

Id Cendoj: 28079140012009100878
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 796/2009
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SUBSIDIO DE DESEMPLEO x
- x COTIZACIÓN (SEGURIDAD SOCIAL) x
- x COTIZACIÓN (DESEMPLEO) x
- x EMIGRANTES RETORNADOS (SUBSIDIO DE DESEMPLEO) x
- x EMIGRANTES x

Resumen:

RCUD. Subsidio de desempleo. Emigrante retornada que había cotizado en **Alemania**. Percepción de prestación de desempleo en **Alemania**. Solicitud del subsidio de desempleo para mayores de 52 años en España. Falta de cotizaciones en España. Reitera doctrina.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 6094/05, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en autos núm. 674/05, seguidos a instancias de DOÑA Sagrario contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM), actualmente SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) sobre DESEMPLEO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2005 el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- La actora D^a Sagrario , nacida el 25-5-1947, figura afiliado a la S.S. con el nº NUM000 . **2º**.- En fecha 16-5-2005, solicitó la concesión del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, prestación que fue denegado por Resolución de la D.P. del INEM, de 7-6-2005, por no estar en ninguna de las causas de acceso al subsidio al no haber sido beneficiario de prestación por desempleo, nivel contributivo ni asistencial, con arreglo a la normativa española. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 22-8-2005. **3º**.- La actora acredita un total de 383 meses cotizados a la S.S. Alemana desde el 1-9-1972 el 18-7-2004. Desde el 1-12-2002 al 18-7-2004 percibió prestaciones por desempleo en **Alemania**. Por Resolución de la D.P. del INEM de 31-8-2004 se le concede la prestación por desempleo exportada, de la *C.E.E.*, *durante el período comprendido entre el 19-7-2004 al 18-10-2004*. **4º**.- Desde el 1-4-2005 , se encuentra de alta en el Convenio Especial de Emigrantes e Hijos de Emigrantes."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Sagrario , contra el INEM, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, absuelvo al demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DOÑA Sagrario ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 29 de enero de 2009, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de doña Sagrario, contra la sentencia de fecha diez de noviembre del año dos mil cinco, dictada por el Juzgado de lo Social núm. dos de los de Ourense, en proceso promovido por la recurrente frente al Instituto Nacional de Empleo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, declarando su derecho al percibo del Subsidio de desempleo para mayores de 52 años, condenando al INEM a estar y pasar por la anterior declaración, así como al abono de la prestación en la cuantía, forma y efectos económicos correspondientes."

TERCERO.- Por la representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 17 de marzo de 2009. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en fecha 14 de octubre de 2008.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de septiembre de 2009 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada para lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe en el plazo de diez días sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de noviembre de 2009, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, se reduce a determinar si una trabajadora española que cobró durante diecinueve meses y dieciocho días (del 1 diciembre de 2002 al 18 julio de 2004) las prestaciones por desempleo en **Alemania**, nación a cuya Seguridad Social cotizó durante trescientos ochenta y tres meses, puede cobrar el subsidio por desempleo al regresar a España con base, únicamente, a las cotizaciones efectuadas en **Alemania**, ya que a la Seguridad Social española nunca cotizó.

La controversia ha sido resuelta de forma contradictoria por las sentencias comparadas. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 29 de enero de 2009 en el recurso de suplicación 6094/05, ha estimado que las cotizaciones efectuadas en **Alemania**, al igual que sirven para causar la pensión de jubilación en España, son válidas y eficaces para causar el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. La sentencia de contraste, dictada por esta Sala el 14 de octubre de 2008 (Rec. 3165/07) ha resuelto que no puede causarse el subsidio por desempleo cuestionado por quien no ha cotizado a la Seguridad Social española, porque no cabe el cómputo de las cotizaciones efectuadas en otro país de la Comunidad Europea, cuando no se ha cotizado en el país en el que se reclama la prestación. La contradicción existe porque se han resuelto de forma diferente supuestos fácticos y jurídicos sustancialmente idénticos: en ambos casos se trataba de trabajadoras retornadas de **Alemania**, donde habían disfrutado de prestaciones por desempleo durante más de dieciocho meses y donde acreditaban cotizaciones suficientes para causar la jubilación, que al llegar a España, a cuya Seguridad Social nunca habían cotizado, habían pedido el subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Concorre pues el requisito que, conforme al *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*, viabiliza el recurso que nos ocupa, y procede, consiguientemente, llevar a cabo la función unificadora de doctrina propia de este recurso.

SEGUNDO.- La cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de contraste y en sus sentencias de 9 de octubre de 2008 (Rec. 3974/07), 26 de diciembre de 2008 (Rec. 1677/08) y 29 de enero de 2009 (Rec. 1308/08) dictadas todas en supuestos prácticamente idénticos al que nos ocupa, resoluciones donde se ha unificado la doctrina en la materia con argumentos que reiteramos y hacemos nuestros por razones de seguridad jurídica y por no ofrecerse otros que justifiquen un cambio de criterio. En esas sentencias, como destaca la de 26 de diciembre de 2008, se fundaba la solución dada con argumentos que se pueden resumir diciendo: "partir de la previsión que en materia de desempleo se contiene en la *Disposición Adicional Trigésimo tercera de la LGSS, añadida a esta Ley por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre* que modificó la normativa española en materia de desempleo y en la cual se dispone que *"los trabajadores que provengan de los países miembros del Estado Económico Europeo o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo obtendrán las prestaciones por desempleo*

en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes". Esta misma norma legal -la Ley 45/2002 - es la que suprimió el subsidio para emigrantes retornados que regía en la versión de la LGSS de 1994 de forma que, mientras en la versión original se preveía el reconocimiento del subsidio por el hecho de ser emigrante retornado, cualquiera que fuera su procedencia (sólo se exigía 'ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a prestación por desempleo y hubiera trabajado como mínimo seis meses en el extranjero desde su última salida de España') en la actualidad sólo se prevé esa posibilidad de acceso al subsidio por parte de los emigrantes retornados cuando reúnan ciertos requisitos, pero sólo si no proceden de países del Espacio Económico Europeo o asimilados (se requiere 'ser trabajador español emigrante que ... habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenios de protección por desempleo ...'), pues si el emigrante retornado procede de un país comunitario o asimilado la normativa a aplicar es la comunitaria conforme a la precitada D.A. Trigésimo tercera de la LGSS".

