



Roj: STS 1479/2014
Id Cendoj: 28079140012014100165
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3079/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JORDI AGUSTI JULIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Marzo de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 29 de junio de 2012, dictada en el recurso de suplicación número 279/10 , interpuesto por D. Florentino , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Arrecife, de fecha 10 de diciembre de 2009 , dictada en virtud de demanda formulada por D. Florentino contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, sobre prestación por desempleo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Florentino , representado por el Letrado Sr. Martínez Ildfonso.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2009, el Juzgado de lo Social número 3 de Arrecife, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- D. Florentino tenía reconocida una prestación contributiva de desempleo con una duración de 480 días, con una base reguladora diaria de 35,96 euros y como fecha de inicio del cobro de la prestación el 30/09/2007 (expediente administrativo).- **SEGUNDO.-** Con fecha 4 de noviembre de 2008 el actor sacó billetes de ida y vuelta para viajar a Colombia del 3 de diciembre de 2008 al 19 de enero de 2009, sin solicitar una autorización de salida al extranjero al INEM ni poner en conocimiento del mismo esa circunstancia.- **TERCERO.-** Con fecha 10 de marzo de 2009 la Dirección Provincial del INEM de Las Palmas dictó resolución por la que se acordaba extinguir la prestación por desempleo que percibía el actor por haber salido al extranjero sin haber comunicado a su Oficina de Prestaciones su intención de salir al extranjero, con fecha de efectos de su salida al extranjero, es decir, el 4 de diciembre de 2008.- **CUARTO.-** Con fecha 15 de mayo de 2009 se notificó al actor comunicación sobre percepción indebida de prestaciones por desempleo por importe de 7.442,66 euros del periodo 30/09/2007-29/01/2009 por emigración o traslado al extranjero, y tras hacer el actor alegaciones en escrito de fecha 27 de mayo de 2009, la Dirección Provincial del INEM de Las Palmas, a la vista de las mismas, dictó resolución de fecha 17 de julio de 2009, por la que acordaba declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 7.442,66 euros correspondientes al periodo 30/09/2007-29/01/2009 por emigración o traslado al extranjero, y que debía reintegrar en un plazo de 30 días. Contra dicha resolución el actor interpuso, con fecha 31 de julio de 2009, reclamación previa que fue desestimada por resolución la Dirección Provincial del INEM de Las Palmas de fecha 28 de septiembre de 2009".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Florentino contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de todos los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia de

fecha 29 de junio de 2012 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Florentino frente a la sentencia de fecha 10 de Diciembre de 2009, del Juzgado de lo Social 3 de Arrecife en procedimiento 848/2009, seguido contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, que revocamos y estimando la demanda se anula dejando sin valor ni efecto la resolución impugnada".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por el Abogado del Estado recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2012 (Rec. nº 2446/11).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 18 de julio de 2013 se admitió a trámite el presente recurso y, mediante resolución notificada al letrado de la parte recurrida el 19 de septiembre de 2009, se dio traslado del escrito de interposición para que formalizase su impugnación en el plazo de quince días.

Con fecha 15 de octubre de 2013 por la representación procesal del recurrido D. Florentino se presentó escrito formulando impugnación a dicho recurso.

QUINTO.- 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 20 marzo de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, dictó sentencia en fecha 29 de junio de 2012 (rec. 279/2010), por la que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador demandante frente a la sentencia desestimatoria de fecha 10 de diciembre de 2009, del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Arrecife en procedimiento 848/2009, revocaba dicha decisión y estimando la demanda se anulaba y dejaba sin efecto la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de Las Palmas de 17 de julio de 2009, acordando declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 7.442,66 euros correspondientes al período 30/09/2007-29/01/2009 por emigración o traslado al extranjero, y que debía reintegrar en un plazo de 30 días, en razón a haberse ausentado del territorio español en el periodo del 3 de diciembre de 2008 al 19 de enero de 2009, viajando y permaneciendo durante dicho período en Colombia por enfermedad de hijo, sin solicitar una autorización de salida al extranjero del INEM, ni poner en conocimiento del mismo esa circunstancia.

2. Recurre en casación para unificación de doctrina el Abogado del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal denunciando la infracción del art. 213.1.g) LGSS , en relación con el art. 6.3 RPD, y seleccionando para el contraste la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2012 (rcud. 2446/2011), en el que se contempla supuesto de perceptor de prestaciones de desempleo que -también sin comunicación alguna al INEM- se había ausentado de España y permanecido en Nigeria por dos periodos superiores a 15 días (del 17/02/ al 11/03 y del 17/03 al 11/05/09), resolviendo la Sala confirmar la decisión extintiva de la prestación acordada por la Administración, al entender que la ausencia del territorio español por más de 15 días constituye válida causa de extinción. Con lo que es claro se cumple el requisito de contradicción el art. 219 LRJS exige para la viabilidad del presente recurso para la unificación de la doctrina, dado el contraste entre la parte dispositiva de las dos sentencias, que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales -recientes sentencias de esta Sala de 16/07/13 (rcud 2275/12); 22/07/13 (rcud 2987/12); y 25/07/13 (rcud 3301/12)-.

