nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El tiempo en suspensión por ERTE COVID no computa como cotizado a efectos de nueva prestación por desempleo. Comentario a la STS 980/2023, de 16 de noviembre

The time on temporary lay-off due to the COVID furlough does not count as a contribution for the purposes of new unemployment benefit. Commentary on Supreme Court Ruling 980/2023 of 16 November

Diego Velasco Fernández *Investigador colaborador del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

Cita Sugerida: VELASCO FERNÁNDEZ, D.: «El tiempo en suspensión por ERTE COVID no computa como cotizado a efectos de nueva prestación por desempleo. Comentario a la STS 980/2023, de 16 de noviembre». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 205-217.

Resumen

La pandemia del COVID-19 originó un enjambre normativo en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los expedientes de regulación de empleo (ERTE) se erigieron como una de las principales medidas para paliar los efectos del estancamiento económico. Se desarrollaron mediante normativa extraordinaria que aún tiene efectos en la actualidad. Para sostener a los trabajadores en ERTE por causas COVID se desplegó la prestación por desempleo. Una cuestión hasta ahora no resuelta es si el periodo en el que los trabajadores percibieron la prestación por desempleo debido a estar sujetos a un ERTE COVID computa como cotizado a efectos de generar futuras prestaciones de desempleo. La STS 980/2023, de 16 de noviembre resuelve esta cuestión en casación entendiendo que no. El tribunal sigue la doctrina del "periodo de ocupación cotizada". Para que se cause derecho a la prestación por desempleo se debe haber realizado prestación efectiva de trabajo. No cabe equiparar el periodo de suspensión ERTE COVID a efectivamente trabajado, sino a cotizado para otros efectos.

Palabras clave

Prestación por desempleo; COVID-19; ERTE; Expediente de Regulación de Empleo; Suspensión de contrato; Cotización; Cómputo días cotizados; duración de la prestación de desempleo

Abstract

The COVID-19 pandemic led to a regulatory quagmire in the field of Employment Law and Social Security. Furloughs were one of the main measures to alleviate the effects of economic stagnation. They were developed through extraordinary regulations that still have effects today. To support workers on furlough due to the COVID pandemic, the unemployment benefit was deployed. A hitherto unresolved question is whether the period in which workers received unemployment benefit due to COVID-related furlough counts as a contribution for future unemployment benefits. Supreme Court Ruling 980/2023 of 16 November resolved this question in cassation on the understanding that it does not. The court followed the legal principle of the "period of qualifying employment". In order to be entitled to unemployment benefit, the employee must have physically worked. The lay-off period due to COVID-related furlough cannot be compared to a period in which the employee has actually worked, but should be considered as [Social Security] 'contribution for other purposes'.

Keywords

Unemployment benefit; COVID-19; furlough; lay-off; Contribution; calculation of contributed days; duration of unemployment benefit

Fecha Recepción: 9/2/2024 - Fecha Revisión: 26/2/2024 - Fecha Aceptación: 27/2/2024
Pags. 205-217

1. INTRODUCCIÓN. DESEMPLEO, ERTE Y COVID-19

La vorágine normativa ocasionada para paliar los efectos económicos, sociales y laborales de la pandemia del COVID-19 durante 2020 aún sigue generando problemas de interpretación que deben ser resueltos por la doctrina jurisprudencial.

Durante los meses de confinamiento, el tejido empresarial español y de gran parte del mundo, se vio forzado a una súbita interrupción productiva. Esto conllevó fuertes tensiones en las cadenas de distribución y las economías de las empresas[1]. También implicó fuertes cambios para el día a día de los trabajadores y en la organización empresarial. La crisis sanitaria ha tenido un impacto significativo tanto en la salud laboral con el implemento de medidas de evaluación de riesgo, como en la flexibilidad laboral con la consolidación del teletrabajo y las nuevas regulaciones horarias en determinados sectores[2].

Las medidas adoptadas en el contexto laboral estuvieron dirigidas a evitar la destrucción del empleo y a establecer un sistema de prestaciones económicas que permitieran compensar la pérdida salarial de aquellos que se vieron impedidos de trabajar debido a las restricciones. Este fue el gran reto del sistema de Seguridad Social; conseguir mantenerse como el sostén suficiente para los trabajadores ante una crisis sin precedentes para él. La urgencia de las medidas adoptadas en este contexto forzó la coordinación no sólo de las administraciones[3], sino también de organizaciones sindicales y empresariales, así como necesitó de la complacencia del apoyo público, aunque es cierto que el papel de la negociación colectiva y el ejercicio de las facultades de consulta quedó en segundo plano[4].

