



Roj: **STS 700/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:700**

Id Cendoj: **28079140012017100070**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **1810/2015**

Nº de Resolución: **130/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social Sentencia núm. 130/2017

Fecha de sentencia: 15/02/2017

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA Número del procedimiento: 1810/2015 Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 02/02/2017 Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: AOL Nota:

Resumen

TEMA.- Subsidio por desempleo suspendido por contratación laboral que finaliza con pronta dimisión. PUNTOS ABORDADOS.- 1) La reanudación del subsidio por desempleo suspendido no es automática e incondicionada. Aplica doctrina de la Sala. 2) Para que el subsidio se reanude cuando el contrato de trabajo (que provoca su suspensión) finaliza es preciso que lo haga por motivo constitutivo de situación legal de desempleo. 3) No tiene derecho a reanudar la percepción de subsidio por desempleo quien desiste del periodo de prueba, por motivos privados y el primer día de trabajo. FALLO.- De acuerdo con Ministerio Fiscal, estima recurso frente a STSJ Murcia 906/2014. VOTO PARTICULAR.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1810/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social **Sentencia núm. 130/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 15 de febrero de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 10 de



noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en recurso de suplicación nº 453/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia , en autos nº 190/2012, seguidos a instancias de D. Jose Pablo contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre desempleo.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Jose Pablo representado y asistido por el letrado D. Alfonso Hernández Quereda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda formulada por Jose Pablo contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, absuelvo al demandado de la pretensión deducida en su contra.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- El actor Jose Pablo venía percibiendo el subsidio por desempleo para mayores de 52 años con efectos desde el 1/4/2009.

2º.- El demandante comenzó el 28/10/2011 a prestar sus servicios como empleado de hogar por cuenta de Franco .

3º.- El actor causó alta y baja el mismo día 1/11/2011 en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de hogar como trabajador fijo de Franco .

4º.- El referido empleador suscribió el siguiente documento fechado el 26/12/2011: " Franco con DNI NUM000 , domiciliado en Madrid, CALLE000 nº NUM001 , NUM002 NUM003 , certifico que: Don Jose Pablo , prestó sus servicios como empleado de hogar en mi domicilio desde el 28 de octubre de 2011 hasta que se despidió del trabajo con el argumento de no encontrarse bien en Madrid y que añoraba su pueblo. Para que conste y sirva a los medios oficiales, expido este certificado en Madrid a veintiséis de diciembre de 2011".

5º.- El 9/12/2011 el actor solicitó la reanudación del subsidio por desempleo.

6º.- El 24/1/2012 el Servicio Público de Empleo Estatal resolvió denegar dicha solicitud por no encontrarse el solicitante en situación legal de desempleo.

7º.- Contra la anterior resolución formuló el actor reclamación previa en vía administrativa, que fue desestimada por resolución expresa de 10/2/2012.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Jose Pablo formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia en fecha 10 de noviembre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de noviembre del 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia en el proceso 190/2012, en virtud de la demanda deducida por D. Jose Pablo contra el Servicio Público de Empleo Estatal, revocarla y, en su lugar, declarar el derecho del actor a reanudar la percepción del subsidio por desempleo que venía cobrando con anterioridad al 28/10/2011, con efectos a partir del 1/11/2011. dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el letrado del Servicio Público de Empleo Estatal interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 8 de julio de 2014, rec. suplicación 1206/14 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que se declare la procedencia del presente recurso y se case y anule la sentencia del TSJ de Murcia. Se señaló para la votación y fallo el día 2 de febrero de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excmo. Sra. D^a Rosa María Virolés Piñol 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 V. Sempere Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

El procedimiento que ahora culmina ante este tercer grado jurisdiccional versa sobre las condiciones en que puede reanudarse el derecho a percibir el subsidio por desempleo, suspendido mientras se desempeñaba un trabajo de corta duración.

El caso debatido.

Pese a su sencillez, interesa atender a los hechos que han sido declarados como probados:

El 1 de abril de 2009 el demandante comienza a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

El 1 de noviembre de 2011 inicia su prestación de servicios, con contrato de duración indefinida, como empleado doméstico.

El mismo día 1 de noviembre de 2011 pone término a la referida relación laboral, aduciendo motivos particulares.

El 9 de noviembre de 2011 solicita la reanudación del subsidio por desempleo.

