

Id Cendoj: 28079140012005101031
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2456 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- EMIGRANTES
- DERECHO A LA PRESTACION POR DESEMPLEO
- PERIODO DE COTIZACION
- PRESTACIONES SOCIALES
- JERARQUIA NORMATIVA

Resumen:

Desempleo ex art. 208.1.5 LGSS. Español que emigra a Alemania en 1973, teniendo cotizados en España 2011 días; volvió a nuestro país en Septiembre de 2000, habiendo percibido prestación de desempleo en Alemania desde del 1-9-2000 al 19-10-2000 y prestación "exportada" (art. 69 del Reglamento comunitario 1408/71) del 20-10-2000 al 19-1-2001. No tiene derecho a prestación contributiva en España a partir del 20 de Enero de 2001, con base en lo cotizado aquí antes de su marcha a Alemania, porque no cumple todas las condiciones requeridas por el art. 208.1.5 LGSS.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por, el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (hoy Servicio Público de Empleo Estatal) defendido por el Abogado del Estado, contra la Sentencia dictada el día 27 de Abril de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el Recurso de suplicación 551/02 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 30 de Noviembre de 2001 pronunció el Juzgado de lo Social número tres de Orense en el Proceso 509/01 , que se siguió sobre desempleo, a instancia de DON Pedro Enrique contra el expresa recurrente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO GARCÍA SÁNCHEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de Abril de 2004 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia , en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Orense, en los autos nº 509/01 , seguidos a instancia de DON Pedro Enrique contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (hoy Servicio Público de Empleo Estatal) sobre desempleo. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es del tenor literal siguiente: " Estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el INEM contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2001 por el Juzgado de lo Social número 3 de Ourense (autos 509/2001) , a instancia de don Pedro Enrique , y, en consecuencia, con revocación igualmente parcial de dicha sentencia en lo que se refiere a la duración de la percepción de la prestación por desempleo a la que tiene derecho el demandante declaramos que la misma es de 540 días, confirmándola en lo demás. "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 30 de Noviembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Que el demandante, Pedro Enrique , nacido el 02/01/46, antes de su salida para Alemania en Enero de 1973, estuvo afiliado al Régimen

General de la Seguridad Social española bajo el número de afiliación NUM000 , acreditando 2011 días de cotización por la contingencia de desempleo a las siguientes empresas: Industrias Ituiza, desde el 04/02/66 al 15/02/66 (12 días). Zubizarreta e Iziondo, desde el 21/02/66 al 08/01/68 (687 días). Zubizarreta e Iziondo, desde el 23/04/69 al 24/11/72 (1312 días). ...2º.- Desde el 17/02/73 (fecha inicial) al 31/08/00 (fecha en que por la empresa alemana "Hella" se le extingue su contrato de trabajo) trabajó y cotizó ininterrumpidamente a la Seguridad Social alemana bajo el número de afiliación 11020146 A 088. Consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo en Alemania el actor se inscribe como demandante de empleo en la Oficina de empleo de Soest, reconociéndole el organismo alemán competente prestación contributiva de desempleo la cual percibe durante el período comprendido entre el 01/09/00 y el 19/10/00, período de cotización a todos los efectos por la Seguridad social alemana. ...3º.- Previa autorización de la oficina de empleo alemana, el actor retorna a España inscribiéndose en la Oficina de Empleo de Verín como demandante de empleo en fecha 23/10/00, solicitando en esa misma fecha la prestación de desempleo exportada prevista en el *art. 69 del Reglamento 1408/71, del Consejo CEE* , reconocida por el Arbeitsamt Soest según se desprende del punto 8 del formulario E 301 de fecha 22/01/01, obrante en el expediente administrativo. Dicha prestación contributiva de desempleo exportada le es reconocida por el periodo comprendido entre el 20/10/00 al 19/01/01 (formulario E 303 de fecha 18/10/00, expedido por el Arbeitsamt Soest). ...4º.- En fecha 30/01/01 el actor solicitó ante la Oficina de Empleo de Verín prestación contributiva de desempleo, al amparo de lo dispuesto en el *art. 208.1.5 del R. D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS* , en virtud de los 2011 días de cotización por desempleo, acreditadas ante la Seguridad Social española antes de su salida para Alemania. ...5º.- Mediante resolución del INEM de fecha 28/03/01 se desestima su solicitud por haber sido receptor de prestación contributiva de desempleo en Alemania. ...6º.- Interpuesta en fecha 04/05/01 la preceptiva reclamación administrativa previa, la misma fue desestimada por resolución del INEM de fecha 08/05/01, notificada el 15/05/01. "

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda formulada por Pedro Enrique contra el INEM, debo declarar y declaro el derecho del demandante a la percepción de la prestación por desempleo, nivel contributivo, en la cuantía que legalmente le corresponda, con efectos económicos de 20/01/01 y con una duración de 660 días; en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone al demandante la mencionada prestación."