Una de las medidas que se tomaron para paliar los efectos perniciosos de la interrupción económica fue la potenciación de los expedientes de regulación temporales de empleo (ERTE) para suspender las relaciones de trabajo de forma colectiva. Ahora bien, el régimen general de la suspensión del contrato tuvo que ser alterado para facilitar a las empresas y a los trabajadores la salvaguarda de sus derechos en unas circunstancias excepcionales como las que acontecieron. En este contexto se promulgaron:

— Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

— Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo

[1] Para profundizar al respecto *vid.* Morales-Arce Macías, R. "COVID 19: Impacto socioeconómico" en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Volumen 6, número 1 – 2021, páginas 91 y ss.

[2] Vallecillo Gámez, "El impacto de la COVID sobre las relaciones de empleo y trabajo", en *Anuario de trabajo y relaciones laborales,* 2021, vol.7, pp. 90

[3] Al respecto del modelo de gobernanza compartida para hacer frente a los retos de la pandemia en el que se buscó la socialización de los riesgos *Vid.* Mercader Ugina, J.R. "Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos" Labos, Vol. 1, Nº. 2, p. 14; Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº Extra 2, 2021, págs. 342 a 345.*

[4] Cruz Villalón, J. "Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID 19 en España" en *IUS ET VERITAS* Nº 61, diciembre 2020 p. 245; Para conocer cómo se afrontó cronológicamente la protección social durante la pandemia se recomienda consultar el análisis de Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020).

Ambos con el propósito de *"proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad"*[5] y *"defender el empleo y garantizar la viabilidad futura de las empresas"*[6].

Las medidas que se implementaron en materia de desempleo proyectaban consecuencias para los años venideros. Para los trabajadores en ERTE-COVID se previó que pudieran recibir la prestación por desempleo, rebajando exigencias tradicionales como el principio de contributividad. No obstante, nada se estableció en las normas referidas al respecto de si deben considerarse los periodos en suspensión contractual en ERTE-COVID para el cómputo de nuevas prestaciones por desempleo. En esta disertación se analiza la STS 980/2023, de 16 de noviembre, en la cual, la doctrina jurisprudencial da respuesta a esta cuestión.

2. SUPUESTO DE HECHO

Doña Ascensión lleva trabajando en una empresa desde el 18 de octubre de 2003. El 20 de marzo de 2020, la empresa la incluye en un ERTE por fuerza mayor a consecuencia del COVID 19. Tras encadenar varias suspensiones contractuales, la empresa finalmente ejecuta despido colectivo el día 15 de junio de 2021 en el que incluye a Doña Ascensión. A continuación, Doña Ascensión solicita al SEPE prestación contributiva por desempleo. Se le concede con resolución de 29 de junio de 2021 en la que se especifica que tiene derecho a 660 días de prestación.

No conforme, Doña Ascensión interpone reclamación al entender que le correspondían 720 días por la cotización de los 19 años. El SEPE desestima la reclamación justificando que los periodos en suspensión contractual no computan para el abono de futuras prestaciones por desempleo según lo dispuesto en el artículo 269 LGSS.

Doña Ascensión acude a la vía jurisdiccional. El juzgado de los Social nº 6 de Madrid desestima sus pretensiones en sentencia de 11 de febrero de 2022. Hace lo propio el TSJ de Madrid tras recurso de suplicación en sentencia de 16 de septiembre de 2022. Por lo que finalmente se acude, mediante recurso de casación al Tribunal Supremo.

3. EL DOBLE ESCENARIO DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO COTIZADO A EFECTOS DE DESEMPLEO ANTE LAS SUSPENSIONES POR ERTE.

La cuestión que nos ocupa, por lo tanto, es si el periodo de percepción de prestación por desempleo como consecuencia de una suspensión del contrato de trabajo en ERTE por fuerza mayor por COVID computa como cotizado a efectos de recibir una nueva prestación de desempleo.

Se debe tener en cuenta que la regulación del cómputo del tiempo de desempleo durante una suspensión contractual por ERTE ha vivido dos escenarios en los últimos años a raíz de la normativa COVID.

El primer escenario, el previsto en la legislación anterior a la pandemia, como sabemos, ya preveía la existencia del ERTE. Se concibieron como un instrumento de flexibilidad a través de la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o bien de fuerza mayor y con carácter coyuntural. En este escenario, el artículo 269

[5] Exposición de motivos 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

[6] Exposición de motivos del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo

LGSS, sobre la duración de la prestación por desempleo, resolvía la problemática del cómputo de la cotización entendiendo que no computa la cotización durante esta suspensión contractual a efectos de futuras prestaciones por desempleo[7].

Este artículo titulado *"Duración de la prestación por desempleo"* desarrolla en su primer apartado la escala aplicable para saber la duración por desempleo que pertenece al trabajador en función de los periodos de cotización realizados. Se computan los seis años anteriores al inicio de la situación legal de desempleo o desde el momento en que cesó la obligación de cotizar.

