Roj: **STS 7817/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7817**

Id Cendoj: **28079140012012100860**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **18/10/2012**
Nº de Recurso: **4325/2011**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **SOCIAL**
Ponente: **ANTONIO MARTIN VALVERDE**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: **Aurelio Desdentado Bonete en funciones**

Fecha Sentencia: 18/10/2012

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA **4325/2011**

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 17/07/2012

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde

Secretaría de Sala: Sección 002

Reproducido por: BAA

Protección del desempleo: incidencia de la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones.- Requisito general de disponibilidad para el trabajo en el ámbito territorial de actuación de los servicios públicos de empleo españoles.- Delimitación del concepto de "traslado de residencia" a los efectos del artículo 213 g) LGSS .- Alcance de las obligaciones de comunicación y documentación a cargo de los beneficiarios.- Período de libranza del artículo 6.3 RD 625/1985 (redacción RD 200/2006).- Cuadro de situaciones de prestación "mantenida", prestación "extinguida" y prestación "suspendida".- Solución del caso: prestación "suspendida" en el período de ausencia, que se reanuda en el momento de reintegrarse el beneficiario al territorio español. Voto Particular.

Recurso Num.: / **4325/2011**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Antonio Martín Valverde**

Votación: **17/07/2012**

Secretaría de Sala: **Sección 002**

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez

Dª. María Milagros Calvo Ibarlucea

FONDO DOCUMENTAL CE

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D. Antonio Martín Valverde

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre 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 el Letrado D. Carmelo Checa Sesma actuando en nombre y representación de D. Francisco contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4359/2011 , interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , en autos núm. 1355/2010, seguidos a instancias de D. Francisco , frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL. Ha comparecido en concepto de recurrido EL ABOGADO DEL ESTADO, actuando en nombre y representación del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio Martín Valverde** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de febrero de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º)** La actora ha venido percibiendo prestación por desempleo con efectos desde el día 16-6-208 sobre una base reguladora de 50,40 euros. **2º)** En fecha 22-03-10 se le comunicó por el organismo demandado el inicio de procedimiento sancionador por no comunicar la pérdida de los requisitos para su percepción habiendo generado cobro indebido en cuantía de 15368,64 euros debido a la salida al extranjero incumpliendo los requisitos del art. único 3 RD 200/2006 procediendo la extinción de la prestación (folio 5 de las actuaciones). El actor hubo de ausentarse de España desde el 4 de agosto de 23008 al 25 de agosto de 2008 debido a la enfermedad cardiológica que derivó en una angina de pecho de su suegro que reside en Ucrania (folios 16 y 18 de autos). **3º)** Se agotó la vía previa".

La parte dispositiva de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "FALLO: Estimando la demanda formulada por D. Francisco contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL debo declarar y declaro el derecho de la parte actora a que se le abone la prestación por desempleo con efectos desde el 25-08-08 y hasta el 30-01-10 sobre una base reguladora de 50,40 euros, condenando a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración con todos los efectos inherentes a la misma y en consecuencia a que abone a la referida actora la referida prestación".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación letrada del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2011 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social nº 38 de Madrid, de fecha 4 de febrero de dos mil once , en virtud de demanda formulada por D. Francisco frente a la parte recurrente, sobre Desempleo, y, en consecuencia, revocar la expresada resolución absolviendo a la parte demandada de toda responsabilidad en relación con el objeto de la misma".

TERCERO.- Por el Letrado D. Carmelo Checa Sesma actuando en nombre y representación de D. Francisco se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 21 de diciembre de 2011. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 17 de junio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid) en el Recurso núm. 707/2009.

CUARTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2012 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado el Abogado del Estado actuando en nombre y representación del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, mediante escrito presentado ante el Registro General de este Tribunal el 22 de marzo de 2012.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente. Instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de julio de 2012. En dicho acto, la Magistrado Ponente Excma. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

SEXTO .- Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia dada la complejidad en la deliberación y trascendencia del presente asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la incidencia en la protección del desempleo de la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones (del "nivel contributivo" o del "nivel asistencial") establecidas en este ámbito de la Seguridad Social. Tal cuestión se ha planteado con alguna frecuencia ante los órganos de la jurisdicción social en estos últimos años. En concreto, esta Sala de lo Social ha resuelto ya dos asuntos en la materia mediante sendas sentencias de 22 de noviembre de 2011 (rcud 4065/2012) y de 17 de enero de 2012 (rcud 2446/2011).

