

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA CATALUNYA
SALA SOCIAL

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL
ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA
ILMA. SRA. ROSA MARIA VIROLÉS PIÑOL

En Barcelona a 10 de octubre de 2005

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7674/2005

En el recurso de suplicación interpuesto por Petronila frente a la Sentencia del Juzgado Social 6 Barcelona de fecha 20 de mayo de 2004 dictada en el procedimiento Demandas nº 433/2003 y siendo recurrido/a Servicio Público de Empleo Estatal (INEM). Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Ignacio María Palos Peñarroya.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de junio de 2003 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Desempleo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 2004 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimó la demanda interpuesta por PETRONILA contra INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO en reclamación en materia de prestación de desempleo, absolviendo al INEM de las pretensiones en la misma contenidas".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- Por resolución de fecha 4-4-01 se reconoció a la actora subsidio para mayores de 52 años con fecha de inicio de 11-1-01 y a tiempo parcial (50%) al haber agotado en su día una prestación de desempleo contributivo a tiempo parcial.

Contra dicha resolución presentó en fecha 22-05-01 reclamación previa indicando que la ocupación anterior inmediata a la solicitud del subsidio fue un contrato de duración determinada a tiempo completo solicitando que el subsidio le fuera reconocido a tiempo completo. Dicha reclamación e desestimó expresamente por resolución de 12 de junio de 2001.

2.- En fecha 20-7-01 interpuso demanda en el Juzgado de lo Social que correspondió al Juzgado núm. 19 de Barcelona que se archivó por incomparecencia de la actora al acto de juicio.

3.- En fecha 11-12-02 presentó la actora escrito en que solicitaba la rehabilitación y reproducción del expediente cuya resolución se dictó el 4-4-01 para que se le reconociera el 100 por 100 del subsidio de mayor de 52 años pues el empleo perdido antes del 11-1-01 lo fue a tiempo completo.

En contestación a ese escrito, por el INEM, en fecha 3 de febrero de 2003, haciendo referencia a los antecedentes que obran en los dos hechos anteriores, se comunicó a la actora que a la vista de ello no procediera revisión de su expediente. En fecha 12-03-03 por la actora se presentó reclamación previa contra el mismo. No consta resolución expresa de la misma.

4.- La actora consta como perceptora de la prestación de desempleo extinción nivel contributivo de 16-06-00 a 15-10-00 con porcentaje del 50%.

LA actora en fecha 11-12-00 suscribió contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo con la empresa TECSO, S.A., con finalización el 10 de enero de 2001 para la sustitución de la trabajadora Sra. N. con derecho a reserva de puesto de trabajo por hallarse en situación de I.T."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación D^a Petronila la sentencia que desestimó su demanda contra el Instituto Nacional de Empleo en la que solicitaba un mayor porcentaje en el subsidio de desempleo para mayores de 52 años que tiene reconocido, solicitando en primer lugar, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión del hecho probado cuarto y la adición de dos nuevos hechos. La primera solo va encaminada a introducir que también percibió prestaciones por desempleo de nivel contributivo desde el 12.10.84 al 11.10.86 en cuantía del 100 por 100, lo que se reitera en el motivo siguiente al cual se va a acceder, siendo por ello innecesario consignar dos veces el mismo dato.

SEGUNDO.- Pretende a continuación la recurrente introducir un nuevo hecho probado quinto del siguiente tenor: "la actora acredita desde el 1.3.65 al 31.3.84 una cotización de 3.953 días a jornada completa, así como una prestación por desempleo contributivo de 730 días, también a tiempo completo, desde el 12.10.84 al 11.10.86. Desde el 10.12.91 a 15.6.00 acredita una cotización de 292 días por realizar la siguiente jornada a tiempo parcial y en porcentaje que se dirá: de 17.12.91 a 19.6.92: 64%; de 1.9.95 a 19.6.98: 20%; de 22.6.99 a 28.2.99: 22%; de 1.3.99 a 23.5.00: 22%; de 1.6.00 a 15.6.00: 62'50%. Percibió prestación por desempleo por el periodo 16.6.00 a 15.10.00 al 50%. Del 11.12.00 a 10.01.01 trabajó a jornada completa". Procede acceder a dicha adición al basarse en el informe de vida laboral que las dos partes aportan. Ha de desestimarse, por el contrario, el siguiente motivo en el que a partir de los datos anteriores se concluye, mediante simples operaciones aritméticas, pero sin base en documento alguno como es preceptivo, que la proporción del tiempo cotizado en jornada completa y el tiempo cotizado por jornada parcial es el 99'99".

TERCERO.- En un segundo apartado destinado a examinar la posible infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia denuncia la infracción del artículo 217.1 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando en síntesis que no accede a la prestación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años por haber perdido un empleo a tiempo parcial sino uno a tiempo completo y que teniendo en cuenta todas las cotizaciones que ha efectuado a lo largo de su vida laboral y con la finalidad de aplicar una justicia más real debería reconocérsele el coeficiente del 99'99% sobre el 75% del salario mínimo interprofesional, resultado de tener en cuenta el tiempo trabajado a jornada completa y a jornada parcial.

