

Id Cendoj: 41091340012009102885
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Sevilla
Sección: 1
Nº de Recurso: 3401/2008
Nº de Resolución: 3637/2009
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: LUIS LOZANO MORENO
Tipo de Resolución: Sentencia

Rº.3401/08-R Sent.3637/09

Excmo. Sr.:

D. Antonio Reinoso y Reino, Presidente de la Sala

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

Dª Carmen Pérez Sibón

-----+

En Sevilla, a veintidós de octubre de dos mil nueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 3637/2.009

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Manuel contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Cádiz, dictada en los autos nº 8/08; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Lozano Moreno, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por el recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, se celebró el Juicio y se dictó Sentencia el 24 de junio de 2008, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

1. - El actor, Manuel , mayor de edad, con DNI nº NUM000 afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001 , venía prestando servicios profesionales para la empresa demandada, Telefónica de España S.A.U hasta el 1 de octubre de 2003, fecha en la que causa baja por extinción de contrato por E.R.E. (nº 44/2003), solicitando alta en desempleo el 7 de octubre de 2003 percibiendo a raíz de ello prestaciones de desempleo a nivel contributivo hasta su agotamiento.

*A continuación, tras solicitar el 3 de noviembre de 2005 alta en la prestación de subsidio de desempleo en el correspondiente expediente se resuelve dictándose resolución el 25 de noviembre de 2005 por la que se reconoce el percibo del subsidio habiéndose abonado en el periodo comprendido desde el 1

de noviembre de 2005 a 31 de enero de 2007 la cantidad de 5.625,12 #.

El demandante en fecha 5 de agosto de 2005 reunía el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, siempre que las cotizaciones no se computen para generar prestaciones en otros regímenes de previsión social obligatoria.

2. - La empresa Telefónica SAU diseñó un plan social de actuación adecuando las plantillas existentes en el año 1999-2000, a las necesidades de la empresa, arbitrando una serie de medidas que evitaran los efectos traumáticos que ello conllevaba entre lo que se preveía la extinción de contratos laborales en un número aproximado de 20.000 empleados, resultando que en expediente de regulación de empleo (ERE nº44/2003) en el que se vio afectado el demandante, se autorizó la extinción de 15.000 contratos entre los años 2003 y 2007.

3. - El demandante percibe tras extinguir su contrato laboral:

La cuantía de la indemnización mínima que le hubiera correspondido al trabajador según lo estipulado en el *art. 51.8 del Estatuto de los Trabajadores*, por la rescisión de su contrato laboral por adhesión al ERE ascendería a 34.367,3e superando la renta mensual acumulada el importe de indemnización mínima legal en la mensualidad correspondiente al mes de agosto de 2005, en el que aún estará exenta la cantidad de 2.283,32#

La renta mensual que percibe según certificación de la empresa Telefónica de 11 de diciembre de 2006 asciende a una cantidad de 2.283,32 #

4. - Por el Organismo demandado en fecha 22 de marzo de 2007 se notificó inicio de expediente de revocación de la resolución de 22 de noviembre de 2005, dictándose resolución el 18 de mayo de 2007 por la que se revoca el reconocimiento del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, que le fue concedido solicitándosele el reintegro de 5.625,12# que se consideran indebidamente percibidas en el periodo comprendido desde el 1 de noviembre de 2005 a 30 de enero de 2007 motivado en superar sus rentas en cómputo mensual el importe del 75% del salario mínimo interprofesional. El salario mínimo interprofesional para el año 2005 asciende a 513 # mensuales (se calcula el 75% en 384, 75#).

- en el año 2006 se determina en 540,90# mensuales (se calcula el 75% en 405, 67#/mensuales).

-en el año 2007 se determina la cuantía del salario mínimo interprofesional en 570, 60#/mes (se calcula pues el 75% en 427,95e)

5. - Se presenta reclamación previa el 11 de julio de 2007 siendo desestimada en resolución expresa de 31 de octubre de 2007, entendiéndose que la reclamación no desvirtúa los hechos y fundamentos mencionados en la comunicación de fecha 22 de marzo de 2007.

