

Roj: **STS 975/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:975**Id Cendoj: **28079140012012100045**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/01/2012**Nº de Recurso: **2446/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AR 298/2011,**
STS 975/2012

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jesús Ángel , designado a los efectos de formalización de D. Landelino , representado y defendido por la Letrada Sra. Tovar Lázaro, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 26 de mayo de 2011, en el recurso de suplicación nº 338/11 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Social de Huesca , en los autos nº 868/10, seguidos a instancia de D. Landelino contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre **desempleo**.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, representado y defendido por el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 27 de mayo de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca, en los autos nº 868/10, seguidos a instancia de D. Landelino contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre **desempleo**. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es del tenor literal siguiente: "Desestimamos el recurso de suplicación nº 338/2011 , ya referenciado, interpuesto contra la sentencia nº 94/2011 dictada en 21 de marzo del corriente por el Juzgado de lo Social de Huesca que confirmamos en toda su integridad. Sin costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 21 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social de Huesca , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Con fecha 3-8-2010 la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de Huesca notificó al actor D. Landelino , la propuesta de extinción de su prestación por **desempleo** y la posible percepción indebida de la prestación en cuantía de 9384,41 euros, correspondientes al periodo del 17-2-09 al 5-5-10. ---2º.- Mediante Resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de Huesca de fecha 25-8- 2010 se confirmó la propuesta anterior, siendo el motivo las "salidas al **extranjero** no autorizadas en los periodos comprendidos entre el 17/02/09 y el 11/03/09 y entre el 17/03/09 y el 17/05/09 percibiendo prestación, sin el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 231.1 LGSS ". Interpuesta reclamación previa, fue desestimada, quedando agotada la vía previa administrativa. ---3º.- El actor, estando percibiendo prestación por **desempleo** y sin comunicar su salida al **extranjero** al INAEM viajó a Nigeria el 17-2-09, regresando el 11-3-09, así como el 17-3-09, regresando el 17-5-09".



El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Desestimando la demanda interpuesta por D. Landelino frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre prestación por **desempleo**, absuelvo al demandado de todos los pedimentos contenidos en la demanda".

TERCERO.- La Letrada Sra. Tovar Lázaro, en representación de D. Jesús Ángel, designado a los efectos de formalización de D. Landelino, mediante escrito de 4 de julio de 2011, 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 Castilla y León, de 17 de junio de 2009. **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del art. 213.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 6.3 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril, y el art. 31.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integridad social y el art. 162.e) del Real Decreto 557/11, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 12 de julio de 2011 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 improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se suscita en el presente recurso consiste en determinar si el traslado al **extranjero** por un periodo superior a 15 días en un supuesto en que no está prevista la suspensión de la prestación constituye causa de extinción de la prestación de **desempleo**. En el caso que decide la sentencia recurrida se trata de un trabajador que en los periodos de 17 de febrero de 2009 a 11 de marzo de 2009 y de 17 de marzo de 2009 a 17 de mayo de 2009 se desplazó a Nigeria. La sentencia recurrida considera que, al superar el periodo de permanencia de los 15 días y no ser aplicable ninguna causa de suspensión, la decisión extintiva de la gestora es procedente.

Contra este pronunciamiento recurre el actor, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Valladolid de 17 de junio de 2009, en la que se excluye la extinción de la prestación en el caso de un trabajador que se trasladó a Bolivia a primeros de diciembre de 2006, regresando a España el 14 de enero de 2007. Para la sentencia de contraste la residencia en el **extranjero** por analogía con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, debe exceder de 90 días, aparte de que la estancia se realizó por razones familiares y sin voluntad de permanencia, no constando efectos negativos en orden a cursos u ofertas, ni dificultades de comunicación con la gestora.

SEGUNDO.- La contradicción debe apreciarse, porque ante situaciones sustancialmente iguales los pronunciamientos son distintos. Frente a lo que afirma el Abogado del Estado la identidad no se rompe porque el periodo considerado en la sentencia recurrida sea menor o porque en ella se mencione la finalidad familiar del viaje. Esta finalidad es irrelevante por lo que más adelante se dirá y lo mismo ocurre con la reducción del periodo, pues en los dos casos se exceden los 15 días y con la doctrina de la sentencia de contraste la extinción del derecho del actor no se habría producido.

TERCERO.- El motivo único del recurso denuncia la infracción del art. 213.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 6.3 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril, y el art. 31.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social y el art. 162.e) del Real Decreto 557/11, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social.

Ninguna de las infracciones denunciadas puede apreciarse. Hay que empezar descartando la denuncia de la vulneración del art. 162.1.e) del Real Decreto 557/2011, que aprueba el Reglamento de Extranjería, por una razón obvia: este precepto, aparte de regular materia ajena a la que aquí se debate -la extinción de la autorización de residencia temporal en España- no estaba vigente en el momento en que se produjo el hecho causante, ni tampoco estaba en vigor cuando se dictaron la sentencia recurrida y la de contraste.