Sobre la primera cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sentencia de 3 de junio de 2003, en los siguientes términos: el artículo 215.2.a) de la L.G.S.S. otorga el subsidio de desempleo a quienes reuniendo los requisitos a que se refiere el apartado 1.1 "hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares". La cuantía se fija en el artículo 217 en el 75% del salario mínimo, pero añadiendo que, "en el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, dicha cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas...".

En el caso contemplado por la referida sentencia del Tribunal Supremo la actora acreditaba 141 días trabajados a tiempo parcial y 65 días a tiempo completo. No reunía por tanto cotizaciones bastantes por el trabajo a tiempo completo y sí, en cambio, por el trabajo realizado a tiempo parcial. El cese se produjo cuando había realizado un corto espacio de prestación de servicios a tiempo completo. Y, como señala la sentencia recurrida, el criterio interpretativo para la determinación de la cuantía debe ser el seguido por la Entidad Gestora. Es contrario a interpretación lógica, (criterio que debe prevalecer sobre la literal) que, habiendo sido las cotizaciones efectuadas con contrato a tiempo parcial las determinantes de la concesión del subsidio, su cuantía hubiera de ser la derivada de los pocos días de prestación a tiempo completo, por el hecho de haber sido las últimas antes de quedar en situación de desempleo. Interpretación la que se establece en esta resolución cuya procedencia se reafirma contemplando el caso contrario al hoy enjuiciado: prestación de servicios por tiempo suficiente para lucrar la prestación con contrato a tiempo completo seguido de pocos días con contrato a tiempo parcial, supuesto en el que, según la tesis del recurrente, al ser el cese en contrato a tiempo parcial debería aplicarse el criterio proporcional. La indicada sentencia del Tribunal Supremo confirma la doctrina recogida en la sentencia de 15 de julio de 2002 del T.S.J. de Murcia frente a la de contraste del T.S.J. de Andalucía/Granada de 15 de abril de 1998, citada por el recurrente en apoyo de su pretensión.

La segunda cuestión también ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en sentido contrario al que pretende el recurrente. Así la sentencia de dicho Tribunal de 20 de diciembre de 2002 afirma al respecto lo siguiente: la cuantía del subsidio por desempleo, según el artículo 217.1 de la L.G.S.S. será igual al 75% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. La reserva y precisión para el tiempo parcial también aparece aquí: en el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, aquella cuantía de partida se percibirá en proporción a las horas trabajadas, en varios supuestos que se enuncian, entre ellos, el del artículo 215.1.3), relativo a los mayores de cincuenta y dos años. Supuesto que... presenta un cierto ingrediente contributivo, pues según esta última regla, el subsidio se asigna a los "trabajadores mayores de 52 años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que... hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación del sistema de seguridad social".

Desde el punto de vista de la cuantía, afirma la misma sentencia, es obligado asignar el subsidio de que hablamos, "en proporción a las horas previamente trabajadas" en el empleo parcial desempeñado. Aquí es cabalmente donde surge la duda. La norma habla, desde luego, de una "proporción"; expresión que

la sentencia recurrida hace equivaler a una correspondencia entre el "quantum" de la parcialidad laboral cuando se accedió a la protección por paro y el importe básico del subsidio; siendo éste el 75% del smi., y aquél el 50% de la jornada ordinaria, el subsidio sería justamente la mitad de ese originario porcentaje del salario interprofesional, "sin que haya razón alguna a promediar las cotizaciones efectuadas por la accionante a lo largo de toda su vida laboral". Aparte de que lo pedido por la actora no es solamente ese cómputo totalizador absoluto, parece más acertada la actitud de la sentencia de contraste, en la que "se considera razonable y equitativa dentro de los términos del texto legal, la solución intermedia de acudir a la parte proporcional de la suma tanto de las jornadas a tiempo completo como de la jornada de trabajo a tiempo parcial". En rigor, juegan tres argumentos a favor de esta segunda manera de entender la proporcionalidad retenida por la norma:

1º) El precepto (artículo 217.1) habla de un subsidio que se percibirá "en proporción a las horas previamente trabajadas", o lo que es igual, en modo alguno retiene sin más y como único el tipo de contratación existente cuando se solicita la anterior prestación (contributiva), sino que explícitamente alude a todas las horas o jornadas previamente trabajadas, expresión que comprende, quiérase o no, todo el tiempo durante el que se trabajó a tiempo parcial.