6. - En fecha 29 de septiembre de 2007 el demandante reintegraría ante el Organismo demandado el principal por importe de 5.625,12#, mas 562,51#, lo que suma 6.187,63#.

TERCERO.- El actor recurrió en suplicación contra tal sentencia, impugnándose el recurso por el Servicio Público de Empleo Estatal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor interpone el demandante recurso de suplicación contra la sentencia que desestimó su demanda en la que reclamaba el subsidio por desempleo que le había sido denegado por la entidad gestora de las prestaciones, y formula un primer motivo, con amparo en el *art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, en el que pretende que se adicione al Hecho Probado Segundo un párrafo en el que conste que la empresa llevó a cabo un ERE en 1999 que supuso la salida de la misma de 10.869 empleados, así como que se modifique la redacción en lo referido al ERE 44/2003, que se añada otro, con el número séptimo, en el que se indique que la entrada de España en la U.E. supuso la liberalización de mercado de las telecomunicaciones mediante la promulgación de la *Ley 12/1997 y 11/1998*, y otro Hecho Probado, con el número octavo, en el que conste que las principales empresas europeas extinguieron en 2002 un total de 89.800 empleados. Esas adiciones las basa en la memoria explicativa del ERE 44/2003 y, la primera y tercera, también en una información aparecida en la prensa digital de la época. No procede acceder a las modificaciones propuestas, pues con independencia de la intrascendencia que esos hechos tengan para la solución de la cuestión controvertida, como después veremos, lo cierto es que la Memoria

Explicativa del ERE no contiene sino las manifestaciones de la empresa para justificar la procedencia del mismo, y la información de prensa no expone sino datos emitidos por el informador, sin que ninguno de los dos documentos, con independencia de que hayan sido impugnados o no, pues nadie duda de la veracidad de los mismos, lo que no equivale a mantener la veracidad de su contenido, sean hábiles para obtener la modificación revisora. Por otro lado, la segunda de las adiciones propuestas es improcedente, pues no tienen porqué figurar en los hechos probados la promulgación de determinadas normas, ni su contenido o finalidad, con independencia de que se puedan alegar tanto unas como otras en las correspondientes alegaciones de derecho

SEGUNDO.- En el segundo motivo, que se deduce con amparo en el *art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, por el recurrente se denuncia que la sentencia recurrida ha infringido el *art. 215 de la Ley General de la Seguridad Social* en relación con la *Disposición Transitoria Tercera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*.

La cuestión planteada ha sido reiteradamente resuelta por esta Sala, que debe seguir manteniendo el criterio expuesto hasta la fecha, en sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2008 y otras muchas posteriores como las de 15 de mayo y 10 y 24 de julio de 2008, o 5 de febrero de 2009. En ellas ya decíamos que la *Disposición Transitoria Tercera de la Ley 45/2002* señala que "A efectos del reconocimiento de los subsidios por desempleo y no obstante lo establecido en el *artículo 215.3.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, no se computarán como renta ni el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo derivada de expediente de regulación de empleo autorizado mediante resolución de la autoridad laboral, ni las prestaciones públicas, consecuencia de dicho expediente, cuyo objeto sea reponer la parte de prestación por desempleo contributiva que el trabajador tuviera consumida a la fecha de extinción de su contrato o contribuir a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social o atender situaciones de urgencia y necesidad sociolaboral que permitan facilitar los procesos de reestructuración de empresas que pudieran conllevar el cese total o parcial de las mismas o contribuyan al mantenimiento del empleo, siempre que el expediente se hubiera iniciado con anterioridad al 26 de mayo de 2002, y dicho expediente fuera la causa de acceso a la prestación por desempleo contributiva cuyo agotamiento permite el acceso al subsidio. Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación cuando el expediente, aun iniciado con posterioridad al 26 de mayo de 2002, traiga causa de planes en sectores en reestructuración en el ámbito de la Unión Europea aprobados antes de dicha fecha (..) Lo establecido en el apartado anterior será asimismo aplicable cuando, tratándose de expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 26 de mayo de 2002, los trabajadores afectados hubieran percibido prestaciones por desempleo como consecuencia de expedientes de suspensión de contratos por la misma causa iniciados en los veinticuatro meses anteriores a dicha fecha".

