



Roj: **STSJ PV 2508/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2508**

Id Cendoj: **48020340012016101617**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2016**

Nº de Recurso: **1521/2016**

Nº de Resolución: **1603/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **1521/2016**

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/009948

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0009948

SENTENCIA Nº: 1603/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 19 de julio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Mónica contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 29 de marzo de 2016 , dictada en proceso sobre RDE, y entablado por **SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL** frente a Mónica .

Es Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- D^a Mónica ,, con DNI NUM000 , solicitó subsidio para mayores de 52 años el 16/04/2007, informando la TGSS el 20/04/2007 que aquella si reunía el período genérico de cotización del artículo 161.1 LGSS pero no el específico de cotización del artículo 161..1b) LGSS , no obstante lo cual, se le reconoció el subsidio desde el 16/04/2007.

SEGUNDO.- La Sra. Mónica ha percibido el subsidio de desempleo desde el 16/04/2007 al 27/11/2015.

TERCERO.- La trabajadora acredita como vida laboral:

Paulino , del 1/04/1970 al 31/01/1979 (3228 días)

Talleres Ilmuro, del 1/02/1979 al 13/10/1981 (986)

Talleres Ilmuro, del 15/03/1982 al 5/05/1982 (52)



Prestación desempleo, del 6/05/1982 al 5/11/1983 (549)

CUARTO.- Sra. Mónica ha permanecido inscrita como demandante de empleo en los siguientes períodos:

18/10/1985 al 20/04/1987 (549)

28/04/1987 al 24/02/1998 (3955)

12/04/2002 al 14/01/2003 (277)

15/01/2003 al 18/07/2003 (184)

15/01/2007 al 4/12/2015 (3245)

QUINTO.- La trabajadora ha percibido los siguientes importes de subsidio:

1/2011 a 12/2011 5.112 euros

1/2012 a 12/2012 5.112 euros

1/2013 al 12/2013 5.112 euros

1/2014 al 12/2014 5.112 euros

1/2015 al 12/2015 4.643,40 euros

SEXTO.- La trabajadora solicitó el 30/11/2015 el reconocimiento de una pensión de jubilación que le fue denegada por reunir a la fecha del hecho causante. 27/11/2015, 0 días cotizados en lugar de 730.

SÉPTIMO .- La Sra. Mónica está diagnosticada de un síndrome ansioso depresivo en tratamiento desde 2.002-2.002, comenzando entonces con tratamiento farmacológico con Besitran. El marido de la Sra. Mónica está diagnosticado de coxartrosis muy evolucionada desde mayo del 98 así como espondilolistesis lumbar L4-L5, presentando un cuadro ansioso depresivo desde el año 2.000 y colocándosele una prótesis de cadera derecha el 26/10/2006, al cual se le reconoció una minusvalía del 39,5% con efectos al 25/07/2007 por el diagnóstico de "limitación funcional miembro inferior derecho. Prótesis total de cadera derecha. Trastorno ansioso depresivo".

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda formulada por SPEE frente a D^a Mónica , debo REVOCAR Y REVOCO el subsidio de desempleo para mayores de 52 años reconocido con efectos al 16/04/2007 y declarar como cobro indebido imputable a la trabajadora 20.448 euros".

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte demandante.

CUARTO .- El 11 de julio de 2018 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el día 19 del mismo mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a Mónica ha percibido el subsidio de desempleo para mayores de 52 años desde el 16 de abril de 2007 al 27 de noviembre de 2015, ascendiendo a 20.448 euros el importe cobrado en los cuatro últimos años. El Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) se lo reconoció pese a que la TGSS le informó que no cumplía con el requisito de carencia específica (730 días de cotizaciones en los 15 últimos años). El NUM001 de 2015, al cumplir 65 años, pidió pensión de jubilación, que el INSS le deniega con base en que no acredita día alguno de cotización en los últimos 15 años, tras lo cual el SPEE demanda, el 14 de ese mes, que se revoque el subsidio reconocido en su día y se declare indebido el cobro de 20.448 euros porque no cumplía el requisito de carencia específica para poder jubilarse, condenándola a su pago, lo que ha sido estimado por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao en sentencia de 29 de marzo de 2016 , que a tales efectos tiene en cuenta los siguientes hechos: 1) D^a Mónica cotizó desde el 1 de abril de 1970 al 5 de noviembre de 1983 sin más interrupción que desde el 14-Oc- 81 al 14-Mz-82, haciéndolo los últimos 549 días como beneficiaria de prestación por desempleo y sin acreditar más cotizaciones desde la última de esas fechas; 2) desde entonces y hasta el 4 de diciembre de 2015 ha permanecido inscrita como demandante de empleo sin más interrupciones que en los períodos del 6-Nv- 83 al 17-Oc-85, del 21 al 27-Ab-87, del 25-Fb-98 al 11-Ab-02 y del 19-JI-03 al 14-En-07; 3) D^a Mónica está diagnosticada de un síndrome ansioso depresivo en tratamiento desde el año 2002 y su esposo de coxartrosis desde mayo de 1998 (con prótesis de cadera derecha implantada en 2006), espondilolistesis L4-L5 y un cuadro ansioso depresivo desde el año 2000, teniendo reconocido desde julio de 2007 un 39,5% de discapacidad por la limitación funcional de su miembro inferior derecho y el trastorno anímico. Razona el Juzgado, en esencia,



