTO.- Por resolución del SEPE de 16 de abril de 2021 se reconoció a la actora una prestación extraordinaria para fijos discontinuos por el periodo comprendido entre el 27 de febrero y el 2 de junio de 2021 (folio 3 del expediente administrativo).

SEXTO.- Mediante comunicación de 14 de junio de 2022 se puso en conocimiento de la trabajadora una propuesta de revocación de prestaciones indebidas (folio 29 del expediente). Por resolución de 14 de septiembre de 2022 se acuerda la revocación de prestaciones declarando como percepción indebida la de 2.800,96 € en el periodo comprendido entre el 2 de junio de 2020 y el 30 de octubre de 2021 (folios 46 y 47 del expediente administrativo).

SÉPTIMO.- Por Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2021 dictada en autos de conflicto Colectivo se declaró la nulidad de la decisión empresarial de excluir de la relación de trabajadores afectados por el **ERTE** por fuerza Mayor autorizado por la Dirección General de Trabajo por Resolución de 1 de abril de 2020, a los TCP contratados a tiempo parcial con jornada concentrada, que a 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 **ERTE** con efectos de 1 de abril de 2020 y hasta finales de su vigencia. Se condenaba a AIR EUROPA LINEAS AEREAS SAU a que se diese cumplimiento a las medidas para agilizar la tramitación y abono de las prestaciones por desempleo establecidas en el art. 3 del RD Ley 9/2020 (no controvertido y folios 32 a 45 del expediente).

OCTAVO.- Por resolución de 21 de septiembre de 2022 se reconoció a la demandante prestación por desempleo por el periodo de 1 de abril a 30 de septiembre de 2022 (folio 49 del expediente).

NOVENO.- Se ha agotado la vía previa administrativa."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 2.11.23.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante presentó demanda solicitando la revocación de la resolución del Servicio Público de Empleo de 2/11/22 que reclamaba: 1) la devolución de 2.800.96 euros y 2) solicita se declare el derecho a percibir prestaciones por desempleo por la suspensión del contrato por aplicación del **ERTE** por fuerza mayor derivado de Covid-19 entre 2 de junio de 2020 a 26 de febrero de 2021 y entre 5 septiembre de 2021 y 30 de octubre de 2021 y 3) también entre 1 de abril y 1 de junio de 2020 y desde 27 febrero a 4 septiembre de 2021.

La demanda fue desestimada.



SEGUNDO.- Formaliza recurso la parte demandante y la parte demandada alega que no cabe recurso al reclamarse menos de 3000 euros.

En el supuesto de autos procede recurso de suplicación porque si bien es cierto que la cuantía que reclama como devolución el SEPE no alcanza la cuantía de 3000 euros, también se reclama el derecho a percibir prestaciones desempleo durante los periodos que señala en el suplico de la demanda y al solicitarse el reconocimiento de una prestación si puede formularse recurso de suplicación.

TERCERO.- Formaliza recurso de suplicación la parte demandante al amparo del art. 193 a) LRJS solicitando nulidad de actuaciones y reposición de las mismas al momento de dictar sentencia, alegando infracción del art.97.2 LRJS y 218 LEC en relación con el art. 24 CE. Alega que durante el periodo de inactividad se le debía reconocer la prestación por desempleo derivado de un **ERTE** por fuerza mayor por Covid aplicado por la empresa desde 1 de abril de 2020., en virtud de la sentencia de la Audiencia Nacional. Señala que la resolución del Servicio Publico no desglosa los conceptos, periodos y cantidad reclamada y es imposible calcular de donde sale la cantidad reclamada. Se le anunció la regularización durante el periodo de actividad sin limitación de parcialidad y además se reclama por el SEPE cobros indebidos de periodo de tiempo en los que estuvo en actividad y por tanto tenía derecho a la prestación. La sentencia no se pronuncia sobre la peticiones 2 y 3 del suplico de la demanda. Se opone a la nulidad el Servicio Publico porque la demandante sabe a través de los ingresos recibidos la cuantía percibida y se le dijo que solo se abonaban los pedidos de actividad.

