

Id Cendoj: 41091340012009103294
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Sevilla
Sección: 1
Nº de Recurso: 3614/2008
Nº de Resolución: 3854/2009
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: LUIS LOZANO MORENO
Tipo de Resolución: Sentencia

Rº.3614/08-R Sent.3854/09

Excmo. Sr.:

D. Antonio Reinoso y Reino, Presidente de la Sala

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

Dª Carmen Pérez Sibón

-----+

En Sevilla, a seis de noviembre 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. 3854/2.009

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Luis Enrique contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Cádiz, dictada en los autos nº 332/08; 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 14 de julio 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.- Dº. Luis Enrique , con D.N.I. nº. NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº. NUM001 , ha venido prestando servicios para la Empresa Telefónica de España S.A.U, con carácter indefinido, con fecha de inició de su relación laboral con la empresa el 06-08-73.

2. - Con fecha 25 de Junio de 2003, la empresa inició Expediente de Regulación de Empleo ante la Dirección General de Trabajo, solicitando autorización para la extinción de 15.000 contratos de trabajo.

Tramitado expediente al núm. 44/2003, con fecha 29.07.03 la Dirección Gral. de Trabajo dictó Resolución autorizando a la Empresa Telefónica de España, S.A.U para la extinción de los contratos por un

periodo que se extendía hasta el 31.12.07, previa la adscripción voluntaria por los trabajadores del Plan aprobado al efecto por la dirección de la empresa y los representantes legales de los trabajadores con fecha 23.07.03.

3. - Con fecha 1 de Octubre de 2003, el actor y la empresa suscribieron un denominado "Contrato de desvinculación incentivada", acogéndose a la fórmula de reparto a) (Anexo II).

4. - En virtud de la estipulación y fórmula elegida el actor percibiría hasta el mes anterior al cumplimiento de los 61 años, una renta mensual de carácter fijo, no revisable ni reversible en caso de fallecimiento de 2.367,23#.

El trabajador se comprometía a realizar los trámites necesarios para cumplimentar los requisitos pertinentes a fin de percibir prestación de desempleo y durante el periodo en que se reconociese la prestación por desempleo, la empresa abonaría una renta igual a la diferencia entre el importe de la prestación que en cada momento se tenga derecho y la cuantía de la renta mensual fijada, incrementada durante este periodo en el importe equivalente al coste de las cotizaciones a la Seguridad Social que hubiese de realizar el actor.

5. - La cuantía de la indemnización legal que le hubiese correspondido por acogerse a la extinción de Contrato en E.R.E., ascendía a 33.937,87#.

La renta mensual acumulada superaba el importe de la indemnización mínima legal en la mensualidad correspondiente al mes de Noviembre de 2005, en el que aún estaba exenta la cantidad de 263,06#.

La renta mensual realmente percibida por el actor de Telefónica de España, S.A.U, ascendía mensualmente a la cantidad de 2.380,97#.

6. - El actor que causó baja el 1 de octubre de 2003 en la empresa, reunía el 21-09-05 el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a la pensión de Jubilación del sistema de Seguridad Social.

7. - Con fecha 03-11-05 el actor solicitó alta inicial al SPEE en el Subsidio de Desempleo, reconociéndosele por Resolución de 17-11-05 una prestación de 3.754 días (01-11-05 a 04-04-16) sobre una base reguladora de 15,66#.

8. - Por Resolución de 30-12-05 el actor fue requerido de presentación en el SPEE para control.

9. - Por Resolución del SPEE de 31-01-06 se acuerda el inicio de procedimiento de Revocación de la Resolución de 17-11-05, que reconocía al actor el subsidio de desempleo y el reintegro de la cantidad de 503,30# que se consideraban indebidamente percibidos en el periodo de 01-11-05 al 30-11-05.

10. - Con fecha 03-04-06 se dictó Resolución por el SPEE se acordó la revocación de la Resolución de 17-11-05 de Subsidio de desempleo, y el requerimiento de devolución de 503,30# correspondientes al periodo de 01-11-05 al 30-11-05, por percibir rentas superiores, en computo mensual, al 75% del S.M.I., excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

11. - Con fecha 29-10-07, el actor ha formulado nueva solicitud de subsidio de desempleo, que le ha sido desestimada por Resolución de 22-11-07 por superar en computo mensual el 75% del S.M.I.

12. - Frente a dicha Resolución el actor formulo Reclamación Previa con fecha 12-03-08 que le fue desestimada por Resolución de 25-03-08.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La actora interpone 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 único motivo, con amparo en el *art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, en el que la recurrente denuncia que la sentencia recurrida ha infringido la *Disposición Transitoria Tercera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, en cuanto que entiende, en definitiva, que al ERE a consecuencias

del cual se extinguió su relación laboral (44/2003) le era aplicable lo indicado en la referida D.T.

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. Luis Enrique contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Social número Dos 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.