

Incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora: prevalencia de la perspectiva prestacional frente a la sancionadora en caso de desempleo

Comentario a las STS de 21 de abril de 2015 y de 26 de mayo de 2015

Impact on the protection by unemployment of the absence of the national territory for a period of less than 90 days without communication to the management entities: prevalence of entitlement to benefits against the sanctioning perspective
Commentary on the STS April 21, 2015 and May 26, 2015.

M^a NIEVES MORENO VIDA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA. MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

Resumen

Se declara en estas Sentencias que la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse a favor de esta última. Y ello en virtud de la exigencia de coherencia del ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica, la proscripción de discriminaciones objetivas en la aplicación de las normas, el principio de especialidad y el principio de proporcionalidad.

Abstract

He is declared in these judgments that the inconsistency in this matter between the sanctioning legislation, which includes such conduct as causes of extinction of the provision, and the entitlement to benefits, which considers it as a cause of suspension of it, should be interpreted in favour of the latter. And objective this by virtue of the requirement for coherence of the legal system, the principle of legal certainty, the prohibition of discrimination in the application of the rules, the principle of speciality, and the principle of proportionality.

Palabras clave

protección por desempleo, derecho a prestaciones, comunicación a la entidad gestora, derecho sancionador, suspensión o extinción de la prestación

Keywords

protection by unemployment, entitlement to benefits, communication to the management entities, disciplinary law, suspension or extinction of the provision

1. LA RESIDENCIA COMO REQUISITO DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO. DIFERENCIA ENTRE TRASLADO DE RESIDENCIA Y ESTANCIA TEMPORAL

La protección por desempleo tiene como finalidad garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo, así como garantizarle una ayuda activa para conseguirlo. El art. 262.1 LGSS (el anterior art. 203.1) define el desempleo protegido como la

situación en que se encuentran “quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo”, concepto restrictivo en el que existen tres elementos fundamentales: capacidad para trabajar (“quienes pudiendo”); voluntad de trabajar (“y queriendo”); pérdida del empleo anteriormente ocupado o reducción del mismo. El aseguramiento público sólo cubre el desempleo involuntario (“forzoso”), lo que se pone de manifiesto en distintas fases de la dinámica de la prestación: exigencia de acreditar la situación legal de desempleo, la renovación de la demanda de empleo, la prohibición de rechazar una “ocupación adecuada”, realización de cursos de formación, etc.

Tras las sucesivas reformas legislativas, en particular la realizada por Ley 45/2002, se ha llevado a cabo una vinculación más intensa entre la contingencia de desempleo y la carencia involuntaria de un empleo adecuado. Por ello, la acción protectora está constituida por la obtención de una prestación económica sustitutiva del salario pero también por acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que se asimilan a un requisito de mantenimiento de la prestación. Hoy, la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo se configura como un elemento delimitador de la contingencia, de ahí que se exija, junto con el requisito de inscribirse como demandante de empleo, la formalización de un “compromiso de actividad”.

El compromiso de actividad constituye la expresión (por escrito) de la involuntariedad del desempleo. Se trata de formalizar o contractualizar el deber de buscar activamente empleo, cumpliendo con las exigencias legales dirigidas a esta finalidad: participando en las políticas activas de empleo que se hayan fijado en el itinerario de inserción. El compromiso de actividad constituye un requisito de acceso a la protección y un requisito de mantenimiento de la prestación (junto con la prohibición de rechazar una oferta de empleo adecuada) y su incumplimiento lleva consigo consecuencias sancionadoras previstas en la LISOS. Supone que el sujeto protegido debe estar en actitud de plena disponibilidad para trabajar y, por tanto, para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, lo que se verifica a través del compromiso de actividad, que formaliza jurídicamente las obligaciones y derechos que asumen los sujetos implicados en el programa de inserción¹ Las Administraciones Públicas competentes deben verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad, debiendo comunicar los incumplimientos que se produzcan al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) en el momento en que se produzcan o se conozcan.

Pero además la situación de desempleo y la disponibilidad para el trabajo está referida, como ámbito geográfico, al mercado de trabajo español, que es al que corresponde garantizar la protección frente al desempleo, tanto pagando la prestación como controlando la subsistencia de los requisitos para mantener la misma². Son las entidades gestoras y los

¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en AESSS: *La protección por desempleo en España*, Edit. Laborum, Murcia, 2015, pág. 141.

² Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La condición de residencia como causa de suspensión o extinción de la protección por desempleo: La influencia de la doctrina judicial en el legislador”, *Temas Laborales* nº 124, 2014, págs. 245 y sigs.; Toscani Giménez, D.: “La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 2, 2015, págs. 177 y sigs.

servicios públicos de empleo los que deben controlar dichos requisitos (la falta de empleo, la voluntad de trabajo y la búsqueda activa de empleo) y facilitar la reincorporación del trabajador a la ocupación y ello exige la residencia en el territorio nacional (STS de 17 de enero de 2012 JUR 2446/2011). El propio Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, parte del reconocimiento de la “territorialización” de la prestación de desempleo y la admisión de las cláusulas de residencia (art. 63), de tal forma que los Estados pueden exigir la residencia en su territorio para el abono de la prestación y sólo excepcionalmente se permite la “disociación entre Estado Competente y Estado de Residencia”³, estableciendo en estos casos medidas específicas de coordinación.

No se puede desconocer, por otra parte, que el concepto de residencia, en el marco de las políticas restrictivas de derechos sociales, tanto a nivel nacional como europeo, ha alcanzado “un protagonismo inusual en la esfera de la protección social”, trazando la frontera entre el acceso a las prestaciones económicas y asistenciales y la exclusión de la protección social⁴.

Consecuencia de la exigencia del requisito de residencia es que la pérdida del mismo supondrá como regla general la extinción del derecho a la prestación, salvo los casos expresamente establecidos.

Partiendo de estas consideraciones, la cuestión fundamental ha sido la determinación de qué ausencias del territorio nacional pueden incidir en la prestación de desempleo sin causar la extinción de la misma, sino dando lugar a una suspensión temporal de la prestación. Concretamente, el ordenamiento jurídico debe establecer claramente el límite entre un mero desplazamiento temporal, que no extingue el derecho a la prestación, y el cambio de residencia que supondrá la extinción de dicho derecho, salvo la aplicación de los reglamentos comunitarios sobre coordinación (Reglamento 987/2009/CE, de 29 de abril, de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social).

Utilizando la regulación de extranjería y la normativa comunitaria, el Tribunal Supremo resolvió, a partir de la Sentencia de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10707), la delimitación entre estancia y residencia y esta jurisprudencia inspiró la reforma legislativa plasmada en la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. La Ley 1/2014 dio nueva redacción a las letras f) y g) del art. 212 LGSS para recoger expresamente los nuevos supuestos de suspensión de la prestación por desempleo derivados de la interpretación jurisprudencial: la estancia en el extranjero hasta un período de 90 días, o el traslado de residencia al extranjero por un período inferior a 12 meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, debiéndose comunicar

³ Vid. MIRANDA BOTTO, J.M.: “Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (II): Prestaciones”, en VVAA: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Edit. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 228; Arrieta Idiakez, F.J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Arrieta Idiakez (Coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 218 y sigs.

⁴ Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 18

previamente la salida a la entidad gestora, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario el derecho a la prestación.

Con el nuevo Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, es el art. 271, g) el que regula este supuesto de suspensión del derecho a prestación por desempleo: “En los supuestos de estancia en el extranjero por un período, continuado o no, de hasta noventa días naturales como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora”. Se aclara, además, siguiendo también la doctrina jurisprudencial, que 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 299 LGSS, entre ellas la de proporcionar toda documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones (comunicando también a los servicios públicos de empleo autonómicos y al SPEE el domicilio y, en su caso, el cambio del domicilio) (apartado b); así como solicitar la baja en las prestaciones por 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 (apartado h).

Con arreglo al art. 271.2 LGSS, la suspensión del derecho a la prestación supondrá la interrupción del abono de la misma y no afectará al período de su percepción, salvo en el supuesto previsto en el apartado 1.a) (durante el periodo que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves conforme a la LISOS), en el cual el período de percepción de la prestación se reducirá por tiempo igual al de la suspensión producida.

No obstante, el incumplimiento por parte de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo de la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentos que les sean requeridos, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones, podrá dar lugar a que por la entidad gestora se adopten las medidas preventivas necesarias, mediante la suspensión del abono de las citadas prestaciones, hasta que dichos beneficiarios comparezcan ante aquella acreditando que cumplen los requisitos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanudará a partir de la fecha de la comparecencia (art. 271.3 LGSS).

2. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LA AUSENCIA DEL TERRITORIO NACIONAL DURANTE UN PERÍODO INFERIOR A 90 DÍAS SIN COMUNICACIÓN A LA ENTIDAD GESTORA: CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE COMUNICAR LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES

2.1. El precedente de la STS 18-10-2012 (RJ 2012, 10707) (rec. 4325/2011)

Es a partir de la STS de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10707) cuando se produce un cambio de criterio del Tribunal Supremo frente a su restrictiva posición inicial. En efecto, en un primer momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la prestación por desempleo en supuestos de ausencia del territorio español mantenía que no es traslado de residencia la salida del territorio nacional por un tiempo inferior a 15 días,

conforme a la norma reglamentaria aplicable, por lo que el desplazamiento superior a ese período sí supone traslado de residencia y, en consecuencia, salvo los desplazamientos al extranjero por períodos superiores a 15 días expresamente permitidos (para búsqueda de trabajo, o para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional), extingue el derecho a la prestación por desempleo.

Con posterioridad, la Sala IV viene a rectificar este criterio, a partir de la STS de 18 de octubre de 2012 y posteriores, señalando que cuando la salida es por periodo no superior a 15 días naturales y se comunica a la Administración española en tiempo oportuno, la prestación se mantiene; por el contrario, se extingue cuando la salida se produce por periodo superior a los 90 días a que refiere la legislación de extranjería en relación con el paso de la estancia a la residencia temporal, suspendiéndose en los supuestos de búsqueda de empleo o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional en el extranjero por tiempo inferior a 12 meses o en todos los demás supuestos, y como cuando la salida se produce sin comunicación a la Administración por un periodo inferior a 90 días, debe suspenderse la prestación y no extinguirse.

Esta STS casa y anula la de suplicación para confirmar la sentencia de instancia que reconoció el derecho de la parte actora a la prestación por desempleo, en un supuesto en el que la trabajadora se ausentó de España entre el 4 y el 25 de agosto de 2008 debido a la enfermedad cardíaca que derivó en una angina de pecho de su suegro que residía en Ucrania, por lo que se le extinguió la prestación y se le reclamaron las cantidades percibidas por prestación por desempleo.

El Tribunal Supremo resuelve, en esta Sentencia, en términos del régimen jurídico de las prestaciones por desempleo en lo relativo a las causas de suspensión o extinción, sin tratarlo como causa de suspensión o extinción por sanción.

Se plantean en la Sentencia las siguientes cuestiones: a) la duración de la ausencia del territorio español; b) la comunicación o no de la misma a la entidad gestora de la protección por desempleo; y 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.

La Sentencia, conforme al art. 203 LGSS, reconoce que la situación de paro o desempleo de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida al ámbito geográfico del mercado de trabajo español, en la medida en que coincide con el campo de actuación de las entidades gestoras y de los servicios públicos de empleo, que son los que pueden facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y los que controlan “la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo)”, lo que, como ha señalado el propio Tribunal Supremo (STS de 17 de enero de 2012), “sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación”.

La Sentencia lleva a cabo un análisis de los arts. 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”); el art. 231.1 LGSS (que establece la

obligación de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo de proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones; así como la obligación de solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones); y el art. 6.3 (en la redacción dada por el RD 200/2006) del RD 625/1985, que regula el Reglamento de la Protección por Desempleo (que prevé, como excepción a la regla de extinción de la prestación de desempleo por traslado de residencia al extranjero, el supuesto de “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” por tiempo inferior a “doce meses”; y establece 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, si bien 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 art. 231.1 LGSS).

Aspecto destacado en esta Sentencia es que considera aplicable al caso el art. 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en la medida en que “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)]”.

La Sala es consciente de 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 considera que “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, esto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga”.

A partir de este conjunto de disposiciones normativas, la Sentencia se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

1º) la precisión del concepto de “traslado de residencia” al extranjero del art. 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, por un lado, de las obligaciones de información o comunicación a la entidad gestora, y, por otro lado, de la obligación de presencia en el territorio y en el mercado de trabajo español.

En relación con la primera cuestión, la Sala analiza el concepto jurídico de “residencia”, destacando que el mismo, 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. Pero a su juicio se puede detectar una nota común: la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985. Considera que el legislador de Seguridad Social podría haber establecido la línea divisoria entre la estancia y la residencia, pero, no habiéndolo hecho, el vacío de regulación puede colmarse mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Así, para el art. 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia; y este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004, como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo.

Con esta precisión del concepto legal de residencia a efectos del “traslado de residencia” que