Teniendo en cuenta la normativa en la materia, que expondremos con detalle en el fundamento siguiente, el impacto sobre el derecho a prestaciones del desplazamiento al extranjero no es el mismo en el caso que debemos resolver ahora que en los resueltos en las sentencias referidas. Los principales factores de diversidad que tienen relevancia jurídica en la decisión de este grupo de litigios son dos: a) la duración de la ausencia del territorio español, y b) la comunicación o no de la misma a la entidad gestora de la protección por desempleo. También ha de ponderarse, en su caso, c) la posible concurrencia de factores de imposibilidad o grave dificultad (excesiva onerosidad), originarias o sobrevenidas, en el cumplimiento de los límites temporales y de los deberes de información previstos al efecto en la legislación de Seguridad Social.

En el supuesto que debemos resolver ahora el beneficiario de la protección del desempleo es de nacionalidad ukraniana, y había marchado a Ukrania, sin comunicarlo a la entidad gestora, desde 4 de agosto de 2008 hasta el día 25 de mismo mes y año. En el hecho probado tercero de la resolución impugnada consta, no obstante, como causa o motivo del desplazamiento una "enfermedad cardiológica que derivó en angina de pecho de su suegro que reside en Ukrania".

La sentencia recurrida ha estimado el recurso de suplicación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), revocando la sentencia de instancia que había condenado a dicho organismo al abono de la prestación de desempleo desde la citada fecha de 25 de agosto de 2008 hasta el 30 de enero de 2010, período durante el cual el SPEE consideró que el derecho a tal prestación se había extinguido, exigiendo la devolución de la misma por "cobro indebido" al "no comunicar la pérdida de los requisitos para su percepción".

La sentencia aportada para comparación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Valladolid) en fecha 17 de junio de 2009, ha resuelto en sentido opuesto un asunto sustancialmente igual, descartando el efecto extintivo de una ausencia del territorio nacional de un mes y medio (desde "el 4 de diciembre de 2006" a "14 de enero de 2007", según el hecho probado 2º de la sentencia de instancia, precisado en la sentencia de suplicación) de una beneficiaria de prestaciones de nacionalidad boliviana.

La deliberación del presente asunto en la fecha inicialmente señalada fue prorrogada y ampliada para fechas posteriores (10 de octubre y 17 de octubre pasados), acordándose en la última de las sesiones mencionadas la reasignación de la ponencia, por la decisión de la ponente designada en un principio de exponer su posición en voto particular.

SEGUNDO .- La primera disposición legal a tener en cuenta en la decisión de los casos litigiosos generados por la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones de desempleo es el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Este precepto contiene la definición clásica de la contingencia de desempleo, que con variaciones secundarias se remonta entre nosotros a los años sesenta del siglo pasado; a saber: situación " *en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su ocupación o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo"*. Dicha situación de paro o desempleo de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida a un determinado ámbito geográfico: el mercado de trabajo español. El ámbito del mercado de trabajo español coincide con el campo de actuación de las entidades gestoras y de los servicios de empleo, organismos públicos que de una parte pueden facilitar la reincoporación del beneficiario a la situación de ocupado, y de otra parte, en términos de nuestra sentencia precedente citada de 17-1- 2012, controlan "la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo)"; control que, como dice la propia sentencia, "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".

Una segunda norma legal a considerar es el artículo 213.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* ".

Otra disposición que puede influir en la decisión de este tipo de casos litigiosos es el artículo 231.1 LGSS , que incluye entre las " *obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo:* ... b) *proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones;* ... e) *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, en el momento de la producción de dichas situaciones".*

El Real Decreto 625/1985 contiene el Reglamento de la Protección por Desempleo, al que remite la LGSS. Su artículo 6.3 (redacción RD 200/2006) contiene varios preceptos en la materia controvertida. En primer lugar prevé una de las excepciones reglamentarias a la regla de extinción de la prestación de desempleo por traslado de residencia al extranjero (" *búsqueda o realización de trabajo* " o " *perfeccionamiento profesional* " por tiempo inferior a " *doce meses"*). A continuación recuerda que, con la salvedad anterior, el traslado de residencia es " *causa de extinción* " de la prestación reconocida. Puntualiza después como supuesto excepcional que " *la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año"* no es causa de extinción de la prestación de desempleo. Y concluye, en fin, que esta ausencia del territorio nacional, en cuanto que pueda tener repercusión sobre la dinámica de la prestación de desempleo, desencadena las obligaciones de información o comunicación previstas en el artículo 231.1 LGSS (" *sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas"* en dicho precepto legal).