En su apartado segundo se establece que:

> "*A efectos de determinación del período de ocupación cotizada a que se refiere el apartado anterior, se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial.*
> *No obstante, no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
> *[...]*
> *No se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tal como establece el artículo 165.5 de esta ley."*

Dicho de otra manera, según esta regulación original para el cómputo de la prestación por desempleo:

— No se tendrán en cuenta cotizaciones ya computadas para el reconocimiento de un derecho anterior (Por ejemplo, si ese tiempo computó para una anterior prestación por desempleo, no puede volver a computar).

— No pueden computarse las cotizaciones que realice la entidad gestora o la empresa durante el tiempo correspondiente al abono de la prestación.

— La única excepción a estas reglas es el de las prestaciones reconocidas en virtud de la suspensión de la relación laboral por causa de violencia de género.

Un segundo escenario surge a raíz de la pandemia. La figura del ERTE se dinamizó para hacer frente a la reducción productiva de la actividad derivada del confinamiento[8]. En este contexto se promulga 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. En los artículos 22 y 23 de este RD-ley se recoge la figura de los ERTE-COVID, referidos tanto a los que se generaron por fuerza mayor como por circunstancias ETOP[9].

[7] Gil Plana, J. "Situación legal de desempleo" en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* Nº 139, 2019, p.21

[8] Blázquez Agudo, E. M. "La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral COVID" en *Trabajo y Derecho*. *La Ley*, Wolters Kluwer, Nº 89, mayo 2022, p. 1

[9] Rodríguez Hernández, J. "ERTE-COVID y situación legal de desempleo: una normativa que requiere ser integrada e interpretada" en Diario La Ley, Nº 10036, 24 de marzo de 2022, p.1

Para esta modalidad específica de ERTE se exoneró la obligación de cotizar al empresario a cambio de, entre otras medidas, comprometerse a la salvaguarda del empleo[10]. Así se dispuso en los artículos 24 y 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. En ellos se configuraron una serie de particularidades al respecto de la cotización y la prestación por desempleo y en relación con los ERTE COVID.

El artículo 24 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, estableció que en los ERTE COVID se *"exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 [LGSS], así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020 […]"*. Siendo esta regla aplicable a empresas con un número de trabajadores mínimo requerido en dicho artículo. Ahora bien, a continuación, se precisa en su apartado segundo: "*Dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el apartado 1 del artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social."*.

El artículo 25 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, añadió dos medidas al respecto en los supuestos de ERTE COVID:

a) El reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo 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. (Este es el llamado *"contador cero"*[11]).

En resumen, estas medidas suponen la eliminación del periodo de carencia exigible y del cómputo del tiempo que se perciba la prestación para períodos futuros, a efectos de máximos. Esto fue el inicio de la acción protectora excepcional durante la pandemia. Implica la protección del beneficiario aún sin el periodo de cotización mínimo de 12 meses, lo que conllevó una quiebra del principio de contributividad. Requisito que incluso es preceptivo en el nivel asistencial de desempleo, pensado para salvaguardar aquellas situaciones de carencias de rentas extremas[12]. Por otro lado, no computar el tiempo de prestación consumido durante el COVID implica una mayor garantía para recibir la prestación por desempleo en el futuro, ya que no se considerarán dichos meses como consumidos[13]. Se debe advertir la diferencia entre esta medida y la cuestión que aborda la sentencia que estudiamos. La medida que prevé el artículo 25 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, es que

[10] *"las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad"*. (D.A. 6º Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Sobre esta medida de cómo se aplicó la exención de cotizar en los ERTES *vid.* Trillo García, A. R. "Seguridad Social y COVID-19" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020), págs. 87 a 98.

[11] Rodríguez-Piñero Royo, M.C. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral" en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1* (2020) págs.103 a 106

[12] *Cfr.* Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* Nº Extra 2, 2021, pág. 349

[13] Como recuerda *Op. Cit.* Valdeolivas García, Y. (2021) pág. 349, estas medidas no fueron aplicadas por primera vez durante la pandemia. Si bien durante el COVID vivieron un uso mucho más intenso, tras la crisis económica de 2008, en el art. 3 Ley 27/2009, se contempló el derecho de reposición de la duración de la prestación por desempleo contributivo por el mismo número de días de percepción del desempleo total o parcial, si bien con un límite máximo

la prestación por desempleo que se reciba durante COVID-ERTE no compute como gastada para siguientes prestaciones. Cuestión diferente es si ese tiempo computa como cotizado para la futura prestación por desempleo. Una cosa es no gastar la prestación y otra cosa distinta es que en ese periodo se cotice a efectos de percibir durante mayor duración una futura prestación por desempleo.