El 24 de enero de 2012 el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) deniega la reanudación solicitada, por no hallarse el trabajador en situación legal de desempleo.

Mediante sentencia de 12 noviembre 2015 (proceso 190/2012) el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia , desestima la demanda. Considera que el contrato se extingue por voluntad del trabajador, por lo que no existe situación legal de desempleo.

La STSJ Murcia 906/2014, de 10 noviembre , recurrida.

La sentencia 906/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10/11/2014 (rec. 453/2014), resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el demandante. Saliendo al paso de lo sostenido por el demandante en el recurso de suplicación, destaca que el contrato se extinguió por su voluntad; rechaza que el contrato hubiera terminado por no superarse el periodo de prueba. Sin embargo, la Sala de suplicación sí revoca la sentencia de instancia y declara el derecho del actor a reanudar la percepción del subsidio que venía cobrando.

La decisión se basa en que el artículo 215 LGSS , que regula el subsidio por desempleo, no establece el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo para tener derecho a las prestaciones del nivel asistencial y tal requisito tampoco se establece para el caso de reanudación de la percepción del subsidio cuando la misma se suspende por efecto de una contratación de duración inferior a 12 meses.

El recurso interpuesto y los escritos concordantes.

Con fecha 30 de marzo de 2015, en la representación que le es propia, el Abogado del Estado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la STSJ Murcia 906/2014 .

Sostiene que no cabe la reanudación del subsidio por desempleo cuando ha mediado una prestación laboral que termina por decisión del propio trabajador. Sostiene su tesis en las previsiones de la LGSS, especialmente en los arts. 208.2.1 y 215.1.3 LGSS . Aporta para el contraste una sentencia del TSJ del País Vasco.

El 16 de diciembre de 2015 tiene entrada en este Tribunal el escrito de impugnación al recurso formalizado por el Abogado del demandante. Interesa que dictemos una sentencia desestimatoria.

Asume la argumentación de la resolución recurrida, considerando que los artículos 215 y 219.3 LGSS amparan su posición.

Con fecha 11 de febrero de 2016 emite el Ministerio Fiscal su Informe, tal y como pide el art. 226.3 LRJS , Considera que el recurso debe prosperar, por así exigirlo el art. 212 LGSS .

LA STSJ País Vasco 1388/2014, de 8 julio , referencial.

La sentencia designada por el recurso para el contraste que exige el art. 219.1 LRJS es la 1388/2014, de 8 de julio, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 08/07/2014 (rec. 1206/14).

En este caso una trabajadora renuncia voluntariamente a su contrato de trabajo con determinado Ayuntamiento, porque considera que requiere esfuerzos físicos incompatibles con su salud. El SPEE le comunica que "aunque la causa que originó la suspensión del derecho haya finalizado, no se encuentra Ud. En situación legal de desempleo". Constando como probado que la relación laboral ha terminado por "cese en periodo de prueba a instancia del trabajador", el SPEE revoca la concesión que había efectuado del subsidio de desempleo e insta el reintegro de lo percibido.



De acuerdo con el criterio del Juzgado de instancia, la resolución invocada para el contraste considera que no existe el derecho a percibir el subsidio en esas circunstancias. La clave está en que fue la trabajadora quien extinguió el contrato de trabajo y el subsidio de desempleo sólo procede por extinciones a instancia del empresario.

Contradicción.

El art. 219.1 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Consideramos que concurre el referido presupuesto procesal. Tanto la sentencia recurrida cuanto la de contraste examinan el acceso al subsidio de desempleo cuando ha mediado una extinción voluntaria del contrato de escasa duración en el marco del periodo de prueba.

No afecta a la sustancial identidad requerida el hecho de que la prestación de servicios se encauce a través de contrato de trabajo especial en un caso y común en el otro; o que el empleador sea persona física en el presente supuesto y una Corporación Municipal en el de contraste; o que los motivos aducidos para desistir de la prueba sean diversos. Lo decisivo es que se trata de la reanudación de un subsidio por desempleo, que se ha suspendido como consecuencia del desarrollo de un trabajo de corta duración y que éste ha finalizado por dimisión del trabajador.

En esas condiciones, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, consideramos que concurre la contradicción y debemos examinar el fondo del asunto.

SEGUNDO.- Suspensión y reanudación del subsidio por desempleo.