Los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su labor de juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE), deben dictar sus resoluciones definitivas observando estrictamente el principio de congruencia; deben resolver toda y cada una de las cuestiones que le son planteadas, y solo las que le son planteadas. La resolución debe ser motivada ya que como ha dispuesto la STCo, Sala 2ª, de 12/01/2009, nº 9/2009, recurso nº 1218/2006:

" La reciente STC 44/2008, de 10 de marzo , FJ 2, recoge una vez más la doctrina de este Tribunal en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el dictado de una resolución judicial incongruente: "La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestad en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo ; 114/2003, de 16 de junio ; ó 174/2004, de 18 de octubre ; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio , que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium".

Y en concreto, a los efectos que a este amparo interesan, recuerda dicha resolución que hemos establecido que la incongruencia omisiva o ex silentio se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales>>.

En el caso enjuiciado el juez analiza los hechos que considera trascendentes para la resolución de la controversia y, si algunos de ellos han quedado acreditados y no analizados, puede solicitar lo que considere procedente a través de la vía del apartado c) del artículo 191 de la LPL, sin que la decisión del Juez le cause indefensión.

Se desestima la nulidad.

CUARTO.- Al amparo del art. 193 c) LRJS alegan la infracción de los arts. 22 y 25 del RDL 8/2020, del art. 3 del RDL 9/2020 y art 267.1.b. 1º Real decreto legislativo 8/2015 y arts. 103 y 118 CE

Alega que se puede estar en desempleo por la aplicación de un **ERTE** suspensivo como el que se aplicó a la empresa entre 1 de abril de 2020 y 31 de marzo de 2022. Invoca la Sentencia de la Audiencia Nacional que



señala que debía ser incluida en el **ERTE** derivado del Covid-19 y al estar incluido en el **ERTE** a tenor del art. 267.1.b) LGSS está en situación de desempleo.

El Servicio Público de Empleo impugna el motivo, se reclama prestaciones de desempleo en periodos que estaban previstos como inactividad, la jornada es concretada en 270 días al año y no trabaja 90 días y la retribución por los periodos de actividad pero prorrateada todo el año. En los periodos de inactividad y que se le incluye en el **ERTE** no se encuentra en situación legal de desempleo porque su contrato no está suspendido ni extinguido ni reducido porque ya ha realizado la jornada anual y no ha dejado de percibir el salario.

QUINTO.- La sección segunda de esta Sala se ha pronunciado respecto de la cuestión planteada en sentencia número 642/2023 de 29 de junio, recurso de suplicación número 380/2022, y STSJ, Social 04 de octubre de 2023 Sentencia: 827/2023 Recurso: 434/2023 en un supuesto similar en los siguientes términos:

"TERCERO.- La sentencia de instancia efectivamente desestima la demanda sobre la base de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2021 , que se reitera por la de 22-03-2023, nº 219/2023, rec. 2586/2020 , y se ha aplicado en la sentencia de esta misma Sala, de la sección 3ª de 20-12-2022, nº 1101/2022, rec. 861/2022 , que se reitera en la dictada en el rec. 95/2023, relativa igualmente a TCP de la empresa AIR EUROPA con contrato a tiempo parcial con jornada concentrada, si bien es lo cierto que en estas sentencias se está tomando en consideración la situación ordinaria de estos trabajadores, es decir mientras sus contratos están plenamente en activo realizando las horas de trabajo que tienen establecidas, y teniendo en cuenta que la empresa abona las cotizaciones prorrateadas durante todo el año, de tal manera que concluye que "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."

Y, ciertamente el Tribunal Supremo toma en consideración esa situación mientras el trabajador presta sus servicios durante todas las horas que anualmente se corresponden con el porcentaje de la jornada pactado, haciéndolo en jornada concentrada durante determinados periodos de actividad, permaneciendo otros sin actividad, estando el contrato vigente durante todo el año y cotizando la empresa a la seguridad social los doce meses, en el porcentaje prorrateado que corresponde a la jornada parcial establecida, por lo que, se concluye que no hay desempleo durante aquellos periodos en los que no presta sus servicios, que se compensan con los de actividad hasta completar las horas contratadas.