A pesar de la excepcionalidad de estas medidas, los límites temporales que inicialmente se planearon acabaron dilatándose. Por ello se promulgó el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. En su artículo 8 se prorrogan los ERTE COVID hasta el 31 de enero de 2021 y se mantuvo la reducción de la cotización patronal para determinados sectores más vulnerables. Al respecto de la protección de desempleo, era notable la presión que el alargamiento de la crisis estaba ejerciendo sobre los presupuestos públicos. El acuerdo al que se llegó entre el Gobierno, patronal y sindicatos fue mantener hasta el 31 de enero de 2021 la no exigencia de periodo mínimo de cotización para acceder a la prestación. Y sobre el cómputo del tiempo de cotización ("contador cero") se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2020, por lo que a partir del 1 de octubre se reactivó el cómputo del consumo de prestaciones[14]. El artículo 8.7 Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre lo establecía de la siguiente manera:

"No se computarán en ningún momento como consumidas las prestaciones por desempleo disfrutadas, durante los [ERTE COVID], por aquellas [personas afectadas] que accedan a un nuevo derecho, antes del 1 de enero de 2023,como consecuencia de la finalización de un contrato de duración determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o un despido por cualquier causa declarado improcedente, o por fin o interrupción de la actividad de las personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo, incluidos aquellos con contrato a tiempo parcial que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

La reducción de las prestaciones consumidas a partir del 1 de octubre de 2020 en los [ERTE COVID], no obstante, no afectará a las nuevas prestaciones que se inicien a partir del 1 de enero de 2027.

A aquellas personas que accedan a una prestación por desempleo por un cese producido a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, a las que haya que consumir días de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos anteriores, únicamente se les consumirán los periodos de prestación percibidos a partir del 1 de enero de 2021."

Finalmente, habiendo conocido estos dos escenarios, nos encontramos ante una situación en la que los efectos de las medidas tomadas durante la pandemia siguen vigentes en algunos supuestos. Es el caso de la cuestión que nos ocupa. Ya visto el régimen jurídico singular que se construyó en torno a la protección de desempleo y la suspensión de contratos volvemos a incidir sobre la cuestión que centra el *litis* del caso objeto de estudio: ¿Debe computarse como cotizado el periodo de tiempo durante el cual se percibió la prestación de desempleo a raíz de un ERTE COVID, a efectos de percibir una nueva prestación?

de 120 días. En la medida del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, este límite queda superado y no se establece límite temporal, salvo en los supuestos articulados en normas posteriores.

[14] Rodríguez-Piñero Royo, M.C. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral" en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1* (2020) P.103 a 106

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA STS 980/2023, DE 16 DE NOVIEMBRE. RESOLUCIÓN DEL CASO

La cuestión planteada se suscita a través de un recurso de casación de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. Esto implica la existencia de dos sentencias contradictorias:

— Por un lado, tenemos la sentencia recurrida que nace del *iter procesal* objeto de estudio: la Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2022 en la que se desestiman las pretensiones de la actora a favor del SEPE considerando que no computa como tiempo cotizado a efectos de nueva prestación aquel percibido durante ERTE COVID en el que se recibió el desempleo.

— Por otro lado, la defensa de la parte actora invoca como sentencia de contraste la Sentencia de la Sala social del TSJ del País Vasco de 15 de junio de 2021, (rec. 933/2021).

El Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho segundo entiende que sí hay contraste y ha lugar el recurso de casación en tanto que la STSJ del País Vasco de 15 de junio de 2021 resuelve un caso similar. Una trabajadora ha recibido prestación por desempleo en ERTE COVID por fuera mayor y el SEPE no le computa como cotizado dicho periodo a efectos de una nueva prestación por desempleo. Mientras que el TSJ de Madrid en el caso que nos ocupa dio la razón al SEPE, la STSJ del País Vasco acoge el criterio contrario, entendiendo que sí procede el cómputo de este periodo para futuras prestaciones.

4.1. Revisión de la intencionalidad del artículo 24.2 RD-ley 8/2020

El Tribunal Supremo, unifica doctrina. Tras revisar las singularidades que ocasionaron 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 y el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo concluye que efectivamente nos encontramos con:

— PRIMERO. Una exoneración del abono de la aportación empresarial durante los ERTE COVID en base a fuerza mayor,

— SEGUNDO. El reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo a los trabajadores que carezcan del periodo de ocupación cotizada mínima necesario para ello.

— TERCERO. No computa el tiempo de percepción de la prestación a los efectos de consumir los periodos máximos de percepción del desempleo establecidos en la norma legal de referencia, bajo las condiciones referidas en aquellos preceptos legales.

No obstante, avisa el Tribunal Supremo de que *"en ningún caso se contempla que el periodo de percepción de prestaciones de desempleo pueda computarse a los efectos de generar el derecho a una nueva prestación, como si de una ocupación cotizada se tratase."*.

