



Roj: **STSJ GAL 2663/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:2663**

Id Cendoj: **15030340012015101815**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2015**

Nº de Recurso: **2379/2013**

Nº de Resolución: **2046/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 32054 44 4 2013 0000360

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002379 /2013. BC

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SEGURIDAD SOCIAL 0000088 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OURENSE

Recurrente/s: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Recurrido/s: Isabel

Abogado/a: MARIA JESUS CASTRO BATAN

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

D^a. MARÍA ANTONIA REY EIBE

D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a trece de Abril de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0002379/2013, formalizado por la LETRADA D^a AURORA MONTERO FERÁNDEZ, en nombre y representación de SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia número 174/2013 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000088/2013, seguidos a instancia de Isabel frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ISABEL OLMOS PARÉS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Isabel presentó demanda contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 174/2013, de fecha dos de Abril de dos mil trece .

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

PRIMERO.- La demandante D^a. Isabel , de nacionalidad Colombiana, vino percibiendo prestaciones contributivas por desempleo, reconocidas por Resolución de la D.P. del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL DE 27-7- 2010. SEGUNDO.-En fecha 29-8-2012, se le comunicó a la actora por el SPEE, propuesta de extinción de la prestación contributiva y revocación de subsidio por desempleo, por no comunicar a la oficina de Empleo su traslado al extranjero. La actora efectuó alegaciones el 13-9-2012. TERCERO.-Por Resolución de la D.P. del SPEE de 24-9-2012, se acuerda extinguir la percepción de la prestación o subsidio reconocido y se declara la percepción indebida de la prestación por desempleo en cuantía de 10.258,10.-€ correspondientes al periodo 19-10-2010 a 30-6-2012 por salida al extranjero sin comunicarlo al Servicio Público de Empleo. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 5-12-2012. CUARTO.-La actora se ausentó de España desde el 19-10-2010 al 1-12-2012 en que permaneció en Colombia. Dicha salida al extranjero la comunica al Juzgado de Instrucción nº 3 de esta Ciudad, el 6 de Octubre del 2010. En dicho Juzgado se seguían las D. Previas Proc. Abreviado 2156/2010 en los cuales figura la actora como perjudicada. Igualmente figura como perjudicada en otro proceso judicial por amenazas, figurando declaración y Auto de la misma en las presentes actuaciones cuyo contenido se tiene aquí por reproducido.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Da. Isabel , contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, debo declarar y declaro el derecho de la actora al percibo de la prestación por desempleo que tenía reconocida, dejando sin efecto la Resolución de extinción dictada por el demandado, y, sin que proceda la devolución de las prestaciones reclamadas desde el 1-12-2010 al 30-6-2012, y, en consecuencia condeno al demandado a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias inherentes.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda dejando sin efecto la resolución del SPEE que extinguió la prestación por desempleo sin que proceda la devolución de las prestaciones reclamadas desde el 1-12-2010 hasta el 30-6-2012, recurre el SPEE construyendo su recurso en base a dos motivos de recurso con amparo en el art. 193 b) y c), respectivamente, de la LRJS . El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- El motivo de revisión fáctica tiene por objeto el de que se redacte de nuevo el hecho probado segundo para decir lo que sigue: "En fecha 29-8-2012 se le comunicó a la actora la apertura de procedimiento sancionador al amparo de lo establecido en los arts. 25 3 º y 47 e la LISOS ". Se ampara en el folio 23 de los autos. No procede acceder a la revisión propuesta toda vez que el ordinal segundo de los hechos probados tal y como ha sido redactado por la juez de instancia no contiene error que sea preciso corregir. Tampoco tiene trascendencia como se verá.

TERCERO.- La censura jurídica de la sentencia viene referida a la infracción del art. 231 1º e) de la LGSS y los arts. 25 3 º y 47 b) de la LISOS .

El artículo 213 1º LGSS establecía en la fecha del hecho causante que: "El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos siguientes:... g) Traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen".

Por su parte el artículo 6.3 del RD 625/85, de 2 de abril , en redacción dada por RD 200/06, de 17 de febrero dispone: "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 periodo continuo 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".

No se contemplaba en la fecha de autos, como causa de suspensión, la salida del territorio nacional por tiempo superior a quince días, pero inferior a 90 días. Esta causa de suspensión se encuentra en la actualidad recogida en el art 212 1º letra g) de la LGSS; letra g) del número 1 del artículo 212 de la LGSS introducida por el número tres del artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2013, 2 agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social («B.O.E.» 3 agosto) y vigencia desde el 4 agosto 2013. La letra g) mencionada en la actualidad dispone que es causa de suspensión "los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1."

Con anterioridad a la introducción de la letra g) del art. 212 1º de la LGSS, el TS interpretando los preceptos vigentes con anterioridad, como sucede en el presente caso, distinguió, así en la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (RCUD nº 4325/2012) las siguientes situaciones de la prestación de desempleo:

- a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;
- b) una prestación "extinguida", 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 la sentencia antes mencionada llevó al TS a la conclusión de que en el caso concreto enjuiciado en la misma, nos encontrábamos ante un supuesto de prestación "suspendida" y no de prestación "extinguida", aun cuando el trabajador se había ausentado más de quince días, pero menos de noventa, sin comunicación previa de su ausencia alegando que "Es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a Ucrania, 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".

En el mismo sentido la STS de 17-6-2013 (RCUD nº 1234/2012) en un caso de salida no comunicada ni autorizada durante más de 15 días y menos de noventa. En todos estos casos, además, existía un procedimiento sancionador como el que aquí nos ocupa, circunstancia ésta que no impidió a la Sala Cuarta adoptar la solución que se acaba de exponer, añadiendo la STS de 3/06/2014 (recurso nº 1518/2013), siguiendo el criterio ya sentado en las sentencias que cita que: "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. (...).

Deben añadirse, finalmente, los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo 23/10/2012 (R.C.U.D. 3229/2011) en el sentido de que "esa causa de suspensión, como vimos, al no estar expresamente prevista en el art. 212 LGSS (no lo estaba tampoco en la fecha en que la aquí actora se desplaza), aunque responda a una



misma razón común, no debe tener la misma consecuencia contemplada para otras causas de suspensión (art. 212.2). Es decir que lo que viene a concluir el TS es que no hallándose tipificada entonces, expresamente, en la LGSS, como causa de suspensión de la prestación, la salida del territorio nacional por tiempo inferior a 90 días y superior a quince, no se pueden imponer las mismas obligaciones, y por ende las mismas consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de comunicar la salida conforme exige el art. 231 de la LGSS y el art. 25 de la LISOS, pues no estaba entonces prevista como causa de suspensión.

Es por ello que en este caso, teniendo en cuenta que la trabajadora se desplaza a su país de origen durante un total de un mes y doce días (42 días), aún sin autorización de la gestora del desempleo, aunque comunicó su ausencia del territorio a autoridad judicial donde tenía procedimiento de instrucción abierto como perjudicada denunciante, debe concluirse que no estamos ante un caso de traslado de la residencia al extranjero, único hecho generador de la extinción de la prestación, sino ante un caso de suspensión del derecho que obliga a devolver la prestación en el tiempo de ausencia, pero no la prestación devengada y percibida desde que regresó a España. En consecuencia el recurso se desestima al no haber cometido la sentencia recurrida las infracciones que se denuncian.

En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del SPEE contra la sentencia de fecha dos de abril del año dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Ourense, en proceso sobre prestación por desempleo promovido por doña Isabel frente al SPPE, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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