2º) Lógica consecuencia de contemplar las horas trabajadas a tiempo parcial, es la de tener en cuenta también, por contraste y de existir, todas aquellas en que se trabajó a tiempo completo, y al hacerlo así, la suma de ambas dará un total, siendo mayor o menor el coeficiente que corresponda a cada uno de los sumandos, el cual actuaría cabalmente como determinante de la proporción o fracción del subsidio básico (75% del smi) a cuyo disfrute el beneficiario accedería. Si no obramos de esta manera se puede desembocar en situaciones extremas que en cuanto absurdas deben descartarse; así, persona que sólo haya trabajado un cortísimo periodo a tiempo parcial cuando cesó en su actividad laboral y pasó a ser protegida por el seguro de desempleo.

3º) Si se hace ver, cosa frecuente, que la protección pública sustituye o suple los ingresos reales del beneficiario, será necesario admitir que esa "realidad" no es la que tiene lugar en el último momento de actividad, cuyo cese lleva a solicitar aquel auxilio estatal; sino que más bien será la totalidad promediada de horas trabajadas en el tiempo previo a la concesión del beneficio.

Planteada así la cuestión, es decir, en el sentido de que es aconsejable tener en cuenta todos los días trabajados, cuando los hay a tiempo completo y a tiempo parcial, se hace necesario elegir el periodo trabajado que sirva, de manera aceptable, como referencia para el cálculo de la proporcionalidad a que el subsidio se sujeta.

1/ La sentencia recurrida habla de toda la vida laboral del interesado, cosa que éste, en sus escritos, rechaza, pues pide proporción de otra clase.

2/ Una segunda posibilidad sería estar a los seis años anteriores a la situación de desempleo de que en principio habla el artículo 210.1 para determinar las cotizaciones eficaces a los fines de determinar el periodo de prestación contributiva lucrado.

3/ Aparece una tercera vía, cuando se repara que hay casos en que no se posee cotizaciones durante todos esos seis años, o aun habiéndolas, no son útiles en la parte que sirvieron para una prestación anterior (artículo 210.2).

4/ Aun queda una cuarta y última posibilidad, consistente en estar a los seis últimos meses cotizados, que son los que sirven para proporcionar, promediando las correspondientes bases, aquella que sirve para calcular, en principio y sin perjuicio de aplicar la regla de topes máximos y mínimos, la cuantía de la prestación de desempleo (artículo 211).

De esta serie de alternativas, la más adecuada es aquella que se identifica con la suma de cotizaciones que, como vez última, sirvieron para acceder al desempleo protegido y para medir la duración del beneficio. Curiosamente, si se contrastan, en nuestro caso -continúa diciendo el Tribunal Supremo- la

sentencia del Juzgado de Gijón, que fue estimatoria, y en el de referencia, la sentencia de la Sala de lo social de Málaga, pronto constatamos que esa fue la vía elegida. El Juzgado de Gijón, según explica en su fundamento jurídico único, está al tiempo trabajado en el periodo de cotización computado para acceder a la protección contributiva inicial; por eso parte de 729 días, de los cuales, 548 días fueron a tiempo completo (8 horas) y 191 a tiempo parcial (4 horas); la relación entre ambos proporciona un coeficiente del 87'58%, que es el que aplica al subsidio básico (75% del SMI); cálculos a los que el ente gestor demandado no ha hecho es más pequeño reparo, ni en suplicación ni en casación. La Sala social de Málaga hace algo parecido: parte de ciertas precisiones que introduce por la vía de revisión de hechos probados, en cuanto a días de una y otra clase trabajados, para llegar al coeficiente del 98'858%, aplicable al subsidio básico del 75% del SMI, coeficiente que se obtiene "calculándolo sobre la base de proporcionalidad entre las jornadas a tiempo completo y las jornadas a tiempo parcial del periodo total de prestación de servicios precedente a la petición de tal prestación (226 días en total, con sumandos de 213 días a tiempo completo y 13 días a tiempo parcial)".

Aplicando la misma doctrina al presente caso la pretensión de la recurrente de que se tengan en cuenta para calcular el porcentaje del subsidio de desempleo que se le ha reconocido todas las cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral, tanto a jornada completa como a tiempo parcial, no puede ser estimada. Por el contrario el Instituto Nacional de Empleo ha tenido en cuenta las cotizaciones que por última vez sirvieron para acceder al desempleo protegido, que le fue reconocido por el periodo 16.6.00 al 15.10.00 al 50%, cotizaciones que corresponden a diversos periodos de prestación de servicios a tiempo parcial a partir del 17.12.91 en los porcentajes que se indican en el nuevo hecho incorporado al relato fáctico de la sentencia.

Por las razones expuestas no es de apreciar ninguna de las infracciones que se denuncian en este apartado, como tampoco en el apartado siguiente en el que se invoca la interpretación errónea del artículo 219.3 de la L.G.S.S., pues con independencia de que tal precepto no sea aplicable al caso, la actora no tiene derecho al porcentaje que solicita en virtud de aquellos preceptos que sí lo son.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Petronila contra la sentencia de 20 de mayo de 2004 dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona en los autos nº 433/03, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de Empleo, confirmando la misma en todos sus extremos.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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