

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)***Sentencia 532/2019, de 27 de febrero de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 4223/2017***SUMARIO:**

Banca Cívica, S.A. Adhesión voluntaria a un plan de prejubilación en el seno de un despido colectivo. Derecho a percibir prestación por desempleo. Procedencia. En el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica en virtud de la cual los trabajadores afectados pueden determinarse por el empresario previa aceptación de aquellos a cambio de acogerse a determinadas contrapartidas previstas en un plan social. En estos casos, se entiende que el contrato se extingue por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva (art. 51 ET), de manera que aunque la opción por la prejubilación sea voluntaria, el cese no lo es. En este contexto, el hecho de que a partir de la extinción de la relación laboral se fije a favor del trabajador prejubilado la garantía de una indemnización a percibir de modo fraccionado mediante una renta mensual (aparte del resarcimiento del coste del convenio especial con la Seguridad Social y las aportaciones al plan de pensiones), ello no puede privarle de la prestación de desempleo por alta que aquella resulte (3.520,29 euros mensuales), dado su carácter indemnizatorio y no salarial. Aunque difícilmente pueda entenderse que un trabajador en las condiciones de la actora necesite la prestación por desempleo, lo cierto es que el legislador no ha previsto la posibilidad de limitar el acceso al desempleo por la cuantía de las rentas que se perciben. En el caso analizado, la solicitud extemporánea de la prestación, transcurridos 3 años desde la extinción del contrato, implica su total pérdida.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 49.1 a) y 51.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 204.2, 207, 208 y 209.

PONENTE:*Don Francisco Manuel de la Chica Carreño.*

Ilma. Sra. doña MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Presidenta de la Sala

Ilmo. Sr. don EMILIO PALOMO BALDA

Ilmo. Sr. don FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

En Sevilla, a 27 de febrero de 2019.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, compuesta por los magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 532/19

En el recurso de suplicación interpuesto por el letrado don Rodrigo Tejero Vega, en nombre y representación de doña Julia , contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Jerez de la Frontera en sus autos n.º 969/2015, ha sido ponente el magistrado don FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Según consta en autos, doña Julia presentó demanda en reclamación de prestación de desempleo contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), CAIXABANK, S.A. y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), se celebró el juicio y el 20 de septiembre de 2017 se dictó sentencia por el referido juzgado, que desestimó la demanda.

Segundo.

En la citada sentencia se declararon los siguientes hechos probados:

" PRIMERO. Dª. Julia , con D.N.I. n.º. NUM000 , nacida el NUM001 -57, afiliada al Régimen General de la S.S., con NASS NUM002 , prestó sus servicios para la empresa BANCA CÍVICA, S.A. desde el 08-11-89 hasta el día 31-07-12.

SEGUNDO. El 6 de febrero de 2012 Banca Cívica S.A. y las organizaciones sindicales CC.OO, UGT, CSICA, SEA y GTB, constituyeron una mesa de negociación e iniciaron un proceso de negociación limitado en el tiempo con la representación de los trabajadores previo al inicio de los periodos de consulta previstos en los artículos 40 , 41 , 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores , dando con ello cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de la Entidades de Ahorro y en aras a buscar fórmulas que permitieran minimizar el impacto en el volumen de empleo. Se trataba de analizar las medidas de reordenación de oficinas y costes que había anunciado la empresa con base en causas económicas, organizativas y productivas.

Tras varias reuniones celebradas entre las partes en aquel inicial proceso informal, se procedió el día 5 de junio de 2012 a la apertura del periodo de consultas, conforme a lo establecido en los artículos 47 y 51 del E.T ., para la extinción colectiva y suspensión de los contratos de trabajo tras el que se alcanzó el correspondiente Acuerdo.

TERCERO. Con fecha 6 de junio de 2012 la empresa BANCA CÍVICA S.A. y las organizaciones sindicales CC.OO, UGT, CSICA, SEA y GTB, que representaban en su conjunto un 98,19 % de la representación de los trabajadores en el ámbito de la Entidad suscribieron un Acuerdo Colectivo, que incorporado en la documental se tiene por íntegramente reproducido (doc. 3 del actor).

En el capítulo Primero del Acuerdo se regularon las "Prejubilaciones" con el siguiente tenor:

" PRIMERO. Podrán acogerse a la medida de prejubilación los empleados que cumplan los siguientes requisitos:

Tener una antigüedad de 6 años en el momento de la extinción del contrato.
Tener cumplidos 54 años a 31 de diciembre de 2012.

SEGUNDO. El plazo de acogimiento a la medida de prejubilación será hasta el 15 de julio de 2012. En el caso de que transcurrido el plazo de acogimiento hubiera empleados que, reuniendo los requisitos para acogerse a esta medida no lo hubieran hecho, la cantidad equivalente al coste de la prejubilación de dichos trabajadores no acogidos a la misma, calculada a fecha 1 de agosto de 2012, se destinará, hasta el límite de su cuantía, a financiar las prejubilaciones de los trabajadores que cumplan 54 años a partir del 1 de enero de 2013, por estricto

orden de cumplimiento de dicha edad y, en caso de coincidir en este punto, con aplicación del criterio de antigüedad en el empresa.

TERCERO. Con carácter general la extinción del contrato de trabajo de quienes se acojan a la medida de prejubilación se producirá antes del 31 de julio de 2012, aunque excepcionalmente y por razones organizativas podrá retrasarse la materialización de la misma hasta el 30 de junio de 2013.

CUARTO. La situación de prejubilación durará desde la fecha de extinción del contrato hasta la fecha en que el empleado cumpla 63 años, momento en el que cesarán las coberturas que se establecen en los apartados siguientes, incluso cuando el trabajador no reúna el periodo cotizado necesario para acceder a la jubilación anticipada en ese momento.

QUINTO. Durante la situación de prejubilación el trabajador percibirá una cantidad bruta anual equivalente al 75% de la retribución fija percibida en los últimos doce meses anteriores a la prejubilación por los conceptos incluidos en el Anexo 1, que podrá percibir, a elección del trabajador en un único pago o bien en forma de renta mensual equivalente. En el caso de optar por la fórmula de renta mensual, se reconoce a favor de los causahabientes los derechos que le correspondan al causante por el período no percibido como consecuencia del fallecimiento del empleado.

La base máxima de retribución fija sobre la que se aplicará el citado porcentaje será de 100.000 euros, reduciéndose hasta dicha cuantía en caso de que la retribución fija fuera superior.

La cuantía de la compensación por prejubilación se revalorizará, cuando se perciba en forma de renta, en un 1% anual a partir del 1 de enero del año siguiente a la extinción del contrato.