A diferencia de lo que ha sucedido en otras muchas ocasiones, ahora no se discute la competencia del SPEE en orden a la comprobación de si concurren o no determinados requisitos para lucrar la protección, ni si ha habido infracción de los deberes de colaboración por parte del beneficiario. Lo que debemos clarificar es una cuestión de estricta interpretación normativa: si se tiene derecho a reanudar el subsidio cuando el beneficiario ha puesto término de manera voluntaria al trabajo que provocaba la suspensión.

Para dar respuesta al problema y poder resolver el recurso conviene repasar someramente la doctrina que la Sala ha sentado en ocasiones similares y refrescar los preceptos que inciden de manera directa sobre el particular.

Preceptos aplicables.

Como es lógico, discutiéndose aquí una cuestión prestacional, la respuesta depende de lo que el legislador coetáneo haya dispuesto. Recordemos que el subsidio comienza a percibirse en abril de 2009 y que la suspensión acaece en noviembre de 2011. Los preceptos de la LGSS que debemos tomar en consideración, por lo tanto, han de ser los vigentes en tales fechas; en el intervalo reseñado no se ha producido modificación alguna que incida sobre los preceptos legales que resultan relevantes para el caso.

El artículo 207 LGSS establece los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones. En su apartado c) se menciona el de " *encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad...* ".

En concordancia con lo anterior, el artículo 208 establece el régimen jurídico de la situación legal de desempleo y prescribe que se encuentran en ellas los trabajadores que resuelvan voluntariamente su resolución laboral " *en los supuestos previstos en los artículos 40 , 41.3 y 50 del Estatuto de los Trabajadores* " (art. 208.1.1.e LGSS). Fuera de tales casos no se considera en situación legal de desempleo a los trabajadores "cuando cesen voluntariamente en el trabajo" (art. 208.2.1 LGSS).



Respecto del periodo de prueba, se contempla como situación legal de desempleo la resolución de la relación laboral durante el mismo, pero solo " a instancia del empresario , siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción o desde la sentencia que declaró el despido procedente".

El subsidio por desempleo, conforme al artículo 215.3 LGSS , pueden percibirlo los mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que cumplan determinados requisitos, entre los cuales se encuentra "haber agotado la prestación por desempleo" (art. 215.1.1.a).

El artículo 219.1 LGSS dispone que son de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213; se trata de preceptos ubicados en la parte destinada a disciplinar la prestación contributiva.

El artículo 212.1.d) LGSS prescribe que la percepción (del subsidio) se suspenderá por la entidad gestora " mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses , o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a veinticuatro meses".

El mismo artículo 212.3.b) LGSS especifica que el subsidio se reanudará, previa solicitud del interesado, "siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo, o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares". Asimismo añade la norma que "el derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, y la solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiere efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se considerará reactivado el compromiso de actividad a que se refiere el artículo 231 de esta Ley , salvo en aquellos casos en los que la Entidad Gestora exija la suscripción de un nuevo compromiso".

Por su lado, el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, mediante el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, conforme a la redacción vigente entre 2009 y 2011 prescribe que cuando se hubiese suspendido el derecho al subsidio por desempleo "se reanudará la prestación o el subsidio, previa solicitud del interesado, siempre que acredite que ha finalizado la causa de suspensión".

Doctrina de la Sala.

A) Al abordar problemas análogos al presente hemos venido manteniendo, con carácter general, que la reanudación del subsidio suspendido queda condicionada a que persistan las circunstancias precisas para su reconocimiento inicial. Para prorrogar el subsidio de desempleo es preciso que concurren las mismas circunstancias y condiciones existentes en el momento de la concesión primigenia (art. 8º. 2 del R.D. 625/1985). Los requisitos necesarios para la percepción del subsidio han de acreditarse no sólo en el momento de su inicial solicitud, sin que sea necesario que se mantengan al interesarse la reanudación del abono tras su suspensión.

B) Las SSTs 21 marzo 1995 (rec. 2470/1994), 27 enero 1996 (rec. 1063/1995), 28 mayo 1996 (rec. 2805/1995), entre otras, han venido sosteniendo la siguiente doctrina:

El supuesto de solicitud de reanudación de la prestación por desempleo no es el mismo que el de concesión inicial del beneficio, sino otro separado e independiente del primero que viene determinado por el hecho de que varía la situación del recurrente beneficiario.