TERCERO.- El Abogado del Estado, mediante escrito de 5 de Julio de 2004, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 10 de Septiembre de 1998. SEGUNDO.- Se alega la infracción del *art. 208.1.5 de la LGSS y 11 del RPD* .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de Julio de 2004 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de Octubre de 2005, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Un trabajador afiliado al Régimen General, al que había cotizado durante 2.011 días por la contingencia de desempleo, emigró a Alemania en el año 1973, trabajando y cotizando en dicho país desde 17 de Febrero de 1973 hasta el 31 de Agosto de 2000, regresando a España en el mes de Septiembre de este último año. Percibió, con cargo al organismo alemán competente, prestación contributiva de desempleo desde el 1 de Septiembre hasta el 19 de Octubre de 2000, y solicitó la prestación exportada que prevé el *art. 69 del Reglamento Comunitario 1408/71* , la que le fue reconocida por el período comprendido entre el 20 de Octubre de 2000 y el 19 de Enero de 2001. Con posterioridad, solicitó en España prestación contributiva de desempleo al amparo del *art. 208.1.5 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* con base en los 2.011 días que tenía aquí cotizados antes de su marcha a Alemania, siéndole denegada en vía administrativa por haber sido receptor de la prestación alemana antes aludida. Formulada la oportuna demanda, ésta fue estimada sustancialmente, tanto en la instancia como en trámite de suplicación, en este último por Sentencia dictada el día 27 de Abril de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , que reconoció la actor la prestación por desempleo durante 540 días a partir del 20 de Enero de 2001.

Contra la reseñada resolución interpuso el Instituto Nacional de Empleo (INEM) el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando para el contraste la Sentencia dictada el día 10 de Septiembre de 1998 por la propia Sala gallega , cuya certificación obra en autos con expresión de firmeza.

Enjuició esta resolución referencial el supuesto de un trabajador español que, tras haber trabajado y cotizado en Alemania desde Marzo de 1973 hasta Julio de 1994, siendo beneficiario de la prestación exportada de desempleo desde el 5 de Agosto al 28 de Octubre de 1994, solicitó aquí a su regreso prestación por desempleo en virtud de las cotizaciones realizadas en España con anterioridad al año 1973. En este caso, la Sala refrendó la decisión administrativa, así como la resolución de instancia, que habían denegado la prestación por desempleo con base exclusivamente en la percepción de la aludida prestación exportada.

A la vista de lo relatado, está claro que concurren entre ambas resoluciones -como nadie ha puesto en duda- las identidades de hechos, fundamentos y pretensiones, así como la divergencia en lo resuelto, tal como requiere el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* para considerar aquéllas legalmente contradictorias. Procede, pues, entrar en el estudio y decisión del fondo de la controversia que con el recurso se nos plantea.

SEGUNDO.- Se trata, fundamentalmente, de interpretar el *art. 208.1.5 de la LGSS*, invocado como supuestamente infringido, ya que la denegación de la prestación por parte del INEM se debió, en definitiva, a no considerar en situación legal de desempleo al actor, como consecuencia de haber percibido una prestación merced al trabajo desempeñado en Alemania. Conviene comenzar por transcribir literalmente el precepto citado, que está concebido en los siguientes términos:

"Art. 208.1.- Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:.....5. Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España".

La expresión del precepto transcrito a la que se acoge el INEM para entender que el actor no se encontraba en situación legal de desempleo al regresar a España es la que reza "siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país" (refiriéndose a Alemania), en el que -según declara el hecho probado segundo de la resolución combatida- percibió prestación contributiva de desempleo desde el uno de Septiembre de 2000 hasta 19 de Octubre del propio año, percibiendo asimismo (hecho 3º) la prestación de desempleo "exportada" a la que se refiere el *art. 69 del Reglamento Comunitario 1408/71* desde el 20 de Octubre de 2000 hasta el 19 de Enero de 2001.

La Sentencia recurrida, en su segundo fundamento, razona en el sentido de que "la única exigencia legal y reglamentaria al respecto existente impide el disfrute simultáneo de las prestaciones por desempleo del Sistema de Seguridad Social extranjero de que se trate y del español, y cuestión distinta es la de haber disfrutado de una prestación por desempleo con cargo a una Seguridad Social que no es la española y merced al trabajo desempeñado en ese otro Estado, lo que, desde luego, ni legal ni reglamentariamente representa un obstáculo a percibir la prestación por desempleo después solicitada y derivada del período de cotización anterior a la salida de España como emigrante". Ciertamente, este criterio no deja de ser sugestivo, pese a lo cual esta Sala no puede compartirlo, por cuanto choca con lo dispuesto en el antes transcrito *art. 208.1.5 de la LGSS*, que entendemos ha sido infringido, como después se dirá.