SEXTO. La empresa abonará el importe bruto equivalente al coste del Convenio Especial con la Seguridad Social desde la fecha de extinción del contrato de trabajo hasta la edad de 63 años, computando como base para el mismo la que correspondiera al trabajador en el momento inmediatamente anterior a la extinción del contrato de trabajo, actualizada en el mismo porcentaje que lo haga la base máxima de cotización a la Seguridad Social.

SÉPTIMO. Durante el periodo de prejubilación se continuarán realizando aportaciones por la contingencia de jubilación al plan de pensiones de empleados del que sea partícipe, en la misma cuantía de la aportación realizada en el año inmediatamente anterior a la extinción del contrato.

OCTAVO. Cuando se opte por la percepción de la compensación por prejubilación en forma de capital, se abonará en un único pago en los cinco días siguientes a la extinción del contrato de trabajo. De igual manera, cuando se haya optado por la percepción de la compensación por prejubilación en forma de capital, se abonará al trabajador, en el mismo plazo, una cantidad equivalente al coste del Convenio Especial con la Seguridad Social hasta que el trabajador cumpla los 63 años, aplicando una revalorización del coste del mismo del 1% anual y una tasa de capitalización del 2% anual. También en este caso, la Entidad abonará una prima de seguro, al producirse la extinción del contrato, sin imputación fiscal al trabajador, por importe equivalente a la suma de aportaciones a realizar al Plan de Pensiones de Empleo hasta la edad de 63 años, con una tasa de capitalización del 2%.

NOVENO. Las condiciones de financiación de la cartera viva de préstamos y créditos de los trabajadores que se acojan a la medida de prejubilación se mantendrán en los mismos términos aplicables en el momento anterior a la extinción del contrato. La extinción de la relación contractual no supondrá el vencimiento anticipado de las operaciones de préstamo, aunque si la cancelación de los anticipos laborales o su reconversión en un préstamo a interés preferencial de clientes y con un plazo máximo de amortización de cinco años".

CUARTO. En el Capítulo II se regulaban las "Bajas Indemnizadas" y en su apartado primero se establecía que podrían acogerse a esta medida todos los trabajadores de la Entidad, excepto aquellos trabajadores que reunieran todos los requisitos necesarios para acogerse a la medida de prejubilación, de conformidad con lo establecido en el apartado primero del Capítulo I del citado acuerdo.

QUINTO. En el Capítulo III se regulaban las "Suspensiones de Contrato" y en su apartado primero se establecía que los trabajadores que a la fecha del Acuerdo tuvieran cumplidos 50 o más años, quedarían excluidos de la medida de suspensión del contrato, salvo que se acogieran voluntariamente en los términos previstos en el párrafo primero.

SEXTO. Con fecha 15-06-12 Banca Cívica informaba a la actora del Acuerdo alcanzado con la representación sindical el día 06-06-12 y asimismo le remitía los datos estimados de su situación individual en el caso de que decidiese acogerse a la medida de prejubilación, para lo cual debería remitir documento de solicitud de adhesión antes del 15-07-12. (doc. 1 de Caixabank).

SÉPTIMO. La actora presentó en Banca Cívica, S.A. con fecha 28-06-12 documento de solicitud de adhesión y aceptación expresa e irrevocable de acogerse a las medidas de prejubilación. (doc. 2 de Caixabank)

OCTAVO. Con fecha 13-07-12 se formalizó entre la actora y Banca Cívica, S.A. un Acuerdo individual (doc. 4 de la actora y doc. 3 de Caixabank) en el que las partes manifestaban expresamente:

"II. Banca Cívica ofertó a D/D^a Julia extinguir el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y el acceso a un sistema de prejubilaciones en las condiciones económicas establecidas en el Acuerdo Laboral de 6 de junio de 2012.

III. D/D^a Julia formuló por escrito su solicitud de adhesión al sistema propuesto, manifestando su voluntad de acceder a dicho sistema de prejubilaciones en las condiciones económicas establecidas en el mencionado Acuerdo Laboral y concretadas en la oferta remitida el 15 de junio de 2012."

NOVENO. La actora causó baja en Seguridad Social en la empresa Banca Cívica, S.A. el 31-07-12. Con fecha 08-08-12 causó alta en Seguridad Social mediante suscripción de Convenio Especial.

DÉCIMO. En el Acuerdo individual se establecían las siguientes

" ESTIPULACIONES: PRIMERA. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Ambas partes acuerdan, con fecha de efectividad de 31/07/2012, al amparo del artículo 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , la extinción de la relación laboral que hasta esa fecha les unía, por mutuo acuerdo entre las partes , quedando igualmente extinguidas todas las obligaciones dimanantes de la misma con excepción de las recogidas en el presente documento, en las condiciones establecidas por el acuerdo colectivo de 6 de junio de 2012.

El presente contrato de prejubilación y el abono de las cantidades a que se refieren la siguiente estipulación son incompatibles con la prestación de servicios por cuenta propia o ajena que puedan entrar en concurrencia con la actividad de BANCA CÍVICA y, en concreto, las referentes a actividades financieras y del sector asegurador. Para que D./D^a. Julia pueda desempeñar una actividad laboral o profesional deberá contar con la autorización expresa previa a la realización de dicha actividad por parte de la Dirección de Personas de Banca Cívica, debiendo efectuarse la solicitud por escrito.

Dada la incompatibilidad descrita, la realización de actividades concurrentes con BANCA CÍVICA conllevará:

El cese en el abono de las cantidades recogidas en el presente acuerdo.

La devolución, en su caso, de las cantidades percibidas correspondientes al periodo de actividad concurrente.

El presente acuerdo finalizaría, quedando sin efecto, aún cuando posteriormente se cese en la actividad concurrente .

SEGUNDA. COMPENSACIÓN POR PREJUBILACIÓN:

A) De las formas de cobro previstas en el Acuerdo Laboral de 6 de junio de 2012, D./D^a Julia ha elegido la percepción en forma de renta mensual.

B) De acuerdo con dicha elección, como compensación por la prejubilación mediante la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, Banca Cívica abonará a D./D^a. Julia y hasta el momento del cumplimiento de los 63 años de edad una cantidad bruta de 3.520,29€ mensuales en la cuenta donde se venía abonando la nómina como trabajador en activo. Dicha cantidad ha sido calculada sobre las retribuciones brutas correspondientes a los últimos doce meses en activo a contar hasta la firma del presente Acuerdo correspondiente a los conceptos salariales del Anexo I establecidos en el Acuerdo Laboral de 6 de junio de 2012, con el límite de 100.000 euros de base máxima, según los cálculos contenidos en la oferta de prejubilación remitida con anterioridad a este acuerdo.

Dicha cuantía será revalorizada en un 1 por ciento anual a partir del 1 de enero del año siguiente a la extinción del contrato.