Cuando la Ley prescribe que la suspensión no afecta al período de percepción se está refiriendo a la suspensión misma; que se reanuda la percepción mientras las circunstancias de su concesión sean las mismas, pero que si varían falta el fundamento para mantener el subsidio.

C) Aunque centrada en la perspectiva de las facultades de control propias de la Entidad Gestora, hemos de hacer especial referencia a la STS 29 abril 1996 (rec. 1926/1995), dictada por el Pleno de esta Sala Cuarta , donde se apunta expresamente a la reanudación del subsidio de desempleo tras haber desarrollado trabajos de escasa duración.

Es cierto que el art. 13.1 del Reglamento de la Ley de Protección de Desempleo , aprobado por el Real Decreto 625/1985, de 2 abril, regula específicamente la reanudación del abono de la prestación o del subsidio en los casos de suspensión por trabajo inferior a doce meses, por servicio militar o por cumplimiento de condena de privación de libertad, y en tal precepto sólo se habla de la necesidad de acreditar «queha finalizado la causa de suspensión». Pero este silencio en relación con una nueva

comprobación del cumplimiento de los requisitos precisos para obtener la prestación, no significa, en absoluto, que la misma no pueda llevarse a cabo; este artículo presupone la aplicación de los antedichos arts. 21 y 22



de la Ley, y si sólo alude a la acreditación de la terminación de la causa de la suspensión, es porque se trata del elemento o dato específico de la situación examinada, pero sin que ello excluya ni impida el ejercicio de las facultades antedichas que corresponden a la entidad gestora.

Recapitulación.

La LGSS, en su redacción aplicable, limita el acceso al subsidio por desempleo para mayores de 52 años a los supuestos en que se ha terminado la prestación contributiva (a la que se accede desde una situación legal de desempleo).

La realización de un trabajo por cuenta ajena inferior a doce meses constituye causa de suspensión del subsidio, el cual puede reanudarse si se solicita y concurre el requisito de estar inscrito como demandante de empleo. El interesado debe acreditar que ha finalizado la causa de suspensión y que "esa causa constituye situación legal de desempleo".

La dimisión del trabajador no aparece contemplada como situación legal de desempleo, ni siquiera si ocurre durante el periodo de prueba.

Aunque no se haya afrontado un supuesto idéntico al de autos, la doctrina de la Sala sobre los requisitos que han de concurrir a la hora de reanudar la percepción del subsidio por desempleo descarta el automatismo. Por el contrario, admite la necesidad de que concurren determinados requisitos (en principio, los mismos que para su devengo inicial) y, desde luego, reconoce la facultad de la entidad Gestora para realizar las oportunas comprobaciones.

La dicción literal del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Protección por Desempleo no puede entenderse como que exime de cualquier requisito distinto a la terminación de la causa suspensiva para reanudar la percepción del subsidio.

TERCERO.- Resolución.

Consideraciones específicas.

La percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años puede prologarse hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación (art. 216.3 LGSS). Pero no estamos ante una prestación equiparada a la de jubilación sino que el legislador desea que la persona beneficiaria siga conectada con lo que suele denominarse "el mercado de trabajo".

El mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo o la suscripción del compromiso de actividad son ejemplos claros de ello. Recordemos que quien perciba prestaciones o subsidios debe cumplir diversas obligaciones, entre las que aparecen las de "buscar activamente empleo" o "aceptar una colocación adecuada" (art. 231.2 LGSS).

Aunque la redacción del expuesto artículo 212.3.b) LGSS podría mejorarse fácilmente, lo cierto es que del mismo se desprende la idea de que decae el derecho a reanudar el cobro del subsidio si la causa de suspensión ha finalizado por un motivo que no constituye situación legal de desempleo. La previsión concuerda con la finalidad de las reseñadas necesidad de inscripción como demandante de empleo u obligación de aceptar la colocación adecuada que pueda surgir.

Manteniendo el criterio de nuestra doctrina, por tanto, entendemos que se pierde el derecho a reanudar la percepción del subsidio por desempleo suspendido a causa de la realización de un trabajo (de duración inferior a doce meses) cuando el contrato en cuestión finaliza por libre dimisión del trabajador. Que la extinción se produzca durante el periodo de prueba no cambia esa conclusión; sería necesaria, para eso, que el trabajador hubiera activado alguna de las opciones legalmente tipificadas (tras una modificación sustancial o movilidad geográfica, o tras incumplimiento empresarial relevante).

