

Id Cendoj: 28079340032009100352
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 2004/2009
Nº de Resolución: 855/2009
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0002004/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.3

MADRID

SENTENCIA: 00855/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 003(C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2009 0033280, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002004 /2009

Materia: PROCESOS POR DESEMPLEO

Recurrente/s: Pedro

Recurrido/s: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (ANTIGUO INEM) SPEE

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 23 de MADRID de DEMANDA 0000474
/2008

Sentencia número: 855/09-MH

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En MADRID a diecinueve de Octubre de dos mil nueve, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 003 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el *artículo 117.1* de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 2004 /2009, formalizado por el Letrado D^a. LAURA V. DE GREGORIO GONZALEZ, en nombre y representación de D. Pedro , contra la sentencia de fecha 25-11-08, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº23 de MADRID en sus autos número 474 /2008, seguidos a instancia de D. Pedro frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (ANTIGUO INEM) SPEE, en reclamación por desempleo, reintegro de prestaciones, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Que el actor, nacido el día 1 de octubre de 1950, vino prestando servicios para la empresa Telefónica de España SAU hasta el 14 de octubre de 2003, en que cesó en la misma por acogerse al ERE 44/2003 aprobado por Resolución de la Dirección general de Trabajo de fecha 29 de julio de 2003.

SEGUNDO: Que tras haberse inscrito como demandante de empleo el demandante lucró las correspondientes prestaciones por desempleo por el período desde el 14 de octubre de 2003 hasta el 13 de octubre de 2005, conforme a una base reguladora diaria de 85 #.

TERCERO: Que el demandante solicitó el subsidio por desempleo por agotamiento de la prestación por desempleo, el 14 de noviembre de 2005, siéndole otorgado por la modalidad del previsto para mayores de 52 años, por el periodo de 14 de noviembre de 2005 hasta el 1 de octubre de 2005.

CUARTO: Mediante resolución de 11 de enero de 2007, el actor fue emplazado en relación a haberse comprobado hechos que pudieran afectar al derecho al subsidio por desempleo percibido desde el 14 de noviembre de 2005 hasta el 30 de diciembre de 2006, por importe total de 5.062,88 #, para que en el plazo de diez días efectuara alegaciones al haberse detectado que a la fecha de inicio del subsidio poseía rentas (exceso de indemnización legal) superiores al 75% del SMI cursándose preventivamente baja cautelar en el subsidio por desempleo en tanto se dicte resolución definitiva.

QUINTO: Por resolución, de 26 de febrero de 2007, la demandada resolvió dictar una nueva resolución que revoca y anula la anteriormente dictada por la que se le había reconocido el derecho al percibo de subsidio por desempleo y acordar asimismo declarar la percepción indebida de prestaciones por el periodo trascurrido desde el 14 de noviembre de 2005 hasta el 30 de diciembre de 2006, por importe total de 5.062,88 #.

SEXTO.- Que en el contrato de desvinculación incentivada suscrito con Telefónica de España SAU, el 14 de octubre de 2003, a cambio de acogerse al referido ERE y causar baja en la empresa, el actor percibiría una renta mensual de carácter fijo, de 2.246,57 #, durante el periodo comprendido entre la fecha de la baja y la del mes anterior a la que cumpliera 61 años de edad, si bien, durante el periodo que abarcaba la prestación por desempleo, la empresa se comprometía a abonarle una renta igual a la diferencia entre el importe de la prestación por desempleo y la cuantía de dicha renta mensual, incrementada durante ese periodo, en el importe equivalente al coste de las cotizaciones a la Seguridad Social que hubiese de realizar el demandante, y desde el mes en el que cumpla 61 años hasta el mes inmediatamente anterior a los 65 años, percibirá una renta mensual de 1.955,05 #, asimismo la empresa se comprometía a abonar el 100 % del coste del Convenio Especial con la Seguridad Social que el actor pudiera suscribir, acreditado este extremo.

SEPTIMO.- Que el actor declaró fiscalmente (IRPF) en el año 2005 unas retribuciones dinerarias por un importe íntegro de 16.771,63 #, y un rendimiento neto, tras reducir dicha cantidad en los gastos fiscalmente deducibles, de 14.082,54 #.

OCTAVO.- Que interpuso reclamación previa, el 14 de enero de 2008 que fue desestimada por

resolución, de 18 de marzo de 2008.