C) Adicionalmente, la Entidad abonará en la citada cuenta al Sr. Julia mensualmente el importe bruto equivalente al coste del Convenio especial con la Seguridad Social que deberá de suscribir y hasta el momento en que la persona prejubilada cumpla los 63 años de edad. Sobre este importe se procederá a la retención de las cantidades correspondientes en concepto de IRPF.

D) La Entidad efectuará las retenciones que en cada momento establezca la legislación vigente.

E) En caso de fallecimiento de la persona prejubilada con anterioridad al cumplimiento de los 63 años de edad, sus causahabientes tendrán derecho al cobro de las rentas mensuales no percibidas por el causante como consecuencia de su fallecimiento.

En el caso de que D./D^a. Julia realice un trabajo por cuenta propia o ajena, resultará de aplicación lo establecido en la Estipulación primera del presente contrato de prejubilación, dejando la Entidad de satisfacer a partir del inicio de la actividad de que se trate, el importe que corresponda por el concepto de pago del coste del Convenio Especial. Asimismo, quedará obligado a reintegrar las cantidades liquidadas de manera anticipada por la Entidad en concepto de Convenio Especial que no vayan a ser satisfechas a la Seguridad Social. No obstante lo anterior, en el caso de que la base de cotización que le correspondiese en función de la nueva actividad, fuera inferior a la que tiene reconocida hasta ese momento el prejubilado, deberá suscribir el convenio especial por la diferencia, asumiendo el coste de dicha diferencia Banca Cívica.

En el caso de que, con posterioridad, la persona en situación de prejubilación cesara en dicha actividad, podrá cursar de nuevo el alta en el convenio especial y la Entidad reiniciará el abono de los importes del mismo desde el primer día del mes siguiente al que se produzca dicho cese.

TERCERA. PLAN DE PENSIONES.

De conformidad con lo establecido en el Acuerdo de 6 de junio de 2012, Banca Cívica se compromete a continuar realizando aportaciones por la contingencia de jubilación al plan de pensiones de empleados del que sea partícipe, en la misma cuantía de la aportación correspondiente a la retribución fija y variable de carácter ordinario, realizada en el año anterior a la extinción del contrato.

El importe de las aportaciones correspondiente al personal que proceda del subplan 3 de Caja Canarias será revisado cuando estén disponibles los nuevos porcentajes de aportación vigentes desde 1 de enero de 2012.

CUARTA. INCUMPLIMIENTOS.

El incumplimiento por parte de la persona prejubilada de cualquiera de las obligaciones que le corresponden en función de lo pactado en el presente contrato, dará lugar a la pérdida de los derechos regulados en el mismo y liberará a la Entidad de sus propias obligaciones frente al mismo, por lo que el empleado/a dejará de percibir todas y cada una de las cantidades y beneficios previstos en el mismo desde el momento en el que BANCA CÍVICA tuviera constancia del incumplimiento."

UNDÉCIMO. La actora ha percibido mensualmente de Banca Cívica, S.A. y posteriormente de Caixabank, S.A. la cantidad mensual de 3.520,29€ y la cantidad de 867,89€ por el importe de abono del Convenio Especial de Seguridad Social, ambos revalorizados anualmente.

La Entidad ha continuado realizando aportaciones al Plan de Pensiones de la actora y ha mantenido a esta los demás derechos sociales reconocidos en Convenio Colectivo como si se encontrara en activo.

DUODÉCIMO. Los Sindicatos que firmaron el Acuerdo de 06-06-12, tras el mismo informaron a los trabajadores de Banca Cívica de las distintas medidas acordadas. CC.OO. y C.G.T. informaron expresamente de la imposibilidad de acceder a la prestación de desempleo en el supuesto de "prejubilaciones" al no haberse tramitado estas a través de un E.R.E. y haber desaparecido la autorización administrativa de la Autoridad Laboral. (doc. 5 y 6 de Caixabank)

DECIMOTERCERO. Con fecha 23-02-13 CAIXABANK S.A, sucedió a BANCA CÍVICA S.A. en todas las relaciones laborales y obligaciones que tenía ésta con los trabajadores.

DECIMOCUARTO. Con fecha 30-08-13 se presentó escrito por la actora ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y S.S. Con fecha 01-10-13 se contestaba a dicho escrito haciendo constar el

Organismo que se había tramitado E.R.E. NUM003 presentado por Banca Cívica, en el que estaba incluido aquella.

DECIMOQUINTO. Con fecha 14-07-14 la actora formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo respecto de considerar que su baja en la empresa no había sido voluntaria. (doc. n.º. 10 de la actora).

La Inspección de Trabajo emitió informe con fecha 23-09-14, con base en doctrina del Tribunal Supremo anterior a la modificación operada en el art. 51 del E.T., por el RDL 3/2012, de 10 de febrero de 2012, que suprimió el Expediente de Regulación de Empleo con autorización administrativa, en el que estimaba que las bajas mediante Prejubilaciones habidas en el Acuerdo formalizado por la empresa Banca Cívica, S.A. y la representación sindical, con fecha 06-06-12 en el EXPEDIENTE DE DESPIDO COLECTIVO Y DE SUSPENSIÓN DE CONTRATOS EN BANCA CÍVICA, S.A. tenían carácter de involuntarias. (doc. 10 bis de la actora)

DECIMOSEXTO. Por Resolución de 2 de Marzo de 2015 la Inspección de Trabajo dejó sin efecto la propuesta de sanción contenida en su Acta de Infracción de 4 de septiembre de 2014, considerando que "efectivamente la empresa no tenía la obligación de entregar al trabajador el certificado de empresa", admitiendo las alegaciones de Caixabank de que no existía dicha obligación al haberse suscrito entre las partes un documento de extinción de contrato de mutuo acuerdo el 31/07/2012, no encontrándose por tanto la trabajadora en situación de desempleo, con adhesión voluntaria a la oferta de prejubilación y suscripción de un Convenio Especial con la S.S.(doc. 10 de Caixabank).

DECIMOSÉPTIMO. La actora ha permanecido inscrita como demandante de empleo en los siguientes periodos (doc. aportado por el S.P.E.E. en su ramo de prueba):

De 27-01-14 a 30-10-14

De 23-06-15 a 04-04-17

DECIMOCTAVO. Con fecha 15-05-15 la actora formuló solicitud a la T.G.S.S. para que procediera a la modificación de la clave de baja que le había sido asignada con fecha el 31-07-12, la 51 de "Dimisión/baja voluntaria". (doc. 6 del ramo de la actora)

Con fecha 10-06-15 la T.G.S.S. comunicó a la actora que vista su reclamación se había procedido a anotar su baja con fecha 31-07-12 en la empresa "Banca Cívica, S.A.", en la clave que causa de baja 77 "baja por despido colectivo". (doc. 7 del ramo de la actora)

Dicha Resolución fue recurrida por Caixabank ante la T.G.S.S. con fecha 26-05-17, que le fue desestimada, siendo recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Andalucía (doc. 8 y 9 de Caixabank)

DECIMONOVENO. CAIXABANK ha recurrido en Casación las Sentencias dictadas por la Sala del TSJ de Andalucía, sede de lo Contencioso-Administrativo, en relación a la causa de la baja de los prejubilados de la extinta BANCA CÍVICA. (doc. 9 de Caixabank).