La problemática surge del tenor literal del artículo 24.2 RD-ley 8/2020. Como hemos visto, al exonerar de la cuota empresarial, se indica que esto no surtirá efectos para la persona trabajadora, por lo que dicho periodo se tendrá como *"efectivamente cotizado a todos los efectos"*. El Tribunal Supremo argumenta que esta expresión no quiere decir que el periodo en suspensión por fuerza mayor COVID compute como cotizado para el desempleo, sino que estos periodos se consideran como cotizados a pesar de que la empresa queda liberada de dicha obligación y no tiene por qué ingresar las

cotizaciones. El Tribunal Supremo entiende que el objetivo del legislador en el artículo 24.2 RD-ley 8/2020 es que el trabajador no se vea perjudicado por la exoneración de la cuota empresarial en el sentido de que se encuentre durante ese periodo en la misma situación jurídica que habría de aplicarse de haberse aplicado la previsión ordinaria del artículo 273.2 LGSS que obliga a la empresa a cargar con la cuota empresarial.

Apuntala la cuestión el TS añadiendo que la finalidad del artículo 24 RD-ley 8/2020 es regular la exoneración de la cuota empresarial sin que esto afecte a los trabajadores y que:

"Con esa expresión "a todos los efectos", no se quiere atribuir a ese periodo de desempleo un nuevo y diferente efecto jurídico, sino reafirmar la idea de que la exoneración de la cuota empresarial no puede ir en detrimento del trabajador, para que ulteriormente se le tenga por no cotizado el periodo de desempleo percibido por suspensión de la relación laboral o reducción de jornada durante el que la empresa no ha ingresado las cotizaciones".

En conclusión, desde el punto de vista del Tribunal Supremo, el artículo 24 RD-ley 8/2020 no tiene el ánimo de generar un nuevo derecho que el contenido en el artículo 269 LGSS. Al contrario, busca la estabilidad del trabajador en el mismo estatuto jurídico, a pesar de que se está exonerando a la empresa de cargar con las cotizaciones empresariales.

4.2. La distinción entre cotización y trabajo efectivo

Finalmente, el último argumento que arroja el Tribunal Supermo está relacionado con la naturaleza de la propia prestación de desempleo. Esta prestación tiene como objetivo cubrir la carencia de rentas en los periodos en los que el trabajador se encuentra desocupado. No obstante, para causar la prestación se exigen ciertos periodos de ocupación cotizada. Por lo tanto, únicamente el desempeño efectivo de servicios laborales durante un periodo puede generar nuevo derecho a la prestación.

Esto quiere decir que para que se cause derecho a la prestación por desempleo se debe haber realizado prestación efectiva de trabajo. No cabe equiparar el periodo de suspensión ERTE COVID a efectivamente trabajado, sino a cotizado para otros efectos.

Esta misma idea ya fue planteada por el Tribunal Supremo en la a Sentencia de 16 de enero de 2007, rec. 435/2006. Esta sentencia resolvía la cuestión en base a la interpretación del artículo 210.2 del RD-Leg. 1/1994 LGSS, pero que regulaba la cuestión que nos ocupa de igual manera. En su jurisprudencia el Tribunal Supremo entendió que *"periodo de ocupación cotizada"* es aquel en el que se trabaja y se cotiza. El binomio cotización y trabajo debe cumplirse para causar derecho a desempleo. No es hecho suficiente al respecto la cotización sin la efectiva y simultánea realización del trabajo.

La conclusión de este posicionamiento jurisprudencial es que las cotizaciones a las que estén obligadas las entidades gestoras o las empresas durante la percepción de prestación de desempleo por parte del trabajador, no pueden computar a efectos de generar un nuevo periodo de prestaciones por desempleo. La razón de ser de este posicionamiento radica en la estructura básica de la figura de la prestación por desempleo, cuyo objetivo es proporcionar una renta de sustitución ante la pérdida de ingresos por carecer de empleo.

A modo de colofón el Tribunal Supremo mantiene el razonamiento de que, si el legislador hubiera querido establecer la posibilidad de generar periodos de desempleo con la mera cotización y sin la realización efectiva de ocupación, se podrían haber contemplado expresamente en la ley. *"De*

haber sido esa la voluntad del legislador con la promulgación de la normativa legal que estamos analizando, así lo habría hecho constar expresamente."

Añade, además, que este es el caso específico de la excepción que se hace con las víctimas de violencia de género. El art. 269.2 LGSS, recoge expresamente que la suspensión de la relación laboral del artículo 45.1.n) ET (por motivos de violencia de género), está excluida de la regla general que impide computar las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación de desempleo durante la suspensión. Esto quiere decir que durante la suspensión por violencia de género sí se generan periodos de desempleo con la mera cotización.

En el fallo, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación de Doña Ascensión. Confirma la STSJ Madrid de 16 de septiembre de 2022. Entiende que no computa como cotizado el periodo de percepción de prestaciones de desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE COVID, a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo.

5. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL

La crisis que trajo la pandemia del COVID-19 conllevó un aluvión normativo para intentar paliar los efectos más perniciosos de la contracción económica. Muchas de las medidas adoptadas tienen repercusión aún hoy. En el ámbito de la Seguridad Social, la implementación dilatada de los ERTE y el régimen protector que adornó su aplicación, supusieron el sostén económico de empresas y trabajadores.