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

Que debía desestimar y desestimo la demanda formulada por D. Pedro , contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en reclamación sobre subsidio por desempleo, absolviendo al demandado de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el Letrado D^a. LAURA V. DE GREGORIO GONZALEZ, en nombre y representación de D. Pedro , no siendo impugnado de contrario.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 15-4-09 , dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 6-10-09 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Frente a la sentencia de instancia se alza, en Suplicación el actor articulando, por el 191 c) de la *L.P.L. un exclusivo motivo en el que denuncia la infracción de la D.T 3^a de la ley 45/2002* .

La cuestión que se plantea ha sido reiteradamente resuelta por esta Sala en el sentido resuelto por el juez a quo y ha sido objeto de unificación de doctrina por la Sala 4^a del T.S. que, en sentencia de 3-12-08 estableció:

PRIMERO: La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre el requisito de carencia de rentas exigido para la percepción del subsidio por desempleo de "nivel asistencial".

En concreto, se trata de determinar si las cantidades percibidas por los trabajadores de Telefónica de España S.A. despedidos mediante el expediente de regulación de empleo 44/2003, donde se ha establecido una indemnización de despido colectivo superior a la establecida en el *art. 51.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET)*, computan para el cálculo del citado requisito de carencia de rentas en la cuantía excedente del importe de la indemnización legal.

La sentencia recurrida ha descartado tal cómputo, dando lugar con ello a la estimación de la demanda de la actora. La decisión ha buscado apoyo en la *Disposición Transitoria 30 punto 1 párrafo segundo de la Ley 45/2002* . La sentencia aportada para comparación, en un supuesto sustancialmente igual ha llegado a la conclusión contraria, confirmando sentencia desestimatoria de la demanda del actor. Tras un detenido estudio de la cuestión litigiosa, considera esta sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 28 de diciembre de 2006 , que la mencionada Disposición Transitoria no es de aplicación al supuesto litigioso.

Una vez comprobado el cumplimiento del requisito de la contradicción y de los restantes exigidos en la legislación procesal, debemos resolver motivadamente el fondo del asunto con arreglo a derecho. Para ello resulta muy conveniente exponer los preceptos legales sobre el requisito de carencia de rentas en el subsidio por desempleo, de cuya exégesis se desprende la decisión a adoptar, como se verá a continuación.

SEGUNDO.- El requisito de carencia de rentas se exige a los beneficiarios del subsidio por desempleo del nivel asistencial en el *art. 215.1.1) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* . La especificación o regulación detallada del mismo se contiene en este *precepto legal y en el apartado 3 del mismo art. 215* .

El *art. 215.1.1) LGSS* requiere para la concesión del subsidio la carencia de "rentas de cualquier naturaleza", cifrando tal carencia en la *disposición de ingresos "superiores, en cómputo mensual, al 75 por*

100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias".

El *art. 215.3 LGSS* contiene una regulación de distintos aspectos del requisito de carencia de rentas objeto del litigio, entre ellos el de concreción de las rentas o ingresos computables. El *número 2) párrafo primero de este apartado del art. 215 LGSS* insiste en la amplitud de los términos que delimitan las rentas computables ("Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado..."; y el párrafo segundo del mismo apartado incluye una precisión sobre las rentas o percepciones por pérdida de empleo, que viene a ser una excepción a la regla general. El enunciado del precepto dice así: "No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta" a los efectos del requisito de carencia de ingresos.

La *Disposición Transitoria 3ª de la Ley 45/2002* incide también, como han señalado tanto la sentencia recurrida como la sentencia de contraste, en el cómputo de las rentas a tener en cuenta para el reconocimiento del derecho al subsidio de desempleo. Esta *disposición contiene varias previsiones de derecho que toman como fecha de referencia la de 26 de mayo de 2002*. De acuerdo con dicha norma "a efectos del reconocimiento de los subsidios por desempleo y no obstante lo establecido en el *art. 215.3 LGSS* no se computará como renta [...] 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" cuando el expediente se hubiera iniciado antes de dicha fecha o "cuando el expediente, aun iniciado con posterioridad a 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 que viene a ordenar, en suma, la norma contenida en la *Disposición Transitoria 31 de la Ley 45/2002* no es en realidad la resolución de un conflicto de derecho intertemporal, sino una ampliación de la excepción del *art. 215.3 LGSS* para casos de despidos colectivos muy concretos, limitados a un determinado período de tiempo. Para los supuestos previstos en la mencionada disposición la excepción del *art. 215.3.2) párrafo segundo* se extiende no sólo a la indemnización legal de despido sino al importe íntegro de la indemnización de despido.