que la demandada no cumplía con el requisito de carencia específica para jubilación cuando se reconoció el subsidio, al no reunir dos años de cotización en los últimos quince, sin que obste a ello la situación de desempleada en que estuvo, ya que hubo interrupciones amplias en su situación de demandante de empleo que no se justifican por su patología o la de su esposo.

Pronunciamiento que D^a Mónica recurre en suplicación, ante esta Sala, pidiendo que la demanda se desestime, a cuyo fin articula un motivo, al amparo del art. 193.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), en el que denuncia que sí cumple con el requisito de carencia específica, concurriendo circunstancias que justifican la falta de inscripción continuada como demandante de empleo como son su patología y la de su esposo, acreditando en todo caso una prolongada voluntad de permanecer en el mercado laboral.

Recurso impugnado por el SPEE, que además de asumir las razones del Juzgado, considera que la falta de cumplimiento del requisito de carencia específica resulta incuestionable desde el momento en que el INSS denegó a D^a Mónica la pensión de jubilación por tal causa y ésta no ha recurrido esa resolución.

SEGUNDO .- A) A la hora de dar respuesta al recurso, resulta obligado partir de la legislación vigente en la fecha en que se reconoció a la demandada el subsidio de desempleo para mayor de 52 años cuya revocación se pide por el SPEE en su demanda, dado que el enjuiciamiento de su pretensión debe hacerse en función de la misma; esto es, la vigente en abril de 2007.

El art. 215.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), disponía entonces que *"serán beneficiarios del subsidio:-3) Los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aún cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social"* .

Por su parte, el art. 161.1 LGSS regulaba los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social a la edad de 65 años y, en lo que aquí interesa por ser el cuestionado, exigía como uno de ellos en su letra b), *"tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho"* , en regla completada con un segundo párrafo del siguiente tenor: *"En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar"* . Esta última previsión legal constituye una excepción a la regla general del párrafo anterior, que recoge normativamente lo que se ha venido en denominar como la teoría del paréntesis, en virtud del cual un determinado período de una regla general de cómputo se excluye del mismo, a modo de paréntesis. Su razón de ser, en este concreto caso, es fácil advertirla: se trata de una regla destinada cumplir un requisito necesario para el acceso a la pensión de jubilación, que puede resultar difícil de cumplir en trabajadores que acceden a la misma desde situaciones en que no están obligados a cotizar, lo cual es relativamente frecuente en esos casos, dadas las dificultades de encontrar empleo que tienen los trabajadores en edad madura y que, por ello, hace presumible que no pueden reunirlo, con lo que quedarían desprotegidos frente a la jubilación. Dificultad que ya ha llevado a nuestro legislador a medidas específicas de protección de ese colectivo por esa circunstancia, como puede ser el complemento del 20% de la base reguladora en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual al que se accede a partir de los 55 años si no se tiene empleo o el subsidio de desempleo para trabajadores mayores de una determinada edad (52 años, en la fecha del subsidio litigioso)

Ese período de cotización de dos años en los últimos quince se conoce como el período de carencia específica, para diferenciarlo del período mínimo de quince años de cotización, que se describe como período de carencia genérica.

B) A la vista de la normativa expuesta, debemos descartar que resulte relevante, para confirmar el pronunciamiento recaído, que el INSS haya denegado a la demandada la pensión de jubilación al cumplir la edad de 65 años con base en que no cumple con el requisito de carencia específica, dado que el SPEE confunde el momento temporal en el que se ha de reunir ese requisito para tener derecho al subsidio para mayores de 52 años, que como bien señala el art. 215.1.3) es *"en el momento de la solicitud"* . Acotación temporal lógica, por lo demás, puesto que en el momento de reconocerse el subsidio resultaría imposible saber si el trabajador va a cumplir o no ese requisito al tiempo de jubilarse, tanto porque se desconoce cómo va a desarrollarse su vida laboral desde que pide el subsidio hasta que se jubila, como porque en ese período de tiempo (que entonces podía abarcar hasta trece años) podría cambiar la regulación de la pensión de jubilación.



