



Roj: STS 9136/2012
Id Cendoj: 28079140012012101057
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 38/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JORDI AGUSTI JULIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D^a Nuria García Muñoz, en nombre y representación del INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, contra sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso núm. 2608/11, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 13 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, en autos núm. 232/11 seguidos por DOÑA Trinidad frente a INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM); INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS); TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) e INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, sobre reclamación por desempleo.

Han comparecido en concepto de recurridos, el Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal, y el Letrado Don Carlos Santolaya del Val, en nombre y representación de Doña Trinidad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Jordi Agusti Julia**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de junio de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimar la demanda presentada por Trinidad frente al INSS, TGSS e ISM absolviendo a las demandadas y confirmando la resolución dictada que deniega el subsidio de desempleo solicitado."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. D^a Trinidad ha prestado servicios como tripulante en el buque de bandera de Bahamas "Pride of Bilbao" desde el año 2000 hasta el 31-10-2010 en los siguientes periodos:

Cargo Fin de vacaciones Total días

Supervisor 21/09/2009 27

Supervisor 25/10/2009 31

Supervisor 29/11/2009 31

Supervisor 05/01/2010 32

Supervisor 24/01/2010 20

Supervisor 14/03/2010 35

Supervisor 16/04/2010 31

Supervisor 21/05/2010 31

Supervisor 24/06/2010 32

Supervisor 22/07/2010 27

Supervisor 21/08/2010 27

Supervisor 20/09/2010 27

Supervisor 03/10/2010 10

2. Por la actora en octubre de 2010 se solicita el subsidio de desempleo, siendo denegada la solicitud por Resolución de 29-10- 2010 señalando que la solicitante carece del carácter de emigrante retornado al no haber trabajado en el extranjero desde la última salida de España un mínimo de 12 meses en los últimos seis años anteriores al retorno.

Interpuesta reclamación previa la misma es desestimada por Resolución de 4-5-2011.

Por el ISM se ha concedido este subsidio a una compañera de trabajo de la demandante.

3. La demandante ha estado dada de alta en el Convenio especial de marino emigrante desde 1995."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Doña Trinidad ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2011 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao de 13-6-11 , procedimiento 232/11, por don Carlos Santolaya del Val, letrado que actúa en nombre y representación de doña Trinidad , y dando lugar a su demanda se declara el derecho de la recurrente a percibir el subsidio para emigrante retornado, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y al Instituto Social de la Marina y Tesorería General a su abono, sin costas. Devuélvase la documentación aportada."

CUARTO.- Por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Social de la Marina, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 16 de septiembre de 1997, recurso núm. 1230/97 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10 de mayo de 2012 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de diciembre, en el que tuvo lugar. En la votación correspondiente, el Sr. Gilolmo López mantuvo una posición opuesta al criterio mayoritario, y anunció la formulación de voto particular, por lo que la ponencia de este asunto fue asumida por el Sr. **Jordi Agusti Julia**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La demandante, D^a. Trinidad , con Convenio Especial con la Seguridad Social como marino mercante, venía prestando servicios como tripulante (Supervisor) a bordo del Buque "Pride of Bilbao (PB), que ostentaba bandera de la Mancomunidad de las Bahamas, desde el año 2000 y hasta el 31 de octubre de 2010, fecha en la que cesó como consecuencia de que el citado buque dejó de cubrir la línea Bilbao-Portsmouth, y habiendo solicitado el subsidio de desempleo, esta prestación le fue denegada por el Instituto Social de la Marina, por incumplimiento del requisito establecido en el artículo 215.1.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social . Este requisito es el siguiente : "Ser trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo." En concreto, niega la Entidad Gestora que la demandante acredite haber trabajado doce meses en el extranjero durante un período de seis años. Formulada demanda, previo el agotamiento de la vía administrativa, el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bilbao, tras declarar probado que la demandante había iniciado su actividad en el mencionado buque en año 2000, y hacer constar los períodos de prestación de servicios desde el 21 de septiembre de 2009 hasta el 3 de octubre de 2010, la desestimó por entender -siguiendo el criterio sentado por una sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 16 de septiembre de 1997 , que como después veremos es la aportada como sentencia de contraste- que la demandante no había trabajado en el extranjero un mínimo de 12 meses en los 6 años anteriores al retorno, al ser la última salida de España la de 23 e septiembre de 2010.