TERCERO.- Es claro que la clave de la resolución del asunto en un sentido u otro se encuentra en la decisión de si es aplicable o no al caso la referida *Disposición Transitoria 38 de la Ley 45/2002*. Más concretamente, a la vista de que el expediente de regulación de empleo en cuestión corresponde a 2003 (fue presentado en junio de dicho año), lo único que hay que averiguar es si tal expediente a través del cual se ha legitimado la extinción del contrato de trabajo de la actora "trae causa" de "planes en sectores en reestructuración" aprobados antes de 26 de mayo de 2002 "en el ámbito de la Unión Europea". No nos encontramos, obviamente, a la vista de los datos cronológicos del expediente, ante una iniciativa de ajuste de plantillas anterior a la fecha de referencia repetidamente citada.

En cuanto al encaje o no del caso litigioso en la otra previsión normativa de plan en "sector en reestructuración" anterior a 26 de mayo de 2002, los términos de la opción interpretativa se pueden exponer como sigue: si, como ha hecho la sentencia recurrida, se da una respuesta afirmativa a tal pregunta, la totalidad de la indemnización de despido reconocida al trabajador ha de excluirse del cómputo de rentas a efectuar para el otorgamiento del subsidio, con lo que procedería el reconocimiento del derecho al mismo. Si, como sostiene la sentencia de contraste, la norma excepcional de la citada *Disposición Transitoria* no se entiende aplicable al caso, el subsidio por desempleo no puede ser reconocido a la actora, en cuanto que el cómputo del importe de la indemnización de despido por encima de la indemnización legal daría como resultado la superación del umbral (75 % del salario mínimo interprofesional) a partir del cual la ley entiende que no se cumple el requisito de carencia de rentas o ingresos.

De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la respuesta ajustada a derecho a la cuestión controvertida es la que ha dado la sentencia de contraste, por lo que el recurso debe ser estimado.

Es cierto que el sector de las telecomunicaciones ha sido objeto de una amplia regulación de Derecho comunitario y de Derecho nacional que se inicia en los años noventa, y que ha tenido nuevas manifestaciones ya en el actual decenio. Exponentes recientes de esta normativa son la *Directiva 2002/21*, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) y la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*. La finalidad de estas disposiciones ha sido, como dice la exposición de motivos de la *Ley 32/2003*, instaurar y consolidar "un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones". Ahora bien, 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.

Como dice la sentencia de contraste, la existencia de una empresa o de un sector en reestructuración deriva de una "crisis de empleo" que no se ha dado en sector de las telecomunicaciones, que es, con toda evidencia, un "sector en expansión al amparo de las nuevas tecnologías". Una cosa es el ajuste de una empresa de gestión de un monopolio a un régimen de competencia y otra cosa distinta es un plan de reestructuración en el ámbito de la Unión Europea, de cuya existencia nada se dice por otra parte en las normas y disposiciones esgrimidas en el debate procesal. A ello hay que añadir que las consideraciones de la memoria explicativa del expediente de regulación de empleo 44/2003 en que se apoya la sentencia recurrida no acreditan la existencia de tal plan de reestructuración, sino las previsiones y decisiones de parte sobre tendencias en el volumen de empleo en algunas empresas del sector, sobre el impacto "en un primer momento" de la liberalización de los servicios de telefonía, y sobre la "pesada estructura de costes" de la empresa "asumida en tiempos de monopolio" y a cuyo alivio se encaminaba el expediente de regulación de empleo iniciado. Tales razones han sido suficientes para conseguir la autorización de tal expediente, en los términos en que ésta ha sido efectuada, pero no convierten al sector de telecomunicaciones ni tampoco a la empresa demandada en un sector o empresa sometidos a un plan de reestructuración en el ámbito comunitario.

Por tanto se desestima el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D^a. LAURA V. DE GREGORIO GONZALEZ, en nombre y representación de D. Pedro , contra la sentencia de fecha 25-11-08 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº23 de MADRID en sus autos número 474 /2008, seguidos a instancia de D. Pedro frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (ANTIGUO INEM) SPEE, en reclamación por desempleo, reintegro de prestaciones, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los *artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral* , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los *artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley* .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos *preceptos dichos (227 y 228)* , que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2828/0000/00/2004/09 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

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

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995*, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.