VIGÉSIMO. Con fecha 03-07-15 la actora solicitó prestación contributiva de desempleo (Expediente SPEE).

VIGESIMOPRIMERO. Por Resolución de 23-07-15 el S.P.E.E. denegó a la actora el alta inicial en la prestación de desempleo. (Expediente SPEE).

Formulada con fecha 07-08-15 Reclamación Previa le fue desestimada por Resolución de 17-08-15. (doc. 3 aportado con la demanda)."

Tercero.

La demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, recurso que fue impugnado por el SPEE y por Caixabank.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de la actora, presentada en impugnación de resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) de fecha 23 de julio de 2015 denegatoria de la prestación de desempleo solicitada el 3 de julio de 2015. En dicha resolución la entidad gestora denegaba la prestación por tres razones: que el cese en el empleo era voluntario, por lo que la actora no se encontraba en situación de desempleo; que no se encontraba afiliada y en alta en el momento de la solicitud, ni inscrita como demandante de empleo, ni existía disponibilidad para el empleo; y que no se había producido una merma en sus ingresos al estar sus rentas anteriores garantizadas. Luego, en el acto del juicio se alegó también por dicho organismo que, en todo caso, la solicitud era extemporánea.

Frente a dicha sentencia se alza en suplicación el trabajador, con su representación letrada, articulando diversos motivos de revisión fáctica y de censura jurídica, siendo impugnado por el SPEE y por Caixabank.

Segundo.

En cuanto a la revisión fáctica, con amparo en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se articulan los siguientes motivos:

2.1 En el primero se pide la supresión del hecho probado sexto, a lo que no ha de accederse porque se basa en el mismo documento que lo sustenta, el cual ya ha sido valorado por el juzgador de instancia; y porque el hecho de que el documento no se encuentre firmado por la trabajadora no significa que no lo hubiera recibido, máxime cuando no se cuestiona el hecho séptimo en el que se da cuenta de que la actora suscribió el documento de adhesión.

2.2 En el segundo motivo se solicita la supresión del hecho probado duodécimo, y subsidiariamente que se adicione al mismo lo siguiente:

"No obstante lo anterior, no se ha acreditado por parte del SEPE ni de La Caixa que el demandante estuviera afiliado al sindicato Comisiones Obreras ni al sindicato Confederación General del Trabajo. No consta acreditado si tales boletines explicativos circularon exclusivamente para los afiliados de los sindicatos que los emitieron o para el resto de los trabajadores. No consta acreditado (puesto que no ha sido averado por ningún representante de tales sindicatos) quién redactó tales boletines explicativos. Y no queda acreditado que el demandante tuviera efectivo conocimiento de las mismas."

A lo que no ha de accederse porque no se cita en apoyo de la pretensión de revisión documento o pericia en la que apoyar la revisión solicitada, cual requiere el artículo 196.3 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Y porque lo que se trata de hacer figurar en el relato son los ambiguamente denominados "hechos negativos", como son las expresiones del tipo "no consta..." que por sí mismas ni afirman ni niegan la existencia de aquello a lo que se refieren, por lo que no cumplen con la finalidad del hecho probado que es dar certeza judicial de si algún hecho trascendente ha sucedido o no, y es por ello que se ha considerado que los así referidos no son "hechos probados", sino su antítesis: los denominados "no hechos", expresión preferible a la de "hechos negativos" que puede dar lugar a confusión con los hechos probados expresados mediante frase negativa.

2.3 En el motivo tercero se solicita la adición un nuevo hecho probado que sería el vigésimo segundo (y no el vigésimo primero, como se dice en el motivo, pues ya figura un hecho probado con tal ordinal cuya supresión no se pide) con el siguiente tenor literal:

"Con fecha del día 31/Julio/2012, el demandante extinguió su contrato de trabajo como consecuencia de resultar afectado por el Expediente de Regulación de Empleo número NUM003 tramitado por la entidad BANCA CÍVICA, S.A., según se hace constar en oficio remitido por la Dirección General de Empleo".

No ha lugar a lo solicitado porque la redacción que se propone tiene carácter valorativo, y por tanto no puede figurar tal como se solicita en la relación fáctica de la sentencia, por resultar predeterminante del fallo, tal

como tiene establecido la doctrina jurisprudencial de la que es muestra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo n.º 450/2017 de fecha 30 de mayo de 2017 (Rco. 283/2016), en la que con cita de la de 19 de diciembre de 2013 (Rco. 37/2013) se dice que "la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 - rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -).".

2.4 En el motivo cuarto se solicita la adición un nuevo hecho probado que sería el vigésimo tercero (y no el vigésimo segundo, como se dice en el motivo), del siguiente tenor literal:

" Con fecha del día 11/Febrero/2014, se emitió DICTAMEN por la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO con fecha del día 11/Febrero/2014 en la que se concluía lo siguiente: "Por lo expuesto y teniendo en cuenta que los trabajadores afectados de la empresa en cuestión causaron baja en la empresa por prejubilación, como consecuencia del expediente de regulación de empleo NUM003 , desde nuestra óptica no se puede considerar que al extinción de sus contratos sea por la libre voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, sino que, en todo caso, los trabajadores tuvieron que elegir entre una u otra medida, dado que el expediente de regulación de empleo fue presentado por la parte empresarial, fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas y productivas establecidas en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , -ajenas a la voluntad de los trabajadores- donde ya se habían establecidos unos excedentes de plantilla. Así pues, a nuestro entender, ha de considerarse que los ceses en la empresa deben tener el carácter de involuntarios, y realizados de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo, con todas las consecuencias y efectos que tales extinciones producen en orden al reconocimiento de posibles prestaciones."

Sí se accede en este caso a lo solicitado porque todo lo que se pretende introducir en la relación fáctica de la sentencia a través de este motivo, se desprende de la documentación que se invoca, el propio dictamen que obra a los folios 258 y 259 de las actuaciones y con ello se completa la relación fáctica de la misma.

2.5 En el motivo quinto se pide la modificación del hecho probado décimo octavo para añadir al mismo que:

"Las sentencias del TSJ son firmes, y así consta en el certificado de firmeza que se aporta y la resolución del TSJ por la que se desestima la nulidad pretendida por Caixabank."

Se accede a la adición, por así derivarse de manera inmediata y sin necesidad de valoraciones de la propia certificación invocada que obra al folio 242 de los autos.