Así, el Alto Tribunal, diferencia en sus sentencias la situación de un trabajador fijo discontinuo que solo está de alta en seguridad social mientras presta sus servicios efectivos y la correspondiente a un trabajador con contrato a tiempo parcial con jornada concentrada, que sí está de alta durante todo el año, de manera que, mientras aquél si tiene derecho a desempleo en los periodos en los que no trabaja, considera que éste realmente no deja de trabajar en ningún momento, porque lo que hace es concentrar su jornada en determinados periodos manteniendo vigente su contrato en aquellos en los que permanece inactivo compensando el exceso de horas realizado en los de actividad, porque, si no hubiera tal concentración, lo cierto es que el trabajador debería prestar sus servicios durante todo el año sin interrupción.

Pero esta doctrina no es aplicable a supuestos como el que se contempla en esta litis que, como afirma con razón la recurrente, es bien distinto, porque estamos ante una situación excepcional, que es la debida a la pandemia ocasionada por el COVID-19, que ha dado lugar a la adopción de medidas igualmente excepcionales para proteger a las empresas y a los trabajadores por el cese de actividad forzado por la situación sanitaria, entre las cuales se propició la tramitación de los ERTes amparados por la normativa generada al efecto, que es la que sí se contempla en la sentencia de la Audiencia Nacional de 15-07-2021, nº 171/2021, rec. 4/2021 por la que se condenó a la empresa a incluir a todos los trabajadores con jornada concentrada en los ERTes, estuvieran o no en periodo de actividad a su inicio.

CUARTO.- *Concurre pues en esta caso el hecho indiscutible de que la trabajadora, al igual que los demás TCP de la empresa, con contrato a tiempo parcial con jornada concentrada, permanece de alta en la seguridad social durante todo el año, independientemente de la distribución de la jornada que se establezca, cotizando la empresa por ella durante los doce meses del año, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 65.3 del RD 2064/95 de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social:*

"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 periodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al período inferior de que se trate, en esos periodos de trabajo concentrado, existiendo periodos 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."

Así pues, vemos que la Seguridad Social considera que estos trabajadores son continuos, a diferencia de los fijos discontinuos, y establece su alta en seguridad social tomando en consideración su jornada parcial anual, prorrateada en las doce mensualidades, sin que afecte a ello la forma en la que se preste el servicio, siendo indiferente a los efectos de alta y protección social el que lo hagan de forma concentrada o no, y ello se corrobora por lo que el mismo artículo establece en su apartado 4:

"Durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la base diaria de cotización será la base reguladora diaria de la correspondiente prestación. En las situaciones de incapacidad temporal y de maternidad en las que no se haya causado derecho al respectivo subsidio, la base diaria de cotización se calculará, asimismo, en función de la base reguladora diaria de la prestación que hubiera correspondido, de haberse causado derecho a la misma.

Esta base de cotización se aplicará durante todos los días naturales en que el trabajador permanezca en alguna de las situaciones antes indicadas."

De manera que se toma en consideración, como no puede ser de otra forma, la base reguladora diaria correspondiente a las cotizaciones prorrateadas.

QUINTO.- El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, dispone en su artículo 25, lo siguiente:

"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."

Precepto que expande la prestación por desempleo de forma notable, a todas las situaciones que contempla que, en supuestos ordinarios, no tendrían acceso a la prestación, debiéndose tener en cuenta que la actora, como hemos repetido, no es una trabajadora fija discontinua ni tampoco realiza trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, no estando incluida en las previsiones que respecto a estos trabajadores efectúa la norma, que claramente alude a los periodos no trabajados por éstos como periodos en situación de desempleo, lo que no acontece en el caso de la actora, como ha apreciado el Tribunal Supremo y resulta de su alta continua en seguridad social.