2. Interpuesto recurso de suplicación por la trabajadora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011 lo estimó, revocando

la sentencia de instancia y declarando el derecho de la demandante a percibir el subsidio de desempleo reclamado. La Sala señala que la demandante acredita esa situación de emigrante retornado, pese a su última salida de España del 24 de septiembre de 2010, y razona al respecto, en esencia, que, teniendo en cuenta la actividad efectivamente realizada, "en un período de un año se ha dejado de prestar servicios certificados durante 14 días, correspondiendo a siete los que la sentencia recurrida [la de instancia] fija como de residencia en España a los efectos de computar la última salida [de nuestro país]", por lo que, "si tomamos como requisito la última salida de España a los efectos del art. 215, nº 1, apdo. 1º c) LGSS, una estancia tan esporádica, a nuestro entender, en modo alguno se cumple la finalidad de la norma, y la protección al trabajador retornado que establece la Ley de 14 de diciembre de 2006, quedando desprotegida la situación de retorno, en la que el trabajador prácticamente se encuentra por razón del buque que constituye su centro de trabajo, de nacionalidad extranjera, fuera del territorio nacional, y solo muestra una estancia en España en situación puntual, fuera de su contexto de trabajo, el que debe ser analizado, tal y como postula la recurrente, dentro de su proyección global".

3. Contra dicha sentencia de suplicación, el Instituto Social de la Marina interpone el recurso de casación unificadora denunciando la infracción del artículo 215.1 apartado primero letra c) de la Ley General de la Seguridad Social, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de septiembre de 1997 (recurso 1230/1997). En el caso resuelto por esta sentencia, dictada como consecuencia de demanda interpuesta por trabajador que había venido prestando servicios en la empresa "Dolent Marine Services (Jersey) LTD, a bordo un buque de bandera de las Bahamas (Nassau) desde el 24 de mayo de 1993 al 25 de abril de 1996, con sucesivos embarques y desembarques, con quince días de interrupción entre el fin de cada periodo vacacional y siguiente contrato, el Juzgado de instancia le reconoció el subsidio de desempleo, pero interpuesto recurso de suplicación por el Instituto Social de la Marina, fue revocada la sentencia de instancia y desestimada la demanda. La Sala de suplicación argumentó sobre el requisito establecido en el artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social, que en la redacción en aquél momento era la de "c) Ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a la prestación por desempleo y hubiera trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España", que *"el requisito controvertido responde a un evidente deseo de nuestro legislador de no reconocer derecho al subsidio al emigrante de corta duración que retorna a España, entendiéndose por tal a aquél que vuelve a este país, mas no por cualquier causa, sino únicamente a aquél que lo haga con ánimo de establecerse definitivamente (art. 6 de la 33/1971, de 21 de julio, emigración), descartando con ello, aquellas visitas a España que se hacen con otras finalidades (vacaciones, atender asuntos familiares, Navidades, etc.), pero subsiste la voluntad de residir en el extranjero, siquiera sea temporalmente. Esa noción jurídica del retorno a efectos migratorios, se corrobora a la luz de lo dispuesto en el art. 2-d) de dicha Ley, al describir al emigrante fronterizo como la persona que trabajando en país extranjero limítrofe, retorna al territorio nacional diariamente, periódicamente o con frecuencia."*

SEGUNDO.- 1. La trabajadora recurrida, al impugnar el recurso, niega que entre las sentencias comparadas se de la necesaria contradicción, afirmación que comparte el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, si bien para el caso que se estimase existente la contradicción, propone la confirmación de la sentencia recurrida.

2. Con carácter previo, pues, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social; y esta contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en doctrina -que sigue siendo de aplicación- contenida entre otras, en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004); 15 de septiembre de 2008 (Rec. 1126/2007) y 24 de septiembre de 2008 (Rec. 1523/2007).