2.6 En el sexto motivo se solicita adición un nuevo hecho probado que sería el vigésimo cuarto (y no el vigésimo tercero, como se dice en el recurso), con el siguiente tenor literal:

"El día 19 de junio de 2015 el actor presenta demanda de empleo en el SPEE. No consta acreditado que el SEPE ni el SAE haya ofrecido ninguna oferta de empleo al demandante que éste haya rechazado, ni vinculado al sector bancario o del seguro ni fuera de estos sectores."

Se accede a añadir el primer inciso, pues así se deriva del documento (tarjeta de empleo) que consta al invocado folio 270 de los autos. Pero no se accede a lo demás, por lo antes razonado acerca de los "hechos negativos" o "no hechos".

2.7 En el motivo séptimo se solicita la adición de un nuevo hecho probado que sería el vigésimo quinto (y no el vigésimo cuarto, como se dice en el recurso), del siguiente tenor:

"Asimismo, consta acreditado que el demandante solicitó a la Agencia Tributaria la rectificación de las declaraciones de la renta correspondientes a los ejercicios 2012, 2013 y 2014, que la Agencia Tributaria había calificado como ingresos provenientes de salarios. Queda acreditado que la Agencia Tributaria estimó las

solicitudes de rectificación del demandante y calificó como exentas las cantidades abonadas por La Caixa al trabajador al considerarlas como indemnización" .

También a esta adición ha de accederse porque se deriva de la documentación que se invoca en apoyo de la pretensión de revisión (declaraciones y resoluciones a los folios 271 a 295 de los autos) sin necesidad de conjeturas o suposiciones.

2.8 Finalmente, en el octavo y último motivo se solicita adición de un nuevo hecho probado que sería el vigésimo sexto (y no el vigésimo quinto, como se dice en el recurso), con el siguiente tenor literal:

"El SEPE ha reconocido la prestación de desempleo a un trabajador del colectivo, don Faustino , que se encuentra en las mismas circunstancias que el demandante."

A lo que no puede accederse porque no se deriva la documentación que se invoca (expediente de desempleo de dicho trabajador, a los folios 322 a 329 de los autos) que la situación del trabajador de referencia fuera idéntica a la que corresponde a la ahora recurrente; y, en todo caso, aunque fuera cierto lo que el mismo sostiene, no incidiría en la solución que aquí deba de adoptarse.

Tercero.

Por lo que hace a la censura jurídica, se articulan seis motivos al amparo del art. 193.c) LRJS tratando de combatir todas y cada una de las causas de denegación de la prestación.

3.1 Debemos comenzar por el segundo motivo, en el que se defiende que la baja de la actora en la empresa fue involuntaria, porque primero ha de determinarse la cualidad de la baja en la empresa, para luego estudiar los demás planteamientos.

Así, se denuncia en este motivo que, al resolver que su baja fue voluntaria, la sentencia del juzgado ha infringido los artículos 49.1.a) y 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esta sala ha dado ya respuesta a esta cuestión con ocasión de la resolución de otros muchos recursos, desde la sentencia n.º 1116/18 de fecha 5 de abril de 2018 dictada en el recurso de suplicación n.º 1639/17 , interpuesto por trabajador que se encontraba en idénticas circunstancias a la ahora actora. Dijimos en ella y reiteramos ahora, al no haber razón para variar de criterio, lo siguiente:

"Debemos por tanto determinar si el cese de la actora merece ser considerado voluntario, adoptado por mutuo acuerdo de las partes, y por tanto no generador de la prestación por desempleo solicitada, postura mantenida por la sentencia recurrida; o si por el contrario, se enmarcaría dentro de un despido colectivo, involuntario, que generaría por tanto el derecho a la prestación, en caso de cumplirse el resto de requisitos legales.

A este respecto, debemos remitirnos a la doctrina Jurisprudencial que emana de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 25 de octubre del 2006 (recursos 4453/2004 y 2318/2005), reiterada por la de 23 mayo 2007 .

En relación con tales cuestiones, declaraba la citada sentencia de 24 de octubre del 2006 :

"Con independencia de que hubiera en el marco del ERE un acuerdo sobre prejubilaciones, lo cierto es que el cese del actor está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente. Por ello, el contrato no se ha extinguido "por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación". Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado [...] Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea. En el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse: 1º) de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa, 2º) por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador y 3º) por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario

para el trabajador. Esta conclusión es obvia en los primeros supuestos, pues la voluntad del trabajador no interviene de ninguna forma en el cese. Pero tampoco hay voluntariedad en el tercer supuesto, porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos. Puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa que determina el cese. Si el actor no hubiese aceptado la prejubilación, el mismo u otro trabajador hubiera tenido que cesar para completar el número de extinciones autorizadas. [...] Por ello, no cabe confundir la cuestión que aquí se resuelve con la que esta Sala resolvió en relación con los acuerdos de prejubilación de Telefónica, SA, (sentencias de 12 de julio de 2004 , 4 de julio de 2006 y las que en ellas se citan), pues en ese caso los ceses y el acceso a la prejubilación se produjeron por mutuo acuerdo; no por expediente de regulación de empleo".

Este mismo criterio lo han seguido las sentencias de esta Sala de 25-10-2006 (rec. 2318/2005), 17-1-2007 (rec. 4534/2005), y 23-05-07 (rec.4900/2005), y por los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco (Sentencias de 2-03-10 o 9-06-15), Cataluña (sentencia de 27-07-10), Asturias (sentencia de 22-06-07), o Navarra (sentencias de 16 y 30-11-17).

Y ya en el supuesto concreto del Expediente de Despido colectivo y de suspensión de contratos en Banca Cívica S.A. que dio lugar a las demandas presentadas por varios trabajadores prejubilados ante la Jurisdicción Contencioso administrativa, en relación a las Resoluciones de la TGSS que denegaron la modificación de la causa de la baja laboral que había sido considerada por la empresa como "voluntaria" (hecho probado duodécimo) se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, en diversas sentencias de 19-12-17 (recurso de casación 3052/15), 21-12-17 (recurso de casación 3058/15), 3-01-18 (recurso de casación 3055/15), o 15-01-18 (recurso de casación 3054/15), desestimando los recursos de casación frente a las dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, Sevilla (ordinal duodécimo). Decía la última de las sentencias citadas:

"la baja laboral se produjo por virtud del expediente de regulación de empleo, ERE n.º NUM004 , en atención a las causas previstas en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , es decir, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que determinaron el despido colectivo. De modo que la extinción obedece a un despido, y no al mutuo acuerdo del empresario y del trabajador, como ha declarado la Sala Cuarta de este Tribunal en la ya citada Sentencia de 24 de octubre de 2006 .