Por último, el artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, proporciona determinadas reglas (para desplazamientos en el ámbito de la Unión Europea) o pautas normativas (para otros desplazamientos) con arreglo a las cuales se ha de medir (o se puede medir), en los casos de salida al extranjero, el cumplimiento de los deberes del beneficiario de "permanecer a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente" que abona la prestación. Entre estos criterios figura el sometimiento del beneficiario " *al procedimiento de control organizado en éste"* [el Estado que paga la prestación] [art. 64..1. b)], el cumplimiento *"de los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro"* [art. 64..1. b)], y la conservación en principio 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"* [art. 64..1. c)].

Es cierto que, en principio, esta disposición comunitaria sólo es aplicable directamente a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros o asimilados (artículo 2.1). Pero, incluso en aquellos supuestos en que no se trata de reglas de aplicación directa, la normativa del artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004 pone de manifiesto lo que la doctrina científica ha llamado la "territorialización de la prestación" de desempleo, ésto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga.

Los principales problemas de interpretación que suscita el combinado de disposiciones que se acaba de presentar se pueden reducir a cuatro: 1º) la precisión del concepto de "traslado de residencia" al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS , como causa de extinción de la prestación de desempleo; 2º) la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero de las ausencias del territorio español; 3º) la determinación de si en el período de quince días de estancia en el extranjero previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo se puede mantener, y en qué condiciones; y 4º) la verificación del impacto posible de circunstancias sobrevenidas sobre el cumplimiento de las obligaciones de un lado de información o comunicación a la entidad gestora, y de otro lado de presencia en el territorio (y en el mercado de trabajo) español.

Abordaremos en el próximo fundamento el primero de los problemas de interpretación enumerados, que afecta directamente al litigio que debemos resolver; y trataremos en los fundamentos siguientes de las otras cuestiones hermeneúticas reseñadas, que también tienen influencia en la decisión a adoptar.

TERCERO .- El concepto jurídico de "residencia" pertenece a una familia en la que se encuentra emparentado con los conceptos de "domicilio" y de "estancia". Por otra parte, el sustantivo "residencia" viene acompañado a menudo en las distintas ramas legislativas que lo utilizan de diversos adjetivos: "residencia habitual", "residencia temporal", "residencia permanente" o "residencia de larga duración". Es de notar, además, que la determinación de la residencia en sus diferentes modalidades se puede graduar con cierta elasticidad mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento; no es exactamente igual la residencia a efectos del impuesto de la renta que la residencia a efectos del derecho- deber de empadronamiento en un municipio, o que la residencia a efectos de la legislación de extranjería, o que la residencia a efectos de movilidad geográfica de los trabajadores, o que la residencia a efectos de los derechos de sufragio activo y pasivo.

Ahora bien, en todos estos sectores o ramas del derecho podemos detectar una nota común en las distintas concreciones del concepto: 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". Donde situar la línea divisoria entre la estancia y la residencia es algo que podría haber establecido el legislador de Seguridad Social, y también el titular de la potestad reglamentaria en este sector del ordenamiento, pero que, por las razones expuestas, no ha hecho ni uno ni otro.

El señalado 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, como ya se ha dicho, 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.

La precisión anterior del concepto legal de residencia a efectos del "traslado de residencia" que extingue en principio la prestación de desempleo rectifica la posición doctrinal adoptada en nuestras sentencias precedentes ya citadas de 22-11-2011 y 17-1-2012 , de acuerdo con las cuales si la norma reglamentaria dice que no es traslado de residencia la salida por tiempo inferior a quince días, se puede entender que sí lo es, según la propia norma reglamentaria, el desplazamiento superior a ese período. Esta posición, que es también la de la sentencia recurrida en el presente asunto, se apoya en un argumento de lógica abstracta (argumento *inclusio unius, exclusio alterius* o argumento *sensu contrario*), que vale desde luego para las enumeraciones o listas legales exhaustivas, pero que, por lo ya dicho, no resulta convincente para la solución de la presente cuestión interpretativa. De todas maneras, el signo de las decisiones de fondo en los asuntos ya resueltos en las referidas STS 22-11-2011 y STS 17-1-2012 no variaría, al ser casos de extinción de la prestación por ausencia efectiva del mercado de trabajo español por tiempo superior a noventa días.