SEXO.- Así, la citada sentencia de la Audiencia Nacional, que examina el supuesto que nos ocupa, esto es la inclusión o no en el **ERTE** COVID de los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada durante los periodos de inactividad, tiene en cuenta la citada norma y las medidas legales adoptadas como consecuencia de la pandemia, y razona lo siguiente:

"Y en su apartado 4 vincula el reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, cuya competencia corresponde al SEPE, a seguir el procedimiento administrativo establecido para su reconocimiento, procedimiento que debe tener en consideración lo indicado en el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, cuando señala:

Artículo 3. Medidas extraordinarias de desarrollo del artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo , de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, para agilizar la tramitación y abono de prestaciones por desempleo.

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.

SEXTO. - De todo ello se llega a la conclusión de que efectivamente los TCP a tiempo parcial con jornada concentrada que a la fecha del **ERTE** no estaban prestando servicios efectivos, pero se mantenían de alta en Seguridad Social y por ellos se cotizaba por el empresario, tenían derecho a ser incluidos en el **ERTE** y a que se cumpliera por el empresario con lo previsto en el art. 3 del RD Ley 3/2020.

En consecuencia, procede la estimación parcial, en los términos que se indican en el fallo de las pretensiones del siguiente modo:

- Debemos declarar 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

- Debemos condenar 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.

(...)

La pretensión contenida en el apartado 5º de la demanda va incorporada en el fallo al hacerse extensivo el derecho 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."

SÉPTIMO.- Y, en cumplimiento de esta sentencia que devino firme, la empresa procedió a incluir a la actora en el **ERTE** COVID y ésta a percibir las prestaciones por desempleo hasta que por el SEPE se dicta la resolución que aquí se impugna de 13 de junio de 2021, que inicia procedimiento de revisión de acto administrativo con propuesta de revocación de las prestaciones correspondientes al periodo 22 de diciembre de 2020 a 30 de diciembre de 2020, con suspensión cautelar del derecho por considerar que se trata de un periodo de actividad, a partir de la cual la actora ha dejado de percibir la prestación durante los periodos de inactividad.

La motivación de dicha resolución es ciertamente confusa, ya que se refiere a la revocación de prestaciones extraordinarias COVID19 de fijos discontinuos en periodo de inactividad, para luego decir que la actora no es fija discontinua y, ciertamente no lo es, pero como hemos visto, se trata de situaciones no comparables.

Lo que aquí hemos de tener en cuenta es lo siguiente:

1º) La actora es una trabajadora a tiempo parcial que, conforme a la normativa expuesta ha de permanecer de alta en seguridad social durante todo el año, teniendo la empresa que cotizar por ella las doce mensualidades sobre la base del salario anual prorrateado.

2º) Por tanto se consideran cotizados los 365 días del año siendo irrelevante a efectos de la acción protectora de la seguridad social la forma en la que el trabajador preste sus servicios, es decir, la distribución de la jornada que pueda hacerse a lo largo del año, siendo indiferente que se reduzca la jornada diaria o que se concentre, como en este caso, en determinados periodos de actividad y de inactividad.



3º) Y siendo esto así y habiéndose suspendido el contrato de la trabajadora como consecuencia del **ERTE COVID**, han de tenerse en cuenta los días naturales en que el mismo estuvo suspendido independientemente de lo que hubiera acontecido de no haberse suspendido por la pandemia, porque la cadencia de la actividad es absolutamente ajena a la seguridad social, para la que está permanentemente de alta.

4º) De no considerarse que el contrato de la actora quedó suspendido por el **ERTE COVID** durante todo el periodo de duración del mismo, independientemente de los periodos de actividad que hubiera tenidos programados, se discriminaría a la misma por la forma de distribución de su jornada, haciéndola de peor condición que a cualquier trabajador a tiempo parcial que prestara sus servicios todos los días y no concentrara su jornada, porque es claro que al estar prorrateadas sus cotizaciones, su base reguladora diaria es la que resulta de dividir el salario entre 365 días, aportando a la seguridad social lo mismo que aquel trabajador sin jornada concentrada, por lo que las prestaciones de ambos tienen que ser idénticas y así lo reconoce la normativa expuesta, al haberse generado con esta base reguladora computada con carácter anual por las horas trabajadas, obviamente inferior a la que resultaría de cotizar exclusivamente durante los periodos trabajados por el 100% del salario, en cuyo caso si procedería excluir de la prestación los no trabajados.