(...) Conviene ilustrar, en fin, sobre la notoriedad del carácter involuntario de la baja, además de lo declarado por la STS de 24 de octubre de 2006, Sala Cuarta , antes citada y que dejamos para el final, que el informe de la Dirección General de Empleo, de 11 de febrero de 2014, transcrito en parte por la sentencia recurrida, ya señalaba que "teniendo en cuenta que los trabajadores afectado de la empresa en cuestión causaron baja en la empresa por prejubilación, como consecuencia del expediente de regulación de empleo NUM004 , desde nuestra óptica no se puede considerar que la extinción de sus contratos sea por la libre voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, sino que en todo caso, los trabajadores tuvieron que elegir entre una u otra medida, dado que el expediente de regulación de empleo fue presentado por la parte empresarial, fundamentado en las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas establecidas en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores -ajenas a la voluntad de los trabajadores- donde ya se había establecido unos excedentes de plantilla. Así pues, a nuestro entender, ha de considerarse que los ceses de la empresa deben tener el carácter de involuntarios, y realizados de conformidad con lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo, con todas las consecuencia y efectos que tales extinciones producen en orden al reconocimiento de posibles prestaciones ".

Del mismo modo que el Informe de la inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 23 de septiembre de 2014, concluye que " las bajas mediante prejubilaciones a que se refieren los denunciante tienen causa en la situación descrita por Banca Cívica, S.A. en la Memoria del ERE NUM004 , causas económicas, organizativas y productivas, conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y no al art. 49.1.a) de la norma citada (...) La STS 6920/2006 , en unificación de doctrina, es muy clarificadora. La adscripción a las medias pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o productiva, y por tanto involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa. (...) En

consecuencia se estima que las bajas mediante Prejubilaciones habidas con ocasión del ERE NUM004 tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores ". "

Con base en los razonamientos expuestos, así como en la STS de 24-10-06 , antes reproducida, concluye el Alto Tribunal, en las sentencias anteriormente citadas, ratificando lo ya resuelto por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía, Sevilla, que la extinción de los contratos, de las personas incluidas en el ERE, en supuestos similares al presente, no se extinguieron por la libre voluntad de los trabajadores, tienen carácter involuntario, y la situación igualmente ha de considerarse de desempleo, a tenor de lo dispuesto en el art. 208 de la LGSS , pues tal situación se produjo en virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 51 del ET .

En el concreto supuesto que analizamos, fue la propia TGSS la que a instancias de la actora, procedió a anotar en la baja de ésta, de fecha 13-07-12 en la empresa BANCA CÍVICA S.A. la clave 77, que corresponde a la causa de baja por despido colectivo, asumiendo de tal forma el criterio jurisprudencial expuesto."

Por las mismas razones que se han expuesto, y que hemos reiterado en sentencias posteriores, como la n.º 2451/18 de fecha doce de septiembre de dos mil dieciocho , dado que no existen motivos para modificar el criterio, procede la estimación del motivo de recurso estudiado y considerar, por tanto que el cese de la actora fue involuntario, sin perjuicio del efecto que ello tenga en la solución final del recurso.

Despejada la cuestión esencial, el resto de motivos deben analizarse siguiendo el orden lógico correlativo con los requisitos exigidos para el lucro del derecho a la prestación.

3.2 En el tercer motivo jurídico expone el recurrente que la sentencia infringe el artículo 204.2 de Ley General de la Seguridad Social , viniendo en alegar que, a partir de la extinción de la relación laboral, se fijó a su favor la garantía de una indemnización que percibe de modo fraccionado mediante una renta mensual que tiene carácter indemnizatorio, que no salarial, y ello no puede privarle de la prestación de desempleo. Y ha de dársele la razón, reiterando el mismo criterio que venimos siguiendo en las múltiples sentencias dictada en resolución de casos similares de otros ex-trabajadores de Banca Cívica, hoy Caixabank, como la antes referenciada y transcrita, en las que de razona que:

"...por alta que resultara la indemnización garantizada y consecuentemente las rentas mensuales que percibe (aparte del resarcimiento del coste del convenio especial con la seguridad social y las aportaciones al plan de pensiones), no cuestionado por nadie que la relación laboral terminó y que la trabajadora percibe las rentas mensuales pactadas, y no salario, ello no es obstáculo para percibir la prestación por desempleo de nivel contributivo, habida cuenta que la ley no establece limite cuantitativo de las indemnizaciones por extinción de la relacional laboral ni de ingresos del trabajador a efectos de percibir las prestaciones contributivas de desempleo, (no las asistenciales). De modo que, estableciendo el artículo 204.2 de Ley General de la Seguridad Social texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de junio, que "el nivel contributivo tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada", la trabajadora recurrente tendría derecho a percibir prestación por desempleo, sin óbice por el hecho de percibir renta indemnizatoria tan alta, aunque sea lo cierto, como dice la sentencia de instancia, que difícilmente pueda entenderse que un trabajador en las condiciones de la actora necesite la prestación por desempleo; pero no previsto por el legislador la posibilidad de limitar el acceso al desempleo por la cuantía de las rentas que se perciben, este motivo de recurso de la trabajadora se ha de estimar, sin perjuicio de que proceda o no finalmente el reconocimiento del derecho reclamado."

3.3 En el motivo quinto de los jurídicos, siguiendo con los requisitos del lucro de la prestación, se denuncia que al apreciar la sentencia que la recurrente no se encontraba en disponibilidad de emplearse en la fecha de la solicitud de la prestación, infringe lo dispuesto en el artículo 209.1 LGSS . Considera errónea la conclusión de la sentencia que se recurre de que la trabajadora debió mantenerse como demandante de empleo durante todo el proceso administrativo, pues mantiene que eso solo es preceptivo mientras se percibe una prestación o cuando se pretende acceder a un subsidio no contributivo.

El motivo debe ser estimado. Como dijimos en sentencia n.º 140/2019 de fecha 17 de enero de 2019 (rec. 3823/2017), referida a un caso similar al presente, y reiteramos ahora, al no haber razón para variar de criterio:

"Ello es así, pues el art. 207 de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/94) establece en su apartado e) como requisito para el nacimiento del derecho el de "estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente", mientras que en el art. 209.1 párrafo segundo se establece que "la inscripción como demandante de empleo deberá mantenerse durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción, suspendiéndose el abono, en caso de incumplirse dicho requisito, de acuerdo con lo establecido en el art. 212 de esta Ley", de lo que se deduce que no es requisito que haya de ser cumplido en un momento anterior a la solicitud de la prestación o su percibo."

El hecho probado décimo séptimo relata que la demandante permaneció inscrita como demandante de empleo desde el 27.01.2014 al 30.10.2014 y desde el 23.06.2015 al 04.04.2017. De forma que cuando el 3 de julio de 2015 solicitó la prestación por desempleo cumplía el requisito de ser demandante de empleo inscrita como tal en el servicio público correspondiente.