"CUARTO.- Por otra parte, el denominado "requisito comunitario" en materia de desempleo, se recuerda en las sentencias a las que nos venimos refiriendo, que se contiene fundamentalmente en el artículo 67.3 del Reglamento (CEE) 1408/71 que ha sido interpretado por la Sala en pronunciamientos referidos a la concurrencia o no de otros requisitos para el acceso a este tipo de subsidio. Y así decíamos allí que "... con ocasión de la duda planteada en un determinado momento anterior al presente ... acerca de si para causar derecho a este subsidio de desempleo para mayores de 52 años podían computarse o no las cotizaciones efectuadas en otros países tanto para cubrir la exigencia de tener acreditados los requisitos para acceder a la pensión de jubilación como la relativa a la necesidad de tener cubierta la exigencia de seis años de cotización al desempleo - ambas requeridas por el art. 215.1.3)-, se llegó a la conclusión de que, en efecto, para cubrir ambas exigencias servían cotizaciones realizadas en aquellos otros Estados de la entonces Comunidad Europea. Pero también en aquel momento se discutió acerca de si la exigencia del art. 67.3, o sea la de que para poder causar derecho a prestaciones por desempleo es necesario que la última cotización se hubiera realizado en el Estado competente para reconocerla que ahora nos ocupa se cubría o no con las cotizaciones que el Estado español debía efectuar (sólo por asistencia sanitaria y prestaciones familiares) durante el tiempo en que el emigrante retornado había percibido el subsidio por desempleo para emigrantes retornados entonces existente (y del que ahora como hemos visto se han excluido a los procedentes del E.E.E)".

"En todos aquellos supuestos el Tribunal Europeo en sus sentencias de 20 de febrero 1997 Martínez Losada y otros, de 25 de febrero de 1999 (Ferreiro Alvite) e incluso en la de 4 de marzo de 2002 Marie-Josée Verwayen se llegó a la conclusión reiterada de que las reglas de totalización de períodos para poder acceder a prestaciones por desempleo en cualquier país comunitario se hallaba supeditada, salvo en los supuestos del art. 71 al que se remite el propio art. 67.3 al requisito de que el interesado hubiera cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo fueran solicitadas las prestaciones por desempleo, bajo la premisa, mantenida con toda claridad en la sentencia Ferreiro Alvite (punto 16 de la misma) de que 'según el art. 67 de este Reglamento, la concesión de una prestación de desempleo esta subordinada a dos tipos de requisitos: por una parte, al requisito anunciado en el apartado 3 de dicha disposición (en lo sucesivo 'requisito comunitario'), y por otra parte, al requisito o los requisitos previstos en la legislación nacional (en lo sucesivo 'requisitos nacionales')."

"La exigencia del 'requisito comunitario' sólo se cumple con arreglo a aquellas sentencias y en aplicación del art. 67.3 denunciado si el interesado cotizó en último lugar en el Estado del lugar en que solicita la prestación, de forma que (punto 18 de la sentencia Ferreiro Alvite) 'si resultase que el interesado no cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social española y que tampoco procede considerar que así fue, dicho interesado no tendría derecho a la prestación controvertida en virtud del art. 76 ni en virtud del art. 51 del Tratado. Por el contrario, si cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social español o debe considerarse que así fue, procede examinar si se cumplen los requisitos nacionales'."

"Sobre el concurso o no del "requisito comunitario" se dictaron reiteradas sentencias por esta Sala del Tribunal Supremo, en concreto SSTs de 7-5-98 (rec.- 4630/96), 18-6-1998 (rec.- 2989/97), 13-10-98 (rec.- 507/98), 25-3-99 (rec.- 1003/98), 7-3-2005 (rec.- 894/04) en todas las cuales se estimó cumplido el indicado requisito cuando el demandante retornado había estado disfrutando de aquel específico "subsidio para emigrantes retornados" (suprimido desde el año 2002). Pero por la misma razón se entendió que dicha exigencia no la cubría quien en ningún momento había cotizado en último término en el lugar de reclamación, como ocurrió en el caso contemplado por la STS 29-6-2006 (rec.- 4133/2004), en aplicación del art. 67.3 discutido."

TERCERO.- La aplicación de la anterior doctrina al presente recurso en el que no se han dado otros argumentos en defensa de las tesis de la actora que los recogidos por la sentencia recurrida, nos lleva a casar y anular esta y resolviendo el debate planteado en suplicación a desestimar el recurso de esa clase

que la actora interpuso en su día contra la sentencia de la instancia que desestimó su demanda, resolución que debemos confirmar porque la actora no acreditaba cotización alguna a la Seguridad Social española cuando solicitó el subsidio controvertido. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , en recurso de suplicación nº 6094/05, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en autos núm. 674/05 , seguidos a instancias de DOÑA Sagrario contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM), actualmente SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) sobre DESEMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación debemos desestimar y desestimamos dicho recurso, y, a la par, confirmamos la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.