El Ministerio Fiscal hace hincapié en que el cese voluntario en el trabajo no constituye una situación legal de desempleo del art. 208 LGSS ; considera que sería un abuso de derecho el que el beneficiario del subsidio aceptase la ocupación adecuada, por estar obligado legalmente a ello, y que se reanudase la percepción simplemente por su voluntad.

Estimación del recurso.

Las razones legales y doctrinales que anteceden conducen a la estimación del recurso interpuesto por el SPEE y a la anulación de la sentencia.

Conforme al artículo 228.2 LRJS , " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares



creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe".

La anulación de la sentencia dictada por la Sala del TSJ de la Región de Murcia comporta que hayamos de resolver el recurso de suplicación entablado por el trabajador frente a la sentencia de instancia desestimándolo, lo que comporta mantener el pronunciamiento del Juzgado de lo Social.

Sin necesidad de que trascienda al fallo este aspecto, en aras de una mejor tutela judicial, consideramos pertinente recordar lo previsto en el artículo 294.2 LRJS, conforme al cual " *Si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia*".

De conformidad con las previsiones del art. 235.1 LRJS, no procede imponer las costas derivadas del presente recurso de casación unificadora.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal, representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado.

Casar y anular la sentencia 906/2014, de 10 de noviembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso de suplicación nº 453/2014 .

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose Pablo contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, en autos nº 190/2012, seguidos a instancia de aquél frente al Servicio Público de Empleo Estatal.

Declarar la firmeza de la referida sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia.

No realizar imposición de costas, ni adoptar previsión especial alguna en materia de depósitos o consignaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1810/2015.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1810/2015 para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y en concreto **en el hecho que no se mantenga el derecho reconocido por la sentencia recurrida de reanudación del derecho al subsidio de desempleo reconocido desaparecida la causa que motivó su suspensión.**

Y es en este sentido que, como se adelanta, la que suscribe funda este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de noviembre de 2014 (rec. 453/2014), que revoca la de instancia y declara el derecho del actor a la reanudación de la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años que venía cobrando con anterioridad al 28/10/2011.

2.- Consta acreditado que el demandante comenzó a prestar servicios como chófer en fecha 28/10/2011, causando alta y baja el mismo día 1/11/2011 en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados del Hogar, habiendo finalizado la relación por voluntad del trabajador.



El 9/12/2011 el actor solicitó la reanudación del subsidio por desempleo, a partir de la extinción de aquel contrato alegando que lo fue por no superar el periodo de prueba, que le fue denegado por no encontrarse en situación legal de desempleo. La Sala de suplicación le reconoce el derecho a reanudar el subsidio porque el contrato se extinguió pocos días después de su inicio sin haber superado los 12 meses de duración y el art. 215 de la LGSS que regula el subsidio por desempleo, no establece el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo para tener derecho a las prestaciones del nivel asistencial, y tal requisito tampoco se establece para el caso de reanudación de la percepción del subsidio, cuando la misma se suspende por efecto de una contratación de duración inferior a 12 meses.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el SPEE, insistiendo en que no procede la reanudación de la prestación reconocida porque la extinción contractual fue por voluntad del trabajador, lo que impide considerarle en situación legal de desempleo.

Aporta el recurrente como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 08/07/2014 (rec. 1200/2014).

De acuerdo con lo resuelto por el voto mayoritario existe contradicción entre las sentencias comparadas, concurriendo los requisitos exigidos por el art. 219 de la LRJS .

TERCERO.- 1.-Superado el requisito de contradicción, procede el examen del motivo único de censura jurídica articulado por el recurrente, al amparo del art. 224.1 y 2 en relación con el art. 207 e) de la LRJS , en el que se denuncia como infringidos los arts. 208.2.1 y 215.1.3 de la LGSS . El recurrente se limita a señalar, sin valoración alguna de los preceptos cuya infracción denuncia, que la parte actora "se mantuvo voluntariamente al margen del sistema de demanda de empleo", por lo que la denegación del subsidio fue ajustada a derecho.