3. En ambos casos se trata de solicitantes del mismo tipo de subsidio de desempleo, estimando la Sala que concurre el requisito de la contradicción entre las sentencias sometidas al juicio de comparación porque, como se desprende del análisis de cada una de las resoluciones efectuado más arriba, es evidente la identidad entre los supuestos de hecho y, pese a ello, es radicalmente distinta la solución adoptada porque mientras la sentencia ahora impugnada reconoce el subsidio la de contraste lo niega. Es cierto que la regulación del artículo 215.1.1.c) LGSS es distinta en uno y otro caso porque en la resolución impugnada se aplica la redacción de tal precepto dada por la Ley 45/2002 que obviamente no había entrado en vigor cuando se dictó la sentencia referencial, como también es verdad que ésta se sustenta en parte en la Ley 33/1971 mientras que la recurrida se dicta después de que la Ley 40/2006 derogara dicha norma. Pero, a los efectos de la contradicción, que es lo que ahora nos interesa, tales diferencias carecen de relevancia porque aquí lo decisivo es determinar qué ha de entenderse por "retorno" o por "última salida" y, por tanto, el dato de que en un caso (contraste) se exigieran 12 meses y en el otro 6 (recurrida) de trabajo en el extranjero, o las otras novedades de la Ley 45/2002 en cuanto al ámbito de afectación personal del subsidio, que tanto antes como ahora ampara a los emigrantes retornados de países extracomunitarios o con los que no exista convenio de seguridad social, resultan claramente intrascendentes. Debemos, pues, entrar a resolver el fondo del asunto.

TERCERO.- 1. Como se desprende de lo hasta aquí expuesto la cuestión controvertida se centra en determinar si la demandante, en las circunstancias declaradas probadas en la sentencia recurrida, tiene o no derecho a percibir el subsidio de desempleo de carácter asistencial establecido en el artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por la Ley 45/2002, precepto que, como ya se ha señalado, exige como requisito para el acceso a la prestación el de: "Ser trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo."

2. El Instituto Social de la Marina, con apoyo en la sentencia de contraste, alega que la demandante no cumple con dicho requisito por estimar que no debe computarse a efectos del mínimo exigible de doce meses de trabajo los periodos de vacaciones y de "espera", existentes entre los sucesivos contratos de embarque. Para la Entidad Gestora cada finalización de contrato, seguida de vacaciones y tiempo de espera hasta un nuevo embarque constituye un retorno/nueva salida. En su consecuencia, y de acuerdo con dicho criterio, el último período de trabajo en el extranjero habría comenzado el 18 de septiembre de 2010, finalizando el 6 de octubre de 2010. Por el contrario, la sentencia recurrida, en total coincidencia con la de instancia, entiende que los espacios entre embarques son periodos de ajuste entre contrataciones, determinados por las necesidades y peculiaridades del servicio prestado, sin ruptura del vínculo contractual existente entre las partes, y que en su consecuencia, habiendo prestado servicios el demandante de forma continuada y habitual fuera del territorio nacional durante el período declarado probado, con los breves periodos de permanencia en España en los espacios de tiempo existentes entre los sucesivos contratos de embarque, no puede serle negada la protección que para el emigrante retornado aspira la Ley 40/2006, ya que ello supondría interpretar de modo restrictivo -como lo hace la Entidad Gestora- el artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social.

3. Estima esta Sala que la doctrina correcta y la solución mas ajustada a derecho es la de la sentencia recurrida, y ello en base a las siguientes consideraciones:

A) No le cabe duda a la Sala que la prestación de servicios de la demandante constituye una única relación laboral, aunque haya existido entre los sucesivos contratos de embarque unos breves espacios de tiempo, incluidos unos días de vacaciones, durante los cuales la demandante ha permanecido en su residencia en Bilbao. En efecto, estos breves periodos de tiempo se explican en función de las peculiares características de dichos contratos, máxime, en casos de trayectos no excesivamente largos como los que efectuaba el Buque "Pride of Bilbao (PB)", y son similares a la expectativa de embarque, que viene definida en el artículo 9 del IV Convenio General de la Marina Mercante, que la define como "la situación del tripulante que se halla en su domicilio, procedente de una situación diferente a la de embarque o comisión de servicio, disponible y a las órdenes de la Empresa. La expectativa de embarque durará hasta el día anterior en el que el tripulante salga de su domicilio para entrar en situación de "servicio de empresa". En ningún caso se podrá mantener al tripulante por un tiempo superior a treinta días a partir de este momento a situación de "comisión de servicio". Durante la expectativa de embarque el tripulante percibirá el salario profesional y disfrutará de vacaciones de Ordenanza". Por otra parte, también es claro que resulta de aplicación en casos como el presente, de concatenación de contratos, el principio de la "unidad esencial del vínculo contractual" acuñado, con algún precedente anterior, por la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en fecha 8 de marzo de 2007 (rcud. 175/2004), a la que han seguido muchas otras sentencias, entre otras las 17 de diciembre de 2007 (rcud.