No consideramos, en cambio, que se haya vulnerado el *art. 11.1 del Real Decreto (RD) 625/1985 de 2 de Abril*, que es la norma reglamentaria publicada en desarrollo de la actualmente derogada *Ley 31/1984 de 2 de Agosto, de Protección por Desempleo*, asimismo invocado por la parte recurrente, Reglamento éste que, a falta de publicación de otro adaptado a la normativa hoy día recogida en la LGSS, viene siendo de aplicación en lo no previsto por la norma legal, y siempre que no contradiga a ésta. El referido precepto reglamentario se pronuncia en los siguientes términos:

"Art. 11.1.- Para acreditar la situación legal de desempleo, los emigrantes retornados deberán aportar certificación del Instituto Español de Emigración en la que conste la fecha de retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el período de ocupación cotizada, en su caso, así como que no tienen derecho a prestaciones por desempleo en dicho país".

Como puede apreciarse, el último inciso del precepto reglamentario parece exigir, para considerar en situación legal de desempleo a personas que se hallen en la situación que nos ocupa, carecer de derecho a prestación por desempleo en el país del que proceden. Sin embargo, tal como acertadamente sostiene la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso, tal precepto podría haber incurrido en este punto, en el momento actual, en vulneración "ultra vires", al requerir un requisito que el actual *art. 208.1.5 de la LGSS* no exige, ya que el precepto legal se limita a exigir que los interesados "no obtengan prestación por desempleo" en el país de procedencia, cosa diferente a no tener derecho a tal prestación.

En consecuencia, los Tribunales no podrán aplicar hoy día en este punto la citada norma reglamentaria, cumpliendo así, en acatamiento al principio de jerarquía normativa, lo dispuesto en el *art. 9º.3 de la Constitución española*, desarrollado al respecto por el *art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

TERCERO.- Como ya antes hemos apuntado, el *art. 208.1.5 de la LGSS* impide al actor alcanzar derecho a la prestación que pretende, toda vez que la expresión "siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país" (con referencia en este caso a Alemania, por ser el de procedencia) es lo suficientemente clara como para no precisar acudir más que a la interpretación gramatical, sin necesidad de tener en cuenta el resto de los métodos hermenéuticos a los que alude el *art. 3.1 del Código Civil*. El actor obtuvo realmente prestación contributiva de desempleo, que le fue reconocida por el organismo alemán competente (hecho probado segundo), percibiendo asimismo la prestación de desempleo exportada (hecho probado tercero) conforme al *art. 69 del Reglamento Comunitario 1408/71*, y estas percepciones le impiden encontrarse en situación legal de desempleo a su regreso a España, a tenor del precepto que está siendo objeto de comentario. A estos efectos, es indiferente que la prestación contributiva de desempleo que solicitó a partir del 20 de Enero de 2001 en España se superpusiera o no con aquéllas a las que acabamos de referirnos, pues la norma no se refiere en absoluto a esta cuestión.

Ciertamente, de los *arts. 48 y 51 del Tratado de la Comunidad Europea*, que establecen el derecho a la libre circulación de los trabajadores con la facultad, entre otras, de responder a ofertas efectivas de trabajo, y ordenan al Consejo comunitario la adopción de cuantas medidas resulten necesarias para el establecimiento de esa libre circulación, de tal forma que se garantice a los trabajadores migrantes, entre otras cosas, la acumulación de todos los períodos de seguro y el pago de las prestaciones, se desprende que en ningún caso el hecho de la emigración puede perjudicar a un trabajador, reconociéndole menos derechos que si no hubiera emigrado. Pero de esto no puede derivarse la consecuencia de que el demandante tenga derecho a lucrar la prestación contributiva de desempleo en España pese a haber percibido la procedente de Alemania, pues en el caso de que pudiera tener derecho a la una y a la otra, lo que se sí se desprende del tan citado *art. 208.1.5 LGSS* es que, en tal caso, resultaría aplicable la regla -que podría resultar adecuada al presente supuesto- que se contiene en el *art. 122.1 del propio Texto legal*, en el sentido de que el interesado debería optar por percibir una u otra, y en este caso optó por la alemana.

CUARTO.- Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la doctrina correcta es la que se contiene en la Sentencia referencial, de la que la recurrida se apartó. Así pues, procede casar ésta última, y resolver conforme a la ortodoxia doctrinal el debate planteado en suplicación (*art. 226.2 LPL*). Ello comporta el deber de estimar asimismo el recurso de esta última clase, para revocar la resolución de instancia y, en su lugar, desestimar la demanda. Sin costas en ninguno de ambos recursos (*art. 233.1 del propio Texto procesal*).

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 la unificación de doctrina, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (hoy Servicio Público de Empleo Estatal) contra la Sentencia dictada el día 27 de Abril de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el Recurso de suplicación 551/02, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 30 de Noviembre de 2001 pronunció el Juzgado de lo Social número tres de Orense en el Proceso 509/01, que se siguió sobre desempleo, a instancia de DON Pedro Enrique contra el expresado recurrente. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar asimismo el recurso de esta última clase. En su virtud, revocamos la Sentencia del Juzgado y, en su lugar, acordamos desestimar la demanda. Sin costas en ninguno de ambos recursos.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.