Ello, sin embargo, no determina el éxito del recurso, porque en éste no se combate la causa de denegación acogida en la sentencia del juzgado consistente en no hallarse la trabajadora afiliada y en alta, o situación asimilada, en el momento de solicitar la prestación, primero de los requisitos exigidos para ello por el artículo 207.1 LGSS; y porque como más adelante se razonará, en cualquier caso su solicitud fue extemporánea en el sentido de que, de tener derecho a la prestación, ésta habría quedado consumida por el transcurso del tiempo sin haberla reclamado.

3.4 Efectivamente, en tal sentido, en el motivo primero de los dedicados a la censura jurídica se denuncia la infracción de los artículos 209.2 LGSS y 72 LRJS en relación con la doctrina de la STS de 02.03.2005, argumentando para ello ser novedosa en el juicio la alegación de la extemporaneidad de la solicitud de la prestación por desempleo efectuada por el SPEE; extemporaneidad que ciertamente no se alegó en la resolución administrativa denegatoria, y que la sentencia recurrida entra a resolver -indebidamente a juicio de la recurrente, para la que ello constituye una variación de los términos de la vía previa-.

También se ha pronunciado la sala sobre esta cuestión, para rechazarla, en las sentencias antes citadas, entre otras, expresando lo siguiente:

"Se denuncia la alegación novedosa introducida por el SEPE en el acto del juicio, cual es la extemporaneidad de la solicitud de la prestación de desempleo, denunciando la infracción de lo dispuesto en el art. 209.2 de la LGSS, en relación con la interpretación del art. 72 de la LRJS que hizo la STS de 2-03-05, respecto del art. 72.1 de la anterior LPL.

La sentencia recurrida entiende que la alegación realizada en el acto del juicio del art. 209.2 LGSS, no se trata de un hecho nuevo, sino que es una consecuencia legal de carácter extintivo que en ningún caso produce indefensión a la parte actora, porque viene regulada en la norma.

Y no puede esta Sala sino compartir dicho criterio. Establece el actual art. 72 de la LRJS:

"En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la administración, bien en fase de reclamación previa o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad".

Y el art. 143.4 LRJS en lo que aquí interesa, dispone:

"En el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad".

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado de modo reiterado el Tribunal Supremo en sentido contrario al pretendido por el recurrente; así, decía la STS de 23-01-01, seguida por la de 10-03-03:

"El problema de la denominada exigencia de congruencia entre la reclamación previa y el proceso ha sido ya objeto de unificación por la Sala en su sentencia de 28 de junio de 1994, acordada en Sala General, cuya doctrina ha sido reiterada por las sentencias de 31 de mayo de 1995, 30 de octubre de 1995, 30 de enero de

1996 , 2 de febrero de 1996 y 5 de diciembre de 1996 . En estas sentencias se establece que las prohibiciones que contienen los artículos 72 y 142 de la Ley de Procedimiento Laboral sobre los límites de la oposición de los organismos gestores en el proceso de Seguridad Social no pueden interpretarse como "un mandato al Juez para pronunciarse únicamente sobre el motivo de denegación que se invoca en la resolución administrativa", pues en ese caso se invertiría "la relación entre vía administrativa previa y proceso, se subordina éste a aquélla con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio "iura novit curia" y, en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso".

Esta conclusión se funda en que en el proceso de Seguridad Social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso cuando no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el Juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos, el Juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra que también excluye la existencia del derecho no impone al Juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la Ley, que no es disponible ni para el Juez (artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ni para la Administración (artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común)."

Siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta, entendemos que la alegación realizada por el SEPE en el acto del juicio, en cuanto a la extemporaneidad de la reclamación de desempleo, no se trata de un hecho excluyente, que debía necesariamente ser alegado en vía previa; sino de un hecho que afecta a la propia configuración legal del derecho, y se prueba aplicando la norma correspondiente, de tal suerte que aún cuando no existiera oposición del demandado, sería necesario analizar la fecha de solicitud y la de nacimiento del derecho a las prestaciones solicitadas, a la luz de lo dispuesto en el art. 209 de la LGSS , pudiendo en su caso apreciar la extemporaneidad de aquella con los efectos legalmente previstos."

En aplicación del mismo criterio, no se aprecia en la sentencia recurrida la infracción denunciada por la recurrente.

3.5 En el cuarto motivo de los jurídicos, que debe entenderse como subsidiario del primero acabado de resolver, denuncia la recurrente que su solicitud de prestaciones al SPEE sí fue presentada en debido tiempo, pues solo podía ejercitar su derecho cuando obtuvo el reconocimiento formal de la concurrencia de los hechos constitutivos del mismo (en referencia a la causa de la baja en TGSS), de modo que al resolver la sentencia -en el último fundamento jurídico y a efectos meramente dialécticos, añadimos nosotros- que en todo caso la solicitud era extemporánea, infringió con ello la doctrina jurisprudencial contenida en STS de 30.04.1996 .

Resolvemos este motivo diciendo que, como también ha dicho ya la Sala en las sentencias antes referidas:

"Partiendo del reconocimiento de la involuntariedad del cese, por las razones expuestas en el fundamento jurídico anterior, sin embargo la desestimación de la demanda y consecuente confirmación de la sentencia recurrida, viene impuesta por la extemporaneidad de la reclamación.

Traemos a colación lo dispuesto en el art. 209 de la LGSS de 1994 , aplicable aquí por razones temporales. Establece el citado precepto

"1. Las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207 de la presente ley deberán solicitar a la Entidad Gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 de esta ley .

2. Quienes acrediten cumplir los requisitos establecidos en el artículo 207, pero presenten la solicitud transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, tendrán derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma, y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.."

Conforme a la dicción del precepto anterior, habiéndose producido la extinción del contrato de la actora el día 31 de julio de 2012, y presentada la solicitud tres años después, el 3 de julio de 2015, aun teniendo derecho a su devengo, por tratarse de un cese involuntario (en caso de cumplirse el resto de requisitos exigidos legalmente), la prestación se había consumido, no quedando ya días pendientes de reconocer.