CUARTO .- Según el artículo 231.1 LGSS , el desplazamiento o salida al extranjero del beneficiario de prestaciones de desempleo que pueda afectar a su disponibilidad efectiva para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español, ha de ser comunicado a la entidad gestora o a los servicios de empleo antes de realizar el viaje. De no comunicarse con antelación por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, la información sobre la circunstancia del desplazamiento se ha de producir desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible. Por razones obvias, este deber de comunicación previa rige también para la estancia con un máximo de quince días de duración al año prevista en el artículo 6.3 del RD 625/1985 .

El mencionado artículo 231.1 LGSS se refiere a esta obligación de comunicación previa o inmediata al decir que las solicitudes o informaciones relevantes sobre protección del desempleo han de tener lugar " *en el momento de la producción de dichas situaciones"* , momento que se actualiza cuando existe un concreto programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de los servicios públicos de empleo y de la Administración de la Seguridad Social española. Por otra parte, la finalidad de la disposición lo exige también así: 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. Este deber de comunicación inmediata (y posterior documentación) de estancias más prolongadas en el extranjero por circunstancias sobrevenidas tiene su razón de ser en que las mismas afectan, al igual que ocurre con la salida o desplazamiento al extranjero, a la disponibilidad para actividades formativas o de trabajo en España.

Un dato más sobre el alcance subjetivo de la norma legal del artículo 231.1 LGSS y de la norma reglamentaria del artículo 6.3 RD 625/19845 conviene tener en cuenta en la decisión de esta clase de casos litigiosos: la obligación de información inmediata o por anticipado del desplazamiento o salida al extranjero se extiende tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles.

Los medios de información a utilizar por los beneficiarios de las prestaciones de desempleo para el cumplimiento de los deberes señalados serán los habituales en las relaciones de los administrados con el

Servicio Público de Empleo Estatal y con las entidades gestoras de Seguridad Social. Entre ellos se incluyen los medios informáticos o electrónicos previstos en la legislación española.

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 .

QUINTO .- 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 perceptor 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.

Ha de tenerse en cuenta, en fin, que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, como las que concurren en el presente litigio, así como los casos de fuerza mayor o equivalentes, pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios, que son obligaciones de hacer sometidas a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones.

Las propias circunstancias señaladas deben influir también en un aspecto importante de la aplicación de las normas en supuestos de ausencia del mercado de trabajo español, que es el de las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen dichos deberes de información y documentación. A ello obliga uno de los principios generales del derecho punitivo o sancionador, que es la proporcionalidad de las sanciones a las faltas o infracciones cometidas.

SEXTO .- La diversidad de supuestos litigiosos y la complejidad de la normativa aplicable aconsejan una exposición lo más clara posible de las distintas soluciones jurisprudenciales que corresponde en derecho a tales supuestos. Seguimos en este punto la técnica utilizada en nuestra precedente STS 22- 11-2011, que distingue los tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación "mantenida", prestación "suspendida" y prestación "extinguida". De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores nos encontramos ante:

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", con la salvedad que se indica a continuación, 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;

La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto de prestación "suspendida" y no de prestación "extinguida", como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida.

Es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a Ukrania, ausentándose del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles. Pero no es menos verdad que este desplazamiento, respecto del cual no se cumplieron las previsiones de la libranza de 15 días como máximo

establecida en el artículo 6.3 RD 625/1985 , se llevó a cabo tanto sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora. Ahora bien, la estancia en el extranjero fue breve, con regreso a España el 25 de agosto de 2008, a las tres semanas de haberse ausentado, por lo que no concurre en el caso la circunstancia de traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación, a que se refiere el artículo 213.g) LGSS , en los términos en que ha sido definida en el fundamento jurídico cuarto.