El resto de las infracciones denunciadas requiere un examen más detenido y puede abordarse de forma conjunta. El art. 213.1.g) de la LGSS establece que el derecho a la percepción de las prestaciones de **desempleo** se extinguirá por traslado de la residencia al **extranjero**, salvo en los casos que reglamentariamente se determine. La regulación reglamentaria contenida en el art. 6.3 del Real Decreto 625/1985 prevé que "el derecho a la prestación o al subsidio por **desempleo** quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al **extranjero** en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo,



perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los Convenios o Normas comunitarias. En otro caso, el traslado de residencia al **extranjero** incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho". El párrafo segundo de este precepto añade que "no tendrá consideración de traslado de residencia la salida al **extranjero** por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 231.1 del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social".

De esta regulación resulta que el precepto considera traslado de residencia al **extranjero** el desplazamiento con estancia en el **extranjero** por un periodo superior a 15 días naturales. De esta forma el efecto extintivo se producirá a partir de una residencia en el **extranjero** de más de quince días, salvo que concorra alguno de los supuestos que permiten la transformación de ese efecto extintivo en otro suspensivo: búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, cooperación internacional o aplicación de una norma de coordinación internacional que establezca un efecto distinto. Esta norma, que es clara en el contenido de su mandato, no puede excluirse sosteniendo la aplicación, por analogía, del art. 31 de la Ley Orgánica de Extranjería. En primer lugar, porque no hay ningún vacío de regulación, pues lo que es residencia en el **extranjero** a efectos de la prestación de **desempleo** tiene una determinación completa en el art. 6.3 del Real Decreto 625/1985 y no precisa ninguna integración analógica: residencia en el **extranjero** es la estancia en éste que sea superior a 15 días. Falta, por ello, el primer requisito del art. 4.1 del Código Civil y lo que realmente se pretende no es superar una laguna, sino sustituir la norma aplicable por otra que se considera más favorable a los intereses de la parte. En segundo lugar, no hay semejanza entre los supuestos que se tratan de equiparar, pues en uno se regula la extinción de la prestación por **desempleo** por la salida del territorio nacional y en el otro la noción de residencia temporal en España a efectos de la aplicación de las correspondientes autorizaciones. En tercer lugar, no hay identidad de razón en las normas: la norma del art. 6.3 del Real Decreto 625/1985 lo que pretende es, a reserva de una norma de coordinación internacional aplicable, como la que contienen los arts. 64 y 65 del Reglamento CE 883/2004, limitar temporalmente la concurrencia de la prestación de **desempleo** con la estancia del beneficiario en el **extranjero** en la medida en que, a reserva de la aplicación de las medidas de coordinación mencionadas, esa estancia en el **extranjero** impide controlar la subsistencia de los requisitos que justifican la protección de **desempleo** (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo), lo que, como es obvio, nada tiene que ver con la regulación de las autorizaciones de residencia temporal de los **extranjeros** en España que se insertan en el marco de la actividad administrativa de policía.

Quizá lo que la parte pretende sostener es que la regulación reglamentaria ha ido más allá de la ley (*ultra vires*) a la hora de establecer el límite de los 15 días. La laguna sería entonces producto de la nulidad de la norma reglamentaria. Pero, aparte de que no se ha fundado esta denuncia por exceso en la regulación reglamentaria (arts. 51 de la LRJAPC y art. 23 de la Ley 50/1997), no cabe aceptar tal conclusión. La norma reglamentaria se mueve dentro de los límites de la legalidad; aparece como un desarrollo y complemento adecuado de la previsión legal atendiendo a la función que ésta debe cumplir en orden al control de una situación de **desempleo**, que sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación. La regulación reglamentaria se ajusta además al alcance que la noción común de residencia tiene en nuestro Derecho, ya que frente al domicilio como residencia habitual (art. 40 del Código Civil), la simple residencia se asocia al lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente, sin que por las circunstancias concurrentes en esa estancia se exteriorice una voluntad de permanencia al objeto de constituir un domicilio (auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2007 y las resoluciones que en ella se citan).

La misma solución ha aplicado la Sala en su sentencia de 22 de noviembre de 2011, dictada en el recurso 4065/2010.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de 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 D. Jesús Ángel, designado a los efectos de formalización de D. Landelino, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 26 de mayo de 2011, en el recurso de suplicación nº 338/11, interpuesto frente a la sentencia dictada el 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Social de Huesca, en los autos nº 868/10, seguidos a instancia de D. Landelino contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre **desempleo**. Sin imposición de costas.



Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ,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. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