199/2004), 18 de febrero de 2009 (rcud. 3526/2007); 21 de mayo de 2008 (rcud. 3420/2006); 7 de abril de 2009 (rec. casación 3/2008); 1 de junio de 2009 (rcud. 1880/2007); 30 de junio de 2009 (rcud. 3066/2008); y 21 de abril de 2010 (rec. casación 162/2009);

B) Lo expuesto en el apartado anterior, implica, que no puede considerarse que cada finalización del contrato, seguida de vacaciones y tiempo de espera hasta un nuevo embarque constituya un retorno/nueva salida como entiende la Entidad Gestora, sino que debe entenderse -a los efectos de aplicación del artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social - que ha existido un único "retorno" que se produce, al cesar la demandante en su trabajo, como consecuencia, precisamente, de que al cerrar la línea, el Buque dejase de prestar los servicios que venía efectuando.

C) A tenor de las consideraciones hasta aquí efectuadas, hemos de entender, que la descrita situación de la demandante tiene encaje en el repetido artículo 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social rectamente interpretado, pues resultaría absurdo, a juicio de la Sala, que por no prever específicamente la norma un supuesto singular de trabajador español emigrante retornado, cual es el del trabajador que ha prestado servicios como tripulante en un Buque de bandera de País no perteneciente al Espacio Económico Europeo durante un dilatado período de tiempo, y que por cierre de la línea (Bilbao-Portsmouth) que cubría dicho Buque, ha visto extinguida su relación laboral, y regresado ("retornado") a España con carácter permanente, se le deniegue el subsidio solicitado, cuando es precisamente el momento en que ha surgido la contingencia protegida; y,

D) La interpretación que efectuamos no sólo viene avalada por el mandato del artículo 24.1 de nuestra Constitución a los jueces y tribunales, que induce al ajuste equilibrado de la norma al caso concreto, pues sólo así se realiza la tutela judicial efectiva, sino también porque como recuerda la reciente sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2012 (rcud. 4389/2011) -dictada también en supuesto de subsidio de desempleo- de una parte,"la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, de acuerdo con el art. 5.1 LOPJ , lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» [SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2 ; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3 ; y 20/1994, de 27/Enero, FJ 2 ; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4 ; y 192/2003, de 27/Octubre] (SSTS 10/12/02 - rec. 1492/02 -; SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; y 10/11/09 -rcud 2514/08 -); y de otra parte..."las decisiones judiciales deben adecuarse al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales, y los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido sino que -por lo que a los órganos judiciales se refiere- las resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE (SSTC 19/1982, de 5/Mayo, FJ 6 ; 82/1990, de 4/Mayo, FJ 2 ; 126/1994, de 25/Abril ; 95/2000, de 10/Abril ; y 154/2006, de 22/Mayo , FJ 8)"; doctrina toda ella que avala la interpretación que mantenemos, si se tiene en cuenta, además, que en cumplimiento del artículo 42 del Texto Constitucional, conforme al cual, "El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno", entre otras políticas, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía española en el exterior - a la que ya se alude en la sentencia recurrida- establece en su Título II la Política integral en materia de retorno, señalando en el artículo 26. Finalidades de la política de retorno, que : "1. El Estado en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales promoverá una política integral para facilitar el retorno de los españoles de origen residentes en el exterior" y que : "2.Los poderes adoptarán las medidas necesarias para remover los obstáculos que dificulten a los españoles retornados el acceso a las prestaciones o beneficios sociales existentes en las mismas condiciones que los españoles residentes en España", precepto el transcrito, que refuerza si cabe el derecho del trabajador emigrante retornado a las prestaciones por desempleo, que con carácter general reconoce a todos los españoles en situación de necesidad el artículo 41 de nuestra Constitución .