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 y el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, modificaron el régimen ordinario prepandemia del artículo 269 LGSS. Las principales medidas que se adoptaron con respecto a lo que nos atiende fueron[15]:

Eliminación del período de carencia exigible.

— No computa el tiempo que se perciba la prestación para períodos futuros, a efectos de máximos.

— Ampliación del ámbito subjetivo a socios trabajadores de sociedades laborales y cooperativas.

— Modificación de las normas de cálculo y de duración de la prestación

— Mantenimiento de la normativa general para la iniciación, instrucción y resolución del procedimiento del derecho a la prestación por desempleo.

De esta nueva regulación, por no indicarse explícitamente, se suscita la cuestión de si debe computarse como cotizado el periodo de percepción de prestaciones de desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE COVID, a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo.

[15] *Cfr.* Rodríguez Hernández, J. "ERTE-COVID y situación legal de desempleo: una normativa que requiere ser integrada e interpretada" en Diario La Ley, Nº 10036, 24 de marzo de 2022, pp. 1

La STS 980/2023, de 16 de noviembre responde que no. Según el Tribunal Supremo no se contempla que el periodo en el que se recibe la prestación de desempleo por suspensión contractual debido a un ERTE COVID, pueda generar el derecho a una nueva prestación por desempleo, como si hubiéramos estado en un periodo de ocupación con cotización ordinario. Tan solo el efectivo desempeño de servicios laborales durante un determinado periodo temporal puede generar el correlativo derecho a la prestación.

Los argumentos del Tribunal Supremo son:

— Atendiendo a la intención del legislador en el artículo 24.2 RD-ley 8/2020. Cuando dicho artículo se refiere a que el periodo en suspensión debe entenderse como *"efectivamente cotizado a todos los efectos",* quiere decir que computan como cotizados a pesar de que la empresa queda liberada de la obligación de cotizar.

— La propia naturaleza de la prestación de desempleo implica que para que se genere debe de cumplirse el binomio cotización y trabajo efectivo. Además, si el legislador hubiera querido que se genere prestación a desempleo sin trabajo efectivo lo podría haber habilitado *ex lege*, como se plantea para las víctimas de violencia de género.

En resumen, nos encontramos ante la postura del Tribunal Supremo de que no debe computar como cotizado a efectos de generar una nueva prestación de desempleo, el periodo de tiempo en el que ya se percibió el desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE COVID.

Al respecto de esta argumentación del Tribunal Supremo se debe alertar de que supone un perjuicio para las personas trabajadoras en cuanto a la duración de la prestación por desempleo. La consecuencia directa de la sentencia estudiada es que Doña Ascensión percibirá un máximo de 660 días de prestación por 2.080 días cotizados, mientras que, si el Tribunal hubiera abrazado el criterio contrario, Doña Ascensión habría superado el límite de 2.160 días cotizados que establece la tabla del artículo 269.1 LGSS de manera que le habrían correspondido 720 días de prestación, tal y como solicitaba en la demanda. Extrapolándolo a términos generales, los trabajadores que recibieron la prestación por desempleo durante un ERTE COVID deben entender que esos días no computan a efectos de una futura prestación por desempleo.

Sobre el primer argumento del Tribunal Supremo, se atribuye al legislador una intencionalidad que no está clara. El artículo 24.2 RD-ley 8/2020 dice que el periodo en suspensión debe entenderse como *"efectivamente cotizado a todos los efectos"*. Los efectos a los que se pudiera referir el legislador son todos los que despliega la cotización. Cercenar uno de los principales no parece ser la intención de un legislador que sostiene que: "*la prioridad absoluta en materia económica radica en proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad"* (Exposición de motivos del RD-ley 8/2020). La regulación excepcional por el COVID tiene una voluntad de *stand by* como se demuestra por las medidas adoptadas y por las intenciones transmitidas en la exposición de motivos. Es una situación anómala, en la que no está claro que el legislador quiera mantener a los trabajadores en la situación general del escenario del artículo 269 LGSS o generar unos efectos especiales de protección. Más bien se da a entender lo segundo. Todas las medidas adoptadas en pandemia estuvieron orientadas a una protección excepcional. Así lo ejemplifica el despliegue de medidas como la eliminación del período de carencia exigible, la ejecución del *"contador cero"* o la ampliación del ámbito subjetivo a socios trabajadores de sociedades laborales y cooperativas. No es desproporcionado pensar que se quisiera proteger también la cotización para causar futuras

prestaciones por desempleo. Protección que habría sido concorde con el espíritu de socializar los riesgos que se adoptó durante la pandemia por todos los agentes sociales y el gobierno[16].