3. Aunque la sentencia ofrecida como referencial sea de esta Sala, pese a todo el recurso no puede ser acogido en tanto la doctrina en ella sustentada ha sido corregida con posterioridad por las sentencias de 18-10-2012 (rcud. 4325/2011), 22-10-2013 (rcud. 3200/2012), 23-10-2012 (rcud. 3229/2011), 24-10-2012 (rcud. 4478/2011), 30-10-2012 (rcud. 4373/2011), 17-06-2013 (rcud. 1234/2012), 17-09-2013 (rcud. 2646/2012), 23-10-2013 (rcud. 84/2013), 04-11-2013 (rcud. 3258/2012), 11-11-2013 (rcud. 1691/2012) y 20-01-2014 (228/2013), cuyos sustanciales razonamientos pasamos a exponer seguidamente.

SEGUNDO.- 1. Con carácter previo se han de referir las disposiciones legales a tener en cuenta para resolver la cuestión suscitada -incidencia que en la prestación por desempleo haya de tener la ausencia del territorio nacional por parte de los beneficiarios- y que son las siguientes:

a).- El art. 203 LGSS , definiendo la situación de desempleo como aquella en la se encuentran «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su ocupación o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo»; situación referida -en su ámbito geográfico- al mercado de trabajo español, que constituye el campo de actuación de los servicios de empleo y en donde los mismos pueden controlar «la subsistencia de los requisitos

que justifican la protección por desempleo [falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo] - STS 17/01/12 (rcud 2446/11)-, referida como contraste.

b).- El art. 213.1.g) LGSS , que establece como causa de extinción de la protección por desempleo el «traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen».

c).- El art. 231.1 LGSS , que incluye entre las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones por desempleo, las de «proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos ... suspensión, extinción ... del derecho a las prestaciones» [apartado b)] y la de «solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción» [apartado e)].

d).- El art. 6.3 RDP [RD 625/1985 , en la redacción proporcionada por el RD 200/2006], que prescribe como causa extintiva de la prestación el traslado de residencia al extranjero y que no lo es la salida al mismo «por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año». Y

e).- El art. 64.1.c) del Reglamento UE 883/2004 , que dispone -en principio- la conservación del «derecho a las prestaciones durante un período de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda».

TERCERO.- 1. Partiendo de tales preceptos entiende la vigente doctrina de la Sala que si bien el concepto jurídico de "residencia" -emparentado con los conceptos de "domicilio" y de "estancia"- ofrece diferentes modalidades en las distintas ramas o sectores del ordenamiento, todas ellas ofrecen una nota común: la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985. Aunque no reúna las notas que caracterizan al domicilio, y aunque no sea la "residencia habitual", la "residencia" simple o residencia sin adjetivos comporta una cierta prolongación temporal; es algo más que una "estancia". Y a los efectos de que tratamos -desempleo- el «vacío de regulación puede colmarse, sin embargo, mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Para el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. Y ... este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004 , como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo».

2. Sobre el deber de comunicar la ausencia, nuestra actual doctrina recuerda que tal obligación viene impuesta por el art. 231.1 LGSS -tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles- y encuentra su razón de ser en que «si no hay comunicación por anticipado [o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa], no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación; entre ellos, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo... De acuerdo con el mismo precepto legal, las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora».

3. El incumplimiento de las obligaciones de comunicar ex ante [para la salida programada] o inmediatamente ex post [para una eventual circunstancia sobrevenida] genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal ["baja"] de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía. Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS , pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS .

4. «La estancia de quince días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo. El artículo 6.3 RD 625/1985 no lo dice expresamente, pero de su redacción se desprende que se trata de una libranza temporal de la presencia del preceptor de la

prestación de desempleo en el mercado de trabajo español, distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado. El principio que inspira este período de libranza es el de conciliación de la vida personal y la vida profesional del beneficiario de la prestación de desempleo».

5. A manera de resumen cabe distinguir las siguientes situaciones en la protección del desempleo: «a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno; b) una prestación "extinguida" ... en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal; c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 [redacción RD 200/2006] de "búsqueda o realización de trabajo" o "perfeccionamiento profesional" en el extranjero por tiempo inferior a "doce meses"; d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo".

6. El nuevo redactado dado al artículo 213.1, apartado g) de la Ley General de la Seguridad Social por el Real Decreto-Ley 11/2013, no resulta aplicable al presente caso, por evidentes razones cronológicas.

CUARTO.- 1. Aplicando tal doctrina al supuesto ahora enjuiciado -visto el informe del Ministerio Fiscal- hemos de afirmar que estamos ante un supuesto de prestación "suspendida", que no "extinguida" como en su día acordó el SPEE, puesto que si bien la ausencia del territorio nacional no fue comunicada a la Entidad Gestora, en todo caso no alcanzó los 90 días, de manera que procede estimar parcialmente el recurso y limitar la pérdida de la prestación al referido período de ausencia -3 de diciembre de 2008 al 19 de enero de 2009-. Sin imposición de costas (artículo 235.1 LRJS).

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en representación del **SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL**, y revocamos en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas en fecha 29 de junio de 2012 (recurso de Suplicación nº 279/2010), que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 10 de diciembre de 2009 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Arrecife (autos 848/2009] en materia de prestaciones por desempleo, y resolviendo el debate en Suplicación estimamos en parte el de tal clase formulado por el trabajador D. **Florentino** , confirmando dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada y limitando la pérdida de la prestación de dicho trabajador exclusivamente a los días que median entre el 3 de diciembre de 2008 al 19 de enero de 2009.

Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.