CUARTO.- 1. Las consideraciones precedentes nos llevan a afirmar -con el acertado informe del Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida, lo que determina la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Social de la Marina, sin que proceda pronunciamiento sobre costas.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D^a Nuria García Muñoz, en nombre y representación del **INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA**, contra la sentencia dictada el día 22 de noviembre de 2011 por la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación 2608/2011 , que a su vez había sido formulado frente a la sentencia que, con fecha 13 de junio de 2011, pronunció el Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao , en los autos número 232/2001, seguidos en reclamación por Subsidio de Desempleo, a instancia de D^a. Trinidad contra el recurrente **INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA**, el **INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO**, el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD**. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Jose Luis Gilolmo Lopez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 38/2012.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso **38/2012** para sostener, con pleno respeto a la decisión mayoritaria, la posición que mantuve en la deliberación a favor de revocar la sentencia impugnada y mantener el fallo desestimatorio de la demanda que se contiene en la resolución de instancia.

1. La cuestión que plantea el recurso consiste en determinar si la actora, en las circunstancias que se desprenden de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada y de algunos datos fácticos complementarios notorios o que se derivan de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, de la de instancia, e incluso de la propia demanda y de la práctica totalidad de los documentos unidos al proceso, tiene o no derecho a percibir el subsidio -nivel asistencia- de desempleo previsto en el art. 215.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada por la Ley 45/2002. Más en concreto, se trataría de dilucidar, una vez superado el presupuesto de la contradicción (cuestión ésta -la contradicción- sobre la que muestro mi conformidad con la solución de la mayoría), si, en sus circunstancias, la demandante había trabajado en el extranjero (o mejor, en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no existe convenio sobre protección por desempleo) "como mínimo doce meses en los últimos seis años ... desde su última salida de España", tal como dispone la norma, siendo exclusivamente este requisito el que se ventila en el proceso y del que depende su posible condición como "emigrante retornado" para acceder a la prestación del nivel asistencial que lleva tal denominación.

2. Conviene recordar que la actora prestaba servicios como tripulante ("supervisor" al menos entre el 21-9-2009 y el 3-10-2010) en el buque de bandera de Bahamas "Pride of Bilbao" (que -es notorio- cubría el trayecto regular entre la capital bilbaína y el puerto de Portsmouth en el sur de Inglaterra) desde el año 2000 hasta octubre de 2010, en los períodos relacionados en el ordinal primero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, inmodificado en suplicación y transcrito en su integridad en los antecedentes de la presente resolución. En octubre de 2010 solicitó el subsidio para emigrantes retornados y la entidad gestora se lo denegó al no reconocerla tal condición -la de emigrante retornado- por no haber trabajado en el extranjero, desde su última salida de España, un mínimo de doce meses en los últimos seis años anteriores al retorno. Resulta también conveniente precisar, porque así se desprende de los documentos que sin duda han servido al Juez de instancia para configurar el muy parco hecho probado 1º, que, por ejemplo, la actora prestó servicios para la empresa propietaria del ferry "Pride of Bilbao", no necesariamente embarcada en dicho buque, desde el 25 de agosto hasta el 12 de septiembre de 2010, disfrutando vacaciones desde éste último día hasta el 20 de septiembre y desde entonces y hasta el día 24 residiendo en Vizcaya donde rinde viaje el ferry. Igualmente prestó servicios desde ese 24 de septiembre de 2010 hasta el 30 de ese mismo mes, disfrutando luego de vacaciones hasta el día 3 de octubre (folios 111 a 114, especialmente éste último, de los autos). Por otra parte, la propia actora, en el escrito rector del proceso, en coincidencia con ese mismo dato que figura igualmente en todos los contratos de embarque y en la práctica totalidad de los documentos unidos al procedimiento, da cuenta de que su domicilio está situado en una localidad de la provincia de Vizcaya y que su relación con la empleadora estaba formalmente amparada (aporta los contratos) por esos contratos de embarque, de duración determinada, por períodos semestrales, al menos desde el 21 de mayo de 2003 hasta el 5 de mayo de 2010.