Efectivamente, el reconocimiento del derecho nace en el momento de producirse la situación legal de desempleo (extinción de la relación laboral, art. 208.1 LGSS), siempre que se solicite en el plazo de quince días; y en caso de presentarse transcurrido dicho plazo, se perderán tantos días de prestación como medien entre la fecha de nacimiento del derecho, de haberse solicitado en tiempo y forma, y aquella en que se formuló la solicitud. Así se pronunciaba la STS de 22 de noviembre de 2006 (Recurso n.º 3767/2005) a cuyo tenor "La notificación posterior del acto extintivo que determina la situación legal de desempleo no modifica la fecha de nacimiento del derecho, sino que se limita a abrir el plazo de 15 días para solicitar la prestación de desempleo, pues antes de ese conocimiento no podía hacerlo, de modo que si lo solicita temporáneamente el derecho nacerá a partir de la fecha de extinción de la relación laboral (artículo 209.1 LGSS) y no desde la fecha de la mencionada notificación; pero si lo solicita extemporáneamente, el derecho solamente se le reconocerá desde la fecha de la solicitud y la pérdida de días de prestación no se retrotrae ni al momento de expiración del plazo de los 15 días ni a la de la fecha de la notificación de la extinción que determinó la apertura de dicho plazo, sino a la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma, lo que en este caso supone descontar los días que median entre el 04/11/02, fecha del auto que declaró extinguido el contrato de trabajo, y el 20/01/03, fecha de la solicitud. En otras palabras, si la actora hubiese solicitado dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución extintiva de su contrato de trabajo, hubiera tenido derecho a la prestación completa computada desde la fecha del auto que extinguió el contrato, pero al haber sobrepasado dicho plazo pierde todo el período que media entre esta última fecha y aquélla en que efectúa la solicitud."

Y en el presente supuesto, la actora pudo y debió haber efectuado la solicitud en el momento del cese, en julio de 2012, esgrimiendo los mismos razonamientos que hoy emplea para defender que su baja no había sido voluntaria, mas no lo hizo; y cuando presenta la solicitud, en julio de 2015, transcurridos por tanto tres años desde la extinción de su contrato (situación legal de desempleo), ya se habrían consumido todos los días de prestación; no existiendo razón legal alguna que avale la pretensión de la recurrente de que el día a quo sea la notificación de la resolución de la TGSS por la que se accede al cambio de la clave de la baja en la Seguridad Social, ya que dicho trámite administrativo de cambio de código de la baja en la TGSS no deja en suspenso el mencionado plazo ni su conclusión permite reabrirlo o iniciar uno nuevo no previsto legalmente, toda vez que dicho trámite no era imprescindible concluirlo para poder solicitar la prestación.

Y abundando en los alegatos de la recurrente, señalar que la STS de 30-04-06 que el recurrente cita como infringida, fue alegada como sentencia de contraste en recurso de casación para unificación de doctrina 3021/17 respecto de otra del TSJ de Navarra de 22-06-17 en la que se estimaba, en un supuesto similar al presente, que en aplicación del art. 209 LGSS , la parte actora no tendría derecho a percibir cantidad alguna, al haberse consumido todos los días de prestación que le corresponderían, pues al igual que en el presente supuesto, el cese se había producido el 13-07-12, y la prestación se solicitó en mayo de 2015, considerando que la solicitud de la prestación era extemporánea.

Y en Auto del Tribunal Supremo de 6-02-18 se razonaba, para desestimar la existencia de contradicción:

"En efecto, en la sentencia recurrida se pretende el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo solicitada casi cuatro años después de extinguida la relación laboral con la empresa, debatiendo la Sala si tiene derecho a ella o no teniendo en cuenta que se produjo un cambio en los archivos informáticos de la TGSS, que inicialmente la habían dado al cese a clave 51, "dimisión/baja voluntaria" y tras un procedimiento de oficio acuerda modificar la causa del cese indicando la de "despido colectivo", clave 77, discutiéndose cuál es el día a quo del cómputo del plazo del art. 209 LGSS , y si la solicitud es extemporánea y por lo tanto se han consumido todos los días de prestación. Por el contrario, en la sentencia de contraste, teniendo en cuenta que lo que consta es que el trabajador fue despedido el 07-04-1992, y el 10-04-1992 las partes se conciliaron con avenencia reconociendo la empresa que el despido era improcedente, la cuestión debatida es a cuántos días de prestación se tiene derecho según se aplique la norma en vigor en cada una de dichas fechas. En atención a dichas diferentes pretensiones y debates jurídicos, en ningún caso pueden considerarse los fallos contradictorios cuando en la sentencia recurrida se deniega el derecho a la prestación por desempleo por considerarse la solicitud extemporánea, mientras que en la sentencia de contraste se reconoce la prestación por desempleo en un número de días superior a los que determinó el INEM.". Razones por las cuales debe desestimarse igualmente este motivo.

3.6 Por último, en el sexto motivo de los jurídicos se denuncia que el criterio del SPEE es contradictorio con el dictamen de la Dirección General de Empleo de 11.02.2014 en el que se concluía que los ceses en el empleo de los trabajadores prejubilados de Banca Cívica en el ERE del que trata este pleito tenían carácter involuntario, lo que debe vincular a los demás órganos administrativos; y por ello, al no haberlo entendido así, la sentencia vulnera lo dispuesto en los artículos 103.1 y 2 de la CE , el artículo 3 de la Ley 30/1992 , el Real Decreto 208/1996 y la Ley 56/2003.

No apreciamos la contradicción alegada entre las resoluciones dictadas por el SPEE y el oficio de la Dirección General de Empleo de fecha 11/02/14 -que no resuelve ninguna petición de la trabajadora- y, en todo caso, no se trata de ninguna decisión vinculante. Además, tras el éxito del segundo motivo de censura del derecho aplicado, en el que se ha concluido que efectivamente la baja fue involuntaria, queda sin trascendencia este último motivo.

Cuarto.

En definitiva, y de acuerdo con todo lo hasta aquí razonado, concluimos que aunque como se ha razonado la baja de la actora fue involuntaria, y no es obstáculo al reconocimiento del derecho la percepción de las rentas garantizadas, encontrándose además en disponibilidad para el empleo en el momento de la solicitud, sin embargo no puede serle reconocido el derecho a lucrar la prestación de desempleo que solicita porque no se encontraba afiliada y en alta en tal momento. Y aun cuando lo estuviera y procediera el reconocimiento teórico del derecho, éste ya estaría consumido en el momento de reclamarlo.

Al haberlo entendido así la sentencia recurrida, debe ser confirmada -salvo en los razonamientos referentes a las tres cuestiones aludidas- con desestimación del recurso, y sin que haya lugar a imposición de costas al gozar legalmente a estos efectos la trabajadora recurrente del beneficio de justicia gratuita (arts. 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero , y 235.1 LRJS).

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere el Pueblo español, la Constitución de la Nación Española y las leyes,

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el letrado don Rodrigo Tejero Vega, en nombre y representación de doña Julia , contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Jerez de la Frontera , recaída en autos n.º 969/2015 promovidos a su instancia contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), CAIXABANK, S.A. y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía de esta comunidad autónoma, 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, firmado por abogado - caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS ; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Asimismo se advierte al recurrente no exento , que deberá acreditar ante esta sala haber efectuado el depósito especial de 600 € , en la cuenta de depósitos y consignaciones, abierta a favor de esta sala, en el Banco de Santander, oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la cuenta-expediente nº 4052-0000-35- - -, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto que se trata de un "recurso".

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.