Esta es la postura de la sentencia de contraste[17], sobre una trabajadora fija discontinua a la que el SEPE no le computa el periodo de ERTE a efectos de calcular la prestación por desempleo. En el Fundamento de Derecho segundo, el TSJ País Vasco abraza la literalidad del artículo 24 RD-ley 8/2020: "*Atendiendo al relato fáctico, constatamos que cuando termina el curso escolar en junio 2020 y la actora solicita prestación por desempleo, SEPE le reconoce la misma prestación que le había reconocido en 2019 con 578 días cotizados, 180 días de derecho y 89 días consumidos, es decir, solo se le reconoce la reanudación del derecho reconocido anteriormente en 2019, y sin embargo tenía derecho a una nueva prestación ya que había trabajado desde septiembre 2019 hasta marzo 2020 pasando a ERTE desde marzo hasta junio 2020, y este último periodo se debe entender cotizado a todos los efectos según la normativa COVID (artículo 24.2 RDL 8/2020). […] En concreto, el artículo 24, tras regular la exoneración de la empresa en cuanto al abono de las cotizaciones dispone que tal exoneración "no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos". Por lo tanto, la actora tenía en junio 2020 cotizaciones suficientes como para generar un nuevo derecho a los efectos de lo dispuesto en el artículo 269 TRLGSS y concordantes, sin perjuicio de la opción por ese nuevo derecho o la reanudación del anterior."*

Esta misma postura la siguen otras sentencias como la STSJ Galicia 20 de octubre 2023 (rec. 894/2023)[18] que ha entendido que: "*Así pues, la regla general expuesta [la prevista en los arts. 269.2 y 273 LGSS] tiene una excepción que es aplicable al presente caso, de manera que en estos supuestos (ERTE por Covid 19) se entiende cotizado dicho periodo a los efectos de desempleo, pues carece de sentido que no se considere cotizado a los efectos del desempleo, como así pretende el SEPE en su escrito de recurso, alegando para ello que durante los periodos de ERTE, el servicio público de empleo ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las contingencias de jubilación, invalidez permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, protección a la familia y asistencia sanitaria pero no cotiza por desempleo; como decíamos, carece de sentido que el SEPE fundamente su recurso apelando a la aplicación de la regulación ordinaria en materia de cotización en los supuestos de ERTE, cuando nos encontramos ante una situación extraordinaria como es la de los ERTE derivados de la pandemia del COVID-19, regulación extraordinaria que tiene como objetivo fundamental la protección del trabajador, y por ello ha de entenderse como cotizado a los efectos que nos ocupan los periodos en los que el trabajador se ve abocado a su inclusión en un expediente de regulación temporal de empleo a causa de la situación extraordinaria provocada por la pandemia del COVID 19."*

Sobre el segundo argumento, el Tribunal Supremo describe la naturaleza de la prestación por desempleo y continúa con el criterio del *"periodo de ocupación cotizada"*. Un criterio ya antiguo al respecto de la cotización en suspensión contractual para futuras prestaciones por desempleo. Este era el escenario previsto anterior a la pandemia, con la regulación general del artículo 269 LGSS. Se comprende que el Tribunal Supremo quiera cerciorarse de hacer hermética la aplicación de este criterio. Así no se alimenta la posibilidad de que otros supuestos de suspensión contractual pudieran computar a efectos de futuras prestaciones de desempleo. No obstante, este posicionamiento

[16] Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº Extra 2, 2021, pág. 353* explica la cuestión del abanico de protección amplio que adornó el desempleo en la pandemia y cómo el objetivo a perseguir sería la *"socialización de las situaciones de necesidad generalizadas"*.

[17] Sentencia de la Sala social del TSJ del País Vasco de 15 de junio de 2021, (rec. 933/2021)

[18] Otras sentencias también llegan a la misma conclusión, como es el caso de la SSTSJ Cataluña 20 de octubre 2023 (rec. 1504/2023); Cantabria 2 de octubre 2023 (rec. 500/2023); y Asturias 14 de febrero 2023 (Rec. 2584/2022).

es cuestionable ante la coyuntura excepcional que rodea el RD-ley 8/2020. Siguiendo el mismo razonamiento que para el primer argumento, no está claro, justamente si la intención del legislador era subvertir momentáneamente dicha naturaleza o no.

A este respecto, otras sentencias se han posicionado en la misma postura que el Tribunal Supremo, es el caso de la STSJ Madrid 19 de junio 2023 (rec. 694/2022), que entiende que: «*el periodo durante el que el actor percibió la prestación por desempleo, al haber quedado afectado por un ERTE COVID, debe considerarse un periodo neutro, durante el que no han de computarse las cotizaciones efectuadas, ni entenderse como periodo consumido, a los efectos de causar una nueva prestación, tras la extinción del contrato».*