En la solución que da la Sala -voto mayoritario- al motivo único de censura jurídica está la discrepancia que se sostiene en el presente voto particular.

2.- Señala el voto mayoritario, que lo "que debemos clarificar es una cuestión de estricta interpretación normativa: si se tiene derecho a reanudar el subsidio cuando el beneficiario ha puesto término de manera voluntaria al trabajo que provocaba la suspensión".

Para dar respuesta al problema, se refiere la sentencia a la normativa aplicable en materia de prestaciones de desempleo, arts. 207 y 208 LGSS ., señalando que respecto del periodo de prueba, se contempla como situación legal de desempleo la resolución de la relación laboral durante el mismo, pero solo " a instancia del empresario , siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción o desde la sentencia que declaró el despido precedente".

Señala la sentencia quienes son beneficiarios del subsidio por desempleo, conforme al artículo 215.3 LGSS , circunstancia que no está en discusión, así como que el artículo 219.1 LGSS dispone que son de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213; conforme a los cuales, se suspenderá por la entidad gestora " *mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses , o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a veinticuatro meses*".

El mismo artículo 212.3.b) LGSS -señala-, especifica que el subsidio **se reanudará** , previa solicitud del interesado, "siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo, o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares". Por su lado,

el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, mediante el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por desempleo, conforme a la redacción vigente entre 2009 y 2011 prescribe que cuando se hubiese suspendido el derecho al subsidio por desempleo "se reanudará la prestación o el subsidio, previa solicitud del interesado, siempre que acredite que ha finalizado la causa de suspensión".

Se refiere el voto mayoritario a la doctrina de la Sala, según la cual - indica-, la reanudación del subsidio suspendido queda condicionada a que persistan las circunstancias precisas para su reconocimiento inicial, y que para prorrogar el subsidio de desempleo es preciso que concurran las mismas circunstancias y condiciones existentes en el momento de la concesión primigenia (art. 8º. 2 del R.D. 625/1985). Los requisitos necesarios para la percepción del subsidio han de acreditarse no sólo en el momento de su inicial solicitud, sin que sea necesario que se mantengan al interesarse la reanudación del abono tras su suspensión.

3.- Pues bien, en esta solución discrepa la que suscribe el presente voto particular, señalando, dicho sea con los debidos respetos, en base justamente en la doctrina de esta Sala que no se puede obviar en lo que aquí y ahora interesa para la resolución del recurso atendiendo a las circunstancias concurrentes que:



El art. 208.2.1 de la LGSS se incluye en el "Capítulo II. Nivel contributivo" de la prestación de desempleo, y se refiere a los supuestos en que no se considerará a los trabajadores en situación legal de desempleo, a efectos de causar derecho al percibo de la prestación de desempleo en su nivel contributivo, entre los que se encuentra el cese voluntario en el trabajo.

Por otro lado, el art. 215.1.3 de la LGSS, incluido en el "Capítulo III. Nivel Asistencial", se refiere a señalar los beneficiarios del subsidio de desempleo, sin que dentro de las exigencias del precepto se encuentre la de encontrarse en situación legal de desempleo.

En el presente caso, la pretensión se contrae a la reanudación del subsidio de desempleo, nivel asistencial, para el que no son exigibles los requisitos previstos para la prestación de desempleo, nivel contributivo.

La buena doctrina ha de estimarse que se contiene en la sentencia recurrida, que reconoce el derecho del actor a la reanudación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años reconocido al actor con efectos de 1/4/2009, indicando que no es exigible para el acceso al subsidio el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo. El subsidio reconocido al actor quedó en suspenso con la contratación del actor el 28/10/2011, por aplicación de lo dispuesto en el art. 219.3 LGSS en cuanto dispone que *"La aceptación de un trabajo de duración inferior a doce meses durante el plazo de espera no afectará al derecho a obtener el subsidio, que quedará en suspenso hasta la finalización de aquél"*. En consecuencia, al extinguirse el contrato a los pocos días de su inicio, sin haber transcurrido el plazo de doce meses, y sin que el actor tenga derecho al percibo de la prestación de desempleo, nada impide que pueda reanudar el subsidio de desempleo que se encontraba en suspenso.

Ciertamente, la Entidad Gestora podrá -y debe- ejercer las facultades de control que le son propias, en relación a la concurrencia o no de los requisitos para lucrar las prestaciones o subsidios, pero ello no es objeto de discusión en el presente caso, limitado al examen de la reanudación -no reconocimiento- de un subsidio de desempleo que se encontraba suspendido.