C) Preciado, por tanto, que el requisito de carencia específica propio de la pensión de jubilación ha de reunirse a la fecha de solicitud del subsidio, lo que queda por examinar es si la demandada lo cumplía, como ella sostiene en su recurso, o no, tal y como lo entiende el SPEE y asume el Juzgado en su sentencia.

Pues bien, la Sala comparte la posición de la recurrente, aunque por una línea argumental que no es exactamente la suya aunque está en la base de su denuncia, como es que el período de quince años en el que debe reunir dos años de cotización inicia su cómputo retroactivo en la fecha en que cesó su obligación de cotizar (que fue el 5 de noviembre de 1983) y no en la fecha en que pide el subsidio (16 de abril de 2007), dado que en esta última fecha no estaba obligada a cotizar, y ello conforme a lo previsto en el párrafo segundo del art. 161.1.b) LGSS, lo que convierte en irrelevante el debate en que se enzarzan las partes y el propio Juzgado sobre si las interrupciones en la inscripción como demandante de empleo que ha tenido D^a Mónica durante esos veinticuatro años permiten o no retrotraer el período de quince años, ya que esa concreta regla -cuya aplicación o no es el punto central de controversia- no se vincula, en el precepto, a más circunstancia que la de no estar obligado a cotizar al tiempo de acceso a la pensión de jubilación (aquí, la fecha de solicitud del subsidio), sin exigirse para su aplicación que se haya mantenido una situación ininterrumpida de inscripción como demandante de empleo.

En realidad, subyace en la posición del SPEE y del Juzgado una confusión de requisitos precisos para causar derecho a la pensión de jubilación, mezclando el de carencia específica con el de permanecer en situación de alta o asimilada, pero no es éste el que se alega por el SPEE como causa de pedir la revocación del subsidio reconocido a D^a Mónica en abril de 2007. Requisito que, en cualquier caso, cumplía ésta, ya que la jurisprudencia era pacífica entonces en orden a estimar que bastaba con llevar inscrito un mes como demandante de empleo para cumplirlo, como lo contempla el art. 215.1.1) LGSS, sin exigirse continuidad en la inscripción desde que concurrió la situación legal de desempleo, dando fe de ello la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 13 de abril de 2006 (RCUD 1083/2004), con cita de sus precedentes, dictada en un caso en el que se discutía la concurrencia de ambos requisitos por concurrir interrupciones de varios años en la inscripción, lo que no fue obstáculo para que dicho Tribunal estimara el recurso del solicitante del subsidio y se lo reconociera por ser un factor irrelevante esas interrupciones.

A mayor abundamiento, el criterio aplicado por la sentencia recurrida, negándose a aplicar la teoría del paréntesis, aquí legalmente prevista para determinar el cumplimiento de la carencia específica, tampoco se atiene al criterio aplicado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 2012 (RCUD 4674/2010), en la que el Tribunal confirma nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2010 (rec. 1871/2010), considerando doctrina buena la que aplica la teoría del paréntesis, a fin de determinar la concurrencia de ese requisito de la pensión de jubilación, a un caso en el que el solicitante de ésta llevaba diez años sin empleo ni cotización, no habiendo estado inscrito los cinco primeros años de ese período y sí los cinco últimos, siendo así que en nuestro caso, dentro de los veinticuatro años transcurridos desde que cesó la obligación de cotizar y hasta que pidió el subsidio, el período sin inscripción superó el 60% del período.

En definitiva, su resolución de entonces se ajustaba plenamente a derecho, puesto que la demandada sí cumplía el requisito de carencia específica, ya que reunía más de dos años cotizados entre el 6-Nv-68 y el 5-Nv-83, siendo la TGSS la que se equivocó en su informe emitido entonces, al no tener en cuenta la regla del párrafo segundo del art. 161.1.b) LGSS. E igualmente cumplía el requisito de llevar más de un mes inscrita como demandante de empleo que exigía el art. 215.1.1) LGSS.

El recurso, por lo expuesto, se estima.

TERCERO.- No procede condena en costas dado el éxito del recurso y que ambas partes disfrutaron del beneficio de justicia gratuita por la condición en la que litigan, lo que impide aplicar el art. 235.1 LJS.

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D^a Mónica contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, de 29 de marzo de 2016, dictada en sus autos nº 976/2015, seguidos a instancias del Servicio Público de Empleo Estatal, frente a la hoy recurrente, sobre revocación de subsidio de desempleo para mayores de 52 años; en consecuencia, con revocación de su pronunciamiento y desestimando la demanda interpuesta, declaramos ajustado a derecho el subsidio de desempleo reconocido a la demandada desde el 16 de abril de 2007, absolviéndola de lo pedido en la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1521-16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1521-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.