Finalmente, sobre la precisión *ex lege* del efecto controvertido de la cotización durante los ERTE COVID es cierto que la intencionalidad del legislador pudo haber sido más clara al respecto. Aunque las medidas adoptadas en materia de protección social pública fueron vitales para hacer frente a las contingencias generadas por la pandemia, es cierto que adolecieron de notas de espontaneidad y poca planificación en algunos aspectos[19]. Ciertamente cabe ser comprensivo ante esta situación debido al convulso escenario que envolvió la pandemia. Sin embargo, debe alertarse de que siguiendo el mismo razonamiento del Tribunal Supremo podemos llegar justo a la conclusión contraria. El Tribunal Supremo ha mantenido que si el legislador hubiera querido que se genere prestación a desempleo sin trabajo efectivo lo podría haber habilitado *ex lege*, como se plantea para las víctimas de violencia de género. Pero omite que la regla general ante el escenario excepcional es que la suspensión se entiende cotizada a todos los efectos según el artículo 24 RD-ley 8/2020. Por lo que si el legislador hubiera querido mantener fuera de esos efectos el cómputo de dicha cotización para futuras prestaciones por desempleo podría haberlo previsto específicamente.

Sobre este punto de vista y a modo de resumen general, podemos concluir que la verdadera problemática radica en establecer cuál es la regla general aplicable durante este periodo excepcional. Si bien se entiende que la regla general sigue siendo la aplicación del título III de la LGSS, en ese caso es clara la aplicación del artículo 269.2 LGSS porque el legislador no ha excluido expresamente por el RDLey 8/2020, la cotización a efectos de desempleo durante la suspensión contractual. Esta es la postura que mantiene el Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa y la STSJ Madrid 19 de junio 2023 (rec. 694/2022) ya referida[20]. O bien, si la regla general del escenario uno se vio subvertida por el RDLey 8/2020 y *"a todos los efectos"* implica también la cotización para futuras prestaciones por desempleo durante la suspensión contractual, ya que por esta norma no ha sido expresamente excluida.

En suma, la STS 980/2023, de 16 de noviembre se decanta por mantener la aplicación del escenario del artículo 269.2 LGSS y pierde la oportunidad de contribuir a la protección de los trabajadores ante la situación tan dramática que acompañó aquellos meses de restricción social y económica. Presenta una solución que refuerza su línea jurisprudencial, independientemente de la

[19] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020) p. 52 y siguientes. A este respecto, es muy interesante la reflexión final que los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta hacen de las medidas tomadas durante la pandemia, más aún desde la perspectiva que nos ha dado el tiempo.

[20] Algunos autores defienden también esta postura, al entender que la excepcionalidad del RDLey 8/2020 no altera la normativa común del título III LGSS *Vid.* Beltrán De Heredia Ruiz, I. "Los periodos de ERTE por COVID no pueden computarse a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo (STS\Pleno 16/11/23)" en *Una mirada crítica a las relaciones laborales,* Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *ignasibeltran.com/2023/12/12/los-periodos-de-erte-por-covid-no-pueden-computarse-a-efectos-de-percibir-una-nuevaprestacion-de-desempleo-stspleno-16-11-23/*

excepcionalidad de la normativa COVID, lo que cierra completamente la interpretación de que el periodo cotizado en ERTE COVID pueda ser considerado a efectos de cómputo para la duración de futuras prestaciones por desempleo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Blázquez Agudo, E. M. "La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral COVID" en *Trabajo y Derecho*. *La Ley*, Wolters Kluwer, Nº 89, mayo 2022,

Beltrán De Heredia Ruiz, I. "Los periodos de ERTE por COVID no pueden computarse a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo (STS\Pleno 16/11/23)" en *Una mirada crítica a las relaciones laborales,* Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Dirección web: *https://ignasibeltran.com/2023/12/12/los-periodos-de-erte-por-covid-no-pueden-computarse-a-efectos-de-percibir-una-nueva-prestacion-de-desempleo-stspleno-16-11-23/*

Cruz Villalón, J. "Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID 19 en España" en *IUS ET VERITAS* Nº 61, diciembre 2020 pp. 228-245

Gil Plana, J. "Situación legal de desempleo" en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* Nº 139, 2019, p.21

Mercader Ugina, J.R. "Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos" Labos, Vol. 1, Nº. 2, pp. 4-15

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020)

Morales-Arce Macías, R. "COVID 19: Impacto socioeconómico" en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*. Volumen 6, número 1 – 2021, páginas 89-107

Rodríguez Hernández, J. "ERTE-COVID y situación legal de desempleo: una normativa que requiere ser integrada e interpretada" en Diario La Ley, Nº 10036, 24 de marzo de 2022, pp. 1-9

Rodríguez-Piñero Royo, M.C. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral" en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1* (2020) págs. 73-109

Trillo García, A. R. "Seguridad Social y COVID-19" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* Nº 23 (2º Trimestre 2020), págs. 57 – 174

Valdeolivas García, Y. "Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº Extra 2, 2021, págs. 341 a 364*

Vallecillo Gámez, "El impacto de la COVID sobre las relaciones de empleo y trabajo", en *Anuario de trabajo y relaciones laborales,* 2021, vol, 7, pp. 79-100