SEPTIMO .- La petición concreta formulada en la demanda rectora de las presentes actuaciones se refiere a la decisión de la entidad gestora de dar por extinguida la prestación de desempleo de la demandante no ya en el período de ausencia del mercado de trabajo español (del 4 al 25 de agosto de 2008), durante el cual la prestación pudo y debió ser suspendida, sino en el período posterior de devengo de la misma (de 25 de agosto de 2008 a 30 de enero de 2010), en el que sí se encontraba en España a disposición de los servicios de empleo españoles. Es lógicamente a este período al que se refieren las decisiones de la sentencia del Juzgado de lo Social, que descarta para el mismo la extinción de la prestación de desempleo, y la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entiende que tal extinción se ha producido automáticamente a raíz de la ausencia no comunicada por tiempo superior a quince días.

Por las razones expuestas, es la sentencia de instancia y no la sentencia de suplicación la que ha dado al caso enjuiciado la respuesta que corresponde en derecho, por lo que el recurso de suplicación entablado por el SPEE debió ser desestimado. Y tal desestimación del recurso de suplicación es el pronunciamiento que, una vez casada y anulada la sentencia recurrida, debemos hacer nosotros en la decisión de este recurso de casación unificadora.

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

F A L L A M O S

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carmelo Checa Sesma actuando en nombre y representación de D. Francisco contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4359/2011 , interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , en autos núm. 1355/2010, seguidos a instancias de D. Francisco , frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

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.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. Dª María Milagros Calvo Ibarlucea DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA del PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 18 DE OCTUBRE DE 2012 EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Nº **4325/2011**.

La legislación aplicable a la cuestión debatida se sitúa en el ámbito de los artículos 213 y 231 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , en el artículo 6 del R.D. 625/1985 de 2 de Abril .

En el artículo 231.1 de la L.G.S.S . se incluye entre las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo *"b) proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones,...e) 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, en el momento de la producción de dichas situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones"* .

El artículo 213-g) de la L.G.S.S . establece como causa de extinción e la prestación de desempleo "el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El artículo 6.3 del R.D. 625/1985 de 2 de Abril , en la redacción dada por el Real Decreto 200/2006 de 17 de febrero presenta los siguientes supuestos de desarrollo del mandato contenido en el artículo 213 g) antes citado.

"1.- La suspensión de la prestación en los casos previstos en el artículo 10 de la Ley 3171984 implicará la interrupción de la obligación de cotizar, además de la del abono de la prestación.

2.- La colocación que se ofrezca al trabajador, a efectos de lo previsto en el número 3 del artículo 10 de la citada Ley, se entenderá adecuada cuando, cumpliendo lo establecido en el mismo, no implique un salario inferior al fijado por la normativa sectorial para la respectiva actividad.

3.- 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.

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 artículo 231.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio."

La lectura conjunta de los preceptos a los que se ha hecho mención llevan a las siguientes conclusiones:

PRIMERA .- Mandato de desarrollo reglamentario impuesto por el artículo 213 g) de la L.G.S.S . respecto de la causa de extinción consistente en el traslado de residencia al extranjero, que lleva a cabo el artículo 6 del Real Decreto 626/1985 , cuya redacción actual es la antes reproducida en la que suavizando los términos de la ley, se distingue una serie de supuestos incluyendo alguno como el del apartado 3 que es de suspensión en lugar de extinción pese a que el desarrollo de la norma de rango superior lo era al solo efecto de la extinción. Una catalogación de los supuestos contemplados arroja el siguiente resultado, frente a la dicción del artículo 213 g) de la L.G.S.S . que sanciona todos los traslados de residencia con la extinción de la prestación.

1).- La ausencia del territorio español por un periodo inferior a doce meses cuando se declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento provisional o cooperación internacional, es causa de suspensión.

2).- Omisión de alguno de los requisitos, es causa de extinción.

3).- Ausencia inferior a 15 días naturales, comunicado al SPEE, por una sola vez, no constituye traslado de residencia, y no es causa de extinción ni de suspensión.

4).- Ausencia superior a 15 días naturales, comunicada o no, constituye traslado de residencia.