4.- Señala el voto mayoritario, a modo de lo que denomina "recapitulación", que la realización de un trabajo por cuenta ajena inferior a doce meses constituye causa de suspensión del subsidio, el cual puede reanudarse si se solicita y concurre el requisito de estar inscrito como demandante de empleo. El interesado debe acreditar que ha finalizado la causa de suspensión y que "esa causa constituye situación legal de desempleo". Ciertamente ello es así, y concurre en el presente caso, pues la acreditación de la causa se entiende efectuada con la solicitud de reanudación.

Señala el voto mayoritario que "la dimisión del trabajador no aparece contemplada como situación legal de desempleo, ni siquiera si ocurre durante el periodo de prueba". Pues bien, en el presente caso, ni concurre una auténtica dimisión con las garantías exigidas por la doctrina de esta Sala, ni tampoco un periodo de prueba acreditado, por cuanto no consta que se hubiera suscrito contrato entre las partes ni sus condiciones.

La doctrina de esta Sala IV, sobre los requisitos que han de concurrir a la hora de reanudar la percepción del subsidio por desempleo, aunque escasa, es clara. Así, como señala la STS/IV de 11-noviembre-1996 (rec. 2301/1996): "(...) *en el caso de suspensión aquél ya ha nacido, pues no podemos olvidar que en estos casos el derecho inicialmente reconocido no se ha extinguido sino únicamente se ha suspendido o interrumpido. Es la interpretación más acorde con el tenor literal del artículo 13 del Real Decreto 625/85, al establecer que la reanudación supondrá el derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo por el período que restase (núm. 3), sin condicionarla a otros requisitos, que la previa solicitud del interesado y la acreditación de la finalización de la causa de la suspensión (...)* **para el supuesto de la reanudación no cabe aplicar analógicamente las disposiciones previstas para el inicio o nacimiento del derecho cuando el artículo 13 del Real Decreto 625/85, específicamente dedicado a la reanudación del derecho a la prestación por desempleo, establece que la reanudación de la prestación o el subsidio tendrá lugar previa solicitud del interesado siempre que acredite que ha finalizado la causa de la suspensión y la reanudación "supondrá el derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo por el período que restase y con las bases y tipos que correspondiesen en el momento de la suspensión". En el mismo sentido se expresa ahora el vigente artículo 212.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de Junio de 1994 al establecer que la suspensión del derecho mencionado supondrá la interrupción del abono de la prestación "y no afectará al periodo de su percepción..."**.

Por otro lado, la exigencia que señala el voto mayoritario de "mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo o la suscripción del compromiso de actividad", como ejemplo de lo contrario, aparte de que no se cuestiona, ha sido abordado ampliamente por la Sala, para llegar a la flexibilización de este requisito en supuestos como el presente (STS/IV de 20- junio-2007, rcud. 1093/2006, reiterando doctrina).

En el presente caso, ni consta que el trabajador (empleado del hogar) no haya aceptado "una colocación adecuada", ni ninguna otra causa por la que pierda el derecho a reanudar el subsidio de desempleo suspendido.



El supuesto particular, no tiene encaje en las normas generales en que se apoya el voto mayoritario, por lo que debió desestimarse el recurso interpuesto por el SPEE, pues **prima el principio de especialidad**. Y, como queda dicho, la buena doctrina ha de estimarse que se contiene en la sentencia recurrida, que reconoce el derecho del actor a la reanudación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años reconocido al actor con efectos de 1/4/2009, indicando que no es exigible para el acceso al subsidio el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo. El subsidio reconocido al actor quedó en suspenso con la contratación del actor el 28/10/2011, por aplicación de lo dispuesto en el art. 219.3 LGSS. En consecuencia, al extinguirse el contrato a los pocos días de su inicio, sin haber transcurrido el plazo de doce meses, y sin que el actor tenga derecho al percibo de la prestación de desempleo, nada impide que pueda reanudar el subsidio de desempleo que se encontraba en suspenso.

Es en este sentido que formulo el presente voto particular.

Madrid, a 15 de febrero de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro y el voto particular formulado por la Magistrada Excmo. Sra. D^a Rosa María Virolés Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.