3. En el recurso de suplicación interpuesto en su día por la actora contra la sentencia desestimatoria de instancia se intentó, por la vía del art. 191.b) de la LPL , completar el hecho probado 1º a fin de que se hiciera

constar también la secuencia de contratos temporales que, desde el 21 de mayo de 2003, la habían unido con la empresa extranjera y poder demostrar así, al entender de la demandante recurrente, que durante todos esos períodos temporales de prestación laboral, según decía, "mantiene su relación laboral vigente y válida, sigue sometido a la disciplina de la empresa y mantiene intactos todos [los] derechos y sus obligaciones laborales", concluyendo que "el mero desembarque y la situación de <<expectativa de embarque>> no suponen, ni pueden hacerlo, la extinción de la relación".

Ese motivo de revisión fáctica fue rechazado por la Sala del País Vasco con el argumento de que "desde el año 2000 hasta el 31 de octubre de 2010 se han prestado servicios según relata ya la sentencia recurrida, y aunque no se pormenorizan los mismos, del hecho que se cuestiona ya se deduce la existencia de una actividad permanente al menos en el último año, suficiente [según se dice] a los efectos de la concurrencia, en su caso, del requisito que se exige por la norma, e igualmente figura la totalización de prestación efectiva. A través de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida [concluye la Sala del País Vasco] se estable[ce] la permanencia en España fuera de los períodos de vacaciones al menos en agosto y septiembre de 2010, por lo que se considera innecesaria la revisión, pues realmente nada nuevo nos aporta y el requisito de trascendencia es esencial para que concurra la revisión (TS 5-7-11, 158/10)".

4. Es obvio, a mi entender, teniendo en cuenta tal argumentación y poniéndola en relación con la secuencia contractual de prestación de servicios que la propia recurrente relata en su escrito de demanda (hecho conforme), que la trabajadora, y así ha de entenderse el relato fáctico de instancia, sea cual fuere el lugar en el que disfrutara sus periodos de vacaciones y fuera cual fuera también el carácter o naturaleza de su relación laboral (fija o temporal), no permanecía embarcada, sino en su domicilio de Vizcaya, desde que el buque rendía viaje allí, o desde que finalizaba el período vacacional, hasta que comenzaba una nueva prestación de servicios en la misma travesía marítima que cubría la línea regular entre las dos mencionadas ciudades.

Partiendo, pues, de los datos fácticos arriba consignados, y superado ya el análisis de la contradicción, la solución más ajustada a derecho, a mi modo de ver y tal como expuse en la deliberación, es la contenida en la sentencia referencial, por lo que el recurso debió ser estimado. En efecto, el caso de la demandante, igual que sucedía en la sentencia de contraste, en la que también pleiteaba un trabajador que prestaba servicios en un buque de bandera de Bahamas que igualmente hacía la travesía de Santurce a Inglaterra, encaja en lo que la Ley 33/1971, ya derogada, denominaba "emigración breve" y que -me parece fácil deducirlo- no constituye el objetivo de la prestación de nivel asistencial reconocida por el art. 215.1.1.c) de la LGSS cuando dispone, en redacción ciertamente poco afortunada, que, para tener derecho a ella, entre otras cosas, es necesario que se "acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años ... [en países extracomunitarios o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo] desde su última salida de España".

5. La nacionalidad del buque viene determinada por el pabellón que enarbola (Convenio Internacional de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ratificado por España el 20-12-1996: BOE 14-2-1997) y, por tanto, es evidente que los servicios se prestaban, formal y materialmente, en un país extracomunitario como Bahamas, con el que no consta la existencia de Convenio sobre desempleo. En mi particular criterio, el error de la sentencia impugnada y de la decisión mayoritaria de mis compañeros, consiste en computar, a los efectos de que la demandante complete el período anual de permanencia en el extranjero que requiere el art. 215.1.1.c) LGSS, el tiempo teórico de actividad ("... una actividad permanente de al menos en el último año, suficiente a los efectos de la concurrencia, en su caso, del requisito que se exige por la norma", decía la sentencia impugnada), dando por hecho así que la contratación temporal era fraudulenta y que, en consecuencia, la relación laboral era de carácter permanente o fija, deduciendo de ello, en fin, que la actora reunía el año de permanencia en el extranjero, contado desde su última salida de España.