SEGUNDA .- El legislador, a través del artículo 6 del Real Decreto 625/1985 de 2 de Abril según modificación operada en virtud del R.D. 200/2006 de 17 de febrero, ha eliminado la rigidez del artículo 213 g) de la L.G.S.S . que convertía en extinción todo traslado de residencia y, sin ampliar el catálogo de suspensiones ni introducir una vía de remisión en los supuestos del artículo 212, ha dividido el efecto que la ausencia del territorio español debía producir, degradando el efecto extintivo al de suspensión en el primer supuesto o bien eliminando ambos efectos en el segundo. En uno, se trata de la ausencia hasta doce meses, comunicada y con un catálogo exhaustivo de causas justificativas. En otro, el de la ausencia, comunicada, hasta quince días, y sin necesidad de justificación, ni siquiera se produce la suspensión, y por la vía de negarle carácter de traslado de residencia, se convierte a dicho espacio temporal en un ámbito de tolerancia para abandonar el territorio español.

TERCERA. - Y por último los dos supuestos de extinción son los de traslado inferior a doce meses omitiendo cualquiera de las exigencias y el superior a quince días.

Se dirige por lo tanto la disconformidad de quien suscribe el voto particular, en relación a la sentencia recurrida, contra la ampliación del supuesto de tolerancia introducido a través de la potestad reglamentaria, y en cuyo ejercicio, de haber querido ampliar el plazo utilizando toda clase de referentes, desde a los que abarcan tres meses a cualquier otro superior o inclusive sin referente alguno, se pudo haber fijado un límite distinto.

El desacuerdo de la Sala con el plazo de quince días lo es porque se considera excesiva la brevedad del mismo respecto a la noción de residencia, prescindiendo de la reiterada doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a propósito de la contraposición entre domicilio, residencia habitual y mera residencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22-3-2001 ,(Recurso núm. 3574/1999), de 13-7-1996 , (Recurso núm. 2083/1993), de 13-6 (Recurso núm. 1997). Dicho desacuerdo le lleva a ampliar el plazo de quince días a noventa, tras

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

encontrar, según su criterio, un referente posible en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y en el artículo 64.1.c del Reglamento Comunitario 883/2004 , que no es de aplicación al demandante al no formar parte Ucrania de la Unión Europea.

Cualquier parangón elaborado con normas de índole administrativa, artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería , o inclusive con el artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004 , que nunca sería de aplicación al caso y de serlo el plazo de tres meses está subordinado a una serie de condiciones, por el hecho de considerarlo menos riguroso que el plazo de 15 días pues no otra es la razón de inaplicación estricta del R.D. 625/1989, choca con el objeto de buscar la acomodación de un concepto civil. El concepto de residencia, por su naturaleza elástica y no preordenada a condicionar una actuación administrativa, en cuanto transcurso del tiempo, aun cuando pueda hacerlo por si como elemento de status personal, no puede hacerse depender por la Sala de lo que considera breve o extenso. Por el contrario la noción de residencia antecede y lo que establece el artículo 6 del R.D. 626/1985 es el límite temporal para la misma. Al variar la Sala la extensión de dicho plazo no solo ha pretendido redefinir el concepto de residencia, viniendo a decir que como mínimo deberá ser de tres meses sino que ha invadido el ámbito competencial reglamentario cuando este decide que, existiendo residencia, la misma deberá limitarse a quince días.

No cabe prescindir de que si subyace la tacha de rigor frente a lo dispuesto en el artículo 6 del R.D. 625/1985 , el legislador comunitario es partícipe del mismo en su prevención hacia los desplazamientos como es de ver en los artículo 63 , 64 , 65 y 65 bis del Reglamento CE 883/2004, normas que establecen un régimen de control, para las estancias fuera del territorio del Estado que abona la prestación.

En todo caso, la extensión temporal creada por la Sentencia al margen de la norma reglamentaria viene a ser fuente de discriminación indirecta en perjuicio de los beneficiarios españoles quienes en su mayoría no disponen de una infraestructura familiar y económica en otro país que les permita sustraerse caprichosamente a los deberes que el artículo 231 de la L.G.S.S . y normas concordantes imponen a los perceptores de la prestación de desempleo.

Madrid, a 18 de octubre de 2012.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde así como el voto particular formulado por la Excma. Sra. Magistrada Dª. María Milagros Calvo Ibarlucea, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