La cuestión de si el E.R.E. de Telefónica S.A. 44/03, en el que se basa la extinción de la relación del demandante, es o no continuación de otro ERE anterior -el núm. 26/1999 que afectó a la misma empresa y comenzó antes de el 26 de mayo de 2002-, y la de si el E.R.E citado está enmarcado en un plan de reestructuración en el ámbito de la Unión Europea ha sido ya resuelto de forma unánime por reiteradas sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, entre las que cabe citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 y 8 de febrero de 2007 y de 2 de julio de 2007, las del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sede de Valladolid, de 27 de noviembre de 2006 y 28 de marzo de 2007, y en las de esta misma Sala de 27 de septiembre de 2007, además de las más recientes de 31 de enero de 2008 y de 27 de marzo de 2008.

En esas sentencias hemos mantenido, con criterios igualmente aplicables al asunto que nos ocupa que "la citada D.A. Tercera de la *Ley 45/2002 establece tres supuestos* en los que no se computa en ningún caso como renta la indemnización por extinción del contrato, con independencia de que su cuantía supere la mínima legal, ni las ayudas públicas conexas al expediente y dirigidas a mejorar la protección social del trabajador:

a) Expedientes iniciados antes del 26 de mayo de 2002:

b) Expedientes iniciados a partir del 26 de mayo de 2002, pero que traigan causa de planes en sectores en reestructuración en el ámbito de la Unión Europea aprobados antes de dicha fecha.

c) Expedientes iniciados a partir del 26 de mayo de 2002, cuando los trabajadores cuyo contrato se extingue hubieran percibido prestaciones por desempleo como consecuencia de expedientes de suspensión de contratos por la misma causa iniciados en los veinticuatro meses anteriores a dicha fecha. Fuera de esos tres supuestos, los demás expedientes iniciados a partir del 26 de mayo de 2002 siguen el régimen ordinario de las indemnizaciones por extinción de contrato, de manera que se computan como renta las cuantías que excedan de la prevista legalmente".

En este caso, como en el de todas las sentencias indicadas, el expediente de regulación de empleo se tramitó materialmente con posterioridad al 26 de mayo de 2002 . Y como se dice en esas sentencias, es preciso aceptar simultáneamente todas las premisas expuestas para la viabilidad de la demanda, dado que incluso si considerásemos las rentas del trabajador como partes de una indemnización por extinción de contrato pagada a plazos, lo cierto es que el exceso sobre el mínimo legal establecido supera el límite máximo de rentas que permite el acceso al subsidio, por lo que sólo el acogimiento a uno de los tres supuestos transitorios de la *ley 45/02* permitiría acceder al mismo.

En contestación a las alegaciones que se realizaban, como se indicaba en esas resoluciones, hay que señalar, en primer lugar, que la tesis de que "la extinción del contrato de trabajo se ha producido como consecuencia de un expediente de regulación de empleo cuya tramitación se había iniciado con anterioridad al 26 de mayo de 2002 no puede aceptarse con los hechos probados, pues ni en ellos, ni en el expediente administrativo se hace referencia, como no sea a nivel de antecedente, del ERE anterior. Lo que ocurre es que el recurrente pretende unir como un único expediente de regulación el aprobado en el año 2003 y el de 1999, siendo lo cierto que ambos expedientes de regulación, en cuanto procedimientos administrativos autorizatorios, son diferentes y han sido tramitados separadamente, con independencia de cualquier otra consideración, dando lugar a actos administrativos distintos en ambos casos. El contrato de trabajo del actor se ha extinguido en virtud del ERE tramitado en el año 2003, en fecha posterior por tanto al 26 de mayo de 2002, por lo que no está amparado en este apartado de la disposición transitoria como se reconoce.

En segundo lugar, resta el argumento relativo a los planes de reestructuración de sectores aprobados antes del 26 de mayo de 2002 en el ámbito de la Unión Europea, y como se resuelve en las indicadas sentencias, parece claro que no corresponde al intérprete decidir en base a consideraciones fácticas sobre la situación del mercado, si una determinada empresa pertenece a un sector en reestructuración en el ámbito de la Unión Europea. La cuestión gira alrededor de la existencia de un plan que ha de haber sido aprobado antes de una determinada fecha. Esa referencia de la norma a un plan aprobado revela claramente que quien había de establecer si un determinado sector se encontraba o no en reestructuración no es el intérprete de la norma, sino la autoridad que había de aprobar el plan de reestructuración, debiendo indagarse para aplicar esa norma qué hemos de entender por plan de reestructuración y por aprobación del mismo, máxime teniendo en cuenta la referencia que se hace a que su ámbito ha de ser el de la Unión Europea.

La mención es ciertamente de difícil interpretación, siendo especialmente destacable que el concepto de reestructuración se remite al ámbito de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que, a pesar de no haber sido derogada, la *Ley 27/1984* , de reconversión industrial, resulta inaplicable, por no ser posible la aprobación de nuevos planes de reconversión industrial desde el 31 de diciembre de 1986, de acuerdo con su *disposición final segunda*. En el marco de la *Ley 21/1992* , de Industria, sin embargo, se han previsto programas de promoción industrial (*artículo 5*), que pueden ser aprobados, según los casos, por el Consejo de Ministros o la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y que pueden conllevar incentivos y ayudas públicas y/o medidas laborales y de Seguridad Social. En todo caso hay que tener en cuenta que las Comunidades Autónomas e incluso otras Administraciones Públicas pueden, en el ejercicio de sus competencias, instrumentar líneas de ayudas públicas a las empresas para favorecer y estimular el desarrollo económico de los distintos territorios. La remisión sin embargo al ámbito de la Unión Europea descarta que la existencia de este tipo de planes de ayuda, que no siempre se refieren a sectores económicos y cuya finalidad no siempre se corresponde con el concepto de reestructuración, sean por sí mismos suficientes y determinantes para la aplicación de la *disposición transitoria tercera de la Ley 45/2002* .

Hay que concluir, por tanto, que la referencia de la *disposición transitoria tercera de la Ley 45/2002* ha de extenderse a todo régimen de ayudas públicas (estén o no cofinanciadas con fondos de cohesión u otros fondos europeos), cualquiera que sea su ámbito territorial, que venga a subvenir determinados gastos en los que incurran las empresas por llevar a cabo procesos de transformación organizativa o productiva de los cuales forme parte integrante una medida de despido colectivo a través de expediente de regulación de empleo , siempre y cuando dicho régimen de ayudas haya sido notificado a la Comisión Europea al amparo del *artículo 88.2 del Tratado o de un Reglamento* específico para un determinado sector y haya sido objeto de una «decisión de no formular objeciones» o resolución de efecto equivalente anterior al 26 de mayo de 2002.

Este mismo criterio se ha mantenido por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 3 de diciembre de 2008 , en la que ha ratificado la solución desestimatoria tras afirmar que la existencia de normas de Derecho comunitario y de Derecho nacional que imponen un marco de libre competencia entre operadores donde antes había situaciones de monopolio o de restricción de competencia no configura el

sector de las telecomunicaciones en un sector en reestructuración "en el ámbito de la Unión Europea" ni comporta por sí misma la existencia de un plan de reestructuración de una empresa determinada, por lo que no se puede incluir este E.R.E. del que trae causa la extinción contractual del actor en la excepción contemplada en la *Disposición Transitoria Tercera* alegada como infringida, por lo que procede desestimar también este motivo, desestimando el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia recurrida, que procede confirmar.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Manuel contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Social número Uno de Cádiz , recaída en autos sobre subsidio por desempleo, promovidos por el recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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