Pero, desde mi punto de vista, fuera fija o temporal la relación laboral, lo cierto y determinante es que, desde que finalizaba cada período de prestación de servicios, y una vez concluido el correspondiente período de vacaciones, e incluso cada vez que el buque rendía viaje en Vizcaya y hasta que volvía a iniciar la ruta de regreso a Inglaterra, la actora permanecía en territorio español, más exactamente en el domicilio de Vizcaya que figura en la propia demanda y en la practica totalidad de los documentos unidos a los autos, incluidos los contratos de embarque, provincia en la que, como vimos -insisto- rendía viaje el ferry "Price of Bilbao" en el que trabajaba. Unos pocos días después, en una secuencia que podría calificarse como "cíclica" si atendemos a la relación contractual que se describe en la propia demanda y en los folios 111 a 114 de los autos (y que, desde luego, no se contradice en absoluto, sino todo lo contrario, con el parco ordinal primero de los hechos probados), volvía a embarcar camino de Inglaterra.

6. Al margen, pues, de la verdadera naturaleza (temporal o no) del vínculo laboral con la empleadora extranjera, cuestión irrelevante a los efectos de la prestación, lo verdaderamente decisivo es que la actora, materialmente, nunca llegaba a permanecer un año en el extranjero (no, desde luego, desde su última salida el 23 de septiembre de 2010, tal como ponía acertadamente de relieve la sentencia dictada en su día por el Juzgado de lo Social de instancia), ya fuera en el propio buque o en el territorio británico, porque, según se advierte con suficiente claridad en la propia demanda y en los documentos que dan cuenta de su secuencia contractual (folios 111 a 114), siempre retornaba periódicamente a Vizcaya antes de que transcurriera un año desde su última salida.

La situación, que más que "emigración temporal", como la denominó la sentencia de contraste al aludir al art. 2º.c) de la ya derogada Ley 33/1971, por utilizar -ya sea referencialmente- aquella misma terminología, podría ser "de temporada" (art. 2º.c de aquella antigua norma) puesto que posiblemente viniera determinada por el ejercicio de actividades cíclicas o estacionales, como pudieran ser los servicios regulares del buque entre Bilbao y Portsmouth, con ser ciertamente excepcional o poco común, no cumple -la situación- con los requisitos de índole temporal previstos en el art. 215.1.1.c) LGSS porque, en definitiva, nunca trabajaba realmente durante 12 meses en el extranjero y, desde luego, como ya dijimos, no lo hizo desde la última vez que salió de España.

Conceptual y materialmente no me parece que quepa hablar aquí de "emigrante retornado" porque, aunque ciertamente la actora haya trabajado para una empresa extranjera y los servicios los haya prestado en el buque, es decir, fuera del territorio español, ni por la duración efectiva de la prestación laboral ni por la cadencia con la que la embarcación rendía regularmente viaje en un mismo puerto español, permitiéndola residir en lo que sin duda constituía su domicilio habitual en los términos del art. 40 del Código Civil, ni estamos ante un fenómeno migratorio propiamente dicho ni existe realmente retorno alguno, al menos en las condiciones que permitirían entender la concesión de una prestación compensatoria de los gastos e inconvenientes de la reincorporación a la vida en el territorio nacional. Su situación, pues, se asemeja a la que puedan tener los tripulantes de cabina españoles, contratados en España, que prestan servicios para compañías aéreas de bandera extracomunitaria, respecto a los que me resultaría extravagante que a alguien se le ocurriera calificarles como "emigrantes" y menos aún como "emigrantes retornados".

7. Y si el legislador ha establecido, entre otros, ese requisito de permanencia temporal para permitir el acceso a la prestación asistencial de desempleo aquí cuestionada, no cabe invocar principios constitucionales, como los recogidos en los arts. 41 y 42 de la Constitución, el primero implícitamente aludido en la sentencia recurrida y el según mencionado de forma expresa por el Ministerio Fiscal, porque, como tantas veces ha señalado el Tribunal Constitucional, (SSTC 44/2004 y 213/2005, entre otras), al depender de condicionamientos económicos el propio sistema de seguridad social, "salvada la garantía institucional que consagra el [art. 41 CE] ... de preservar un régimen público de Seguridad Social en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en esta materia es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para su propia viabilidad".

En conclusión, el recurso debió ser estimado y, en mi opinión, confirmada la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

Madrid a 17 de diciembre de 2012

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. **Jordi Agustí Julia** así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.