SEXTO.- Procede reconocer el derecho al percibo de las prestaciones por desempleo por estar incluida en el **ERTE Covid** y durante los periodos que esté incluido en el mismo, sean o no periodos de actividad.

Este supuesto es distinto del contemplado para situaciones de jornada concretadas, en periodos de normalidad, en los que el TS ha señalado que no se tiene derecho a prestaciones por desempleo en periodos de inactividad.

Pero la situación actual deriva de la excepcionalidad contemplada para la situación Covid, que por el hecho de estar incluido en un **ERTE COVID** devengas las prestaciones por desempleo.

SEPTIMO.- Se ha dictado resolución revocando las prestaciones por desempleo que le fueron reconocidas como trabajadora fija discontinua. Y la recurrente señala que no está motivada y no explica la resolución porque se reclama una cantidad.

La trabajadora no puede percibir prestaciones como fija discontinua, porque no tiene este carácter.

Es ajustado a derecho que se proceda a la revocación de estas prestaciones porque la actora no tiene la condición de fijo discontinuo y sí fijo con jornada concretada.

Ahora bien en la resolución que se acuerda la revocación de las prestaciones por desempleo concedidas como fija discontinua, se dice que procede la revocación de estas prestaciones y que son indebidas señalando que la cantidad indebidamente percibida es de 2800,96 euros y que corresponde al periodo 2.6.2020 a 30.10.21 y en el folio 29/148 del expediente administrativo se dice que corresponde a periodos de inactividad.

Con la resolución dictada no podemos saber a qué meses concretos corresponde la cantidad porque con la cuantía que se le reconoció inicialmente no puede corresponder a todo el periodo que señala la resolución, y tampoco se aclara a qué meses concretos de inactividad podía corresponder. Por ello procede revocar en parte la resolución dictada por el Servicio Público de Empleo.

En la resolución resolviendo la reclamación previa, que se ha desestimado, se señala que previamente se ha regularizado la prestación extraordinaria por **ERTE COVID 19** en los periodos que la empresa ha comunicado tiene afectado al **ERTE** de forma que no esté limitada por la parcialidad de su contrato, reconociendo el derecho con una media ponderada de parcialidad al 100%,

De estas resoluciones del Servicio Publico no podemos saber si la regularización es o no correcta porque debe constar a qué periodo de tiempo concreto corresponde y la cantidad percibida cada mes como fija discontinua y los meses concretos que se han regularizados y la cantidad concreta que debía percibir por prestación **ERTE COVID**, por ello se revoca en este sentido la resolución del Servicio Público.

Teniendo en cuenta que la actora tiene derecho al percibo de la prestación por desempleo por estar incluido en el **ERTE Covid** tanto en periodo de inactividad como de actividad, con la base reguladora y porcentajes que corresponda.

OCTAVO.- No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS sólo prevé esta medida respecto a la parte recurrente que resulte vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por **DOÑA Felicísima** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de los de MADRID, de fecha 14 DE FEBRERO DE 2023, en reclamación de DESEMPLEO, se revoca en parte la resolución del Servicio Público de Empleo de 14/09/2022 y se mantiene que es indebida la percepción de las prestaciones que le hubieran abonado como si fuera trabajadora fija discontinua. Se declara que la actora tiene que devolver las prestaciones que hubiera percibido por desempleo como trabajador fijo discontinuo porque no tiene esta condición.

Se declara el derecho de la parte demandante al percibo de las prestaciones por desempleo en el periodo que ha estado incluido en el **ERTE COVID**. Y se condena al Servicio Público a su abono.

El SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO puede compensar las cantidades que ha percibido la trabajadora por desempleo como fijo discontinuo con prestaciones que tiene derecho por estar incluido en el **ERTE COVID** y para ello notificará a la demandante la cantidad percibida por desempleo, desglosada por meses, lo percibido indebidamente como fija discontinua y la cantidad que ha compensado por prestaciones COVID **ERTE** desglosada por meses. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, 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 resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 031723 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 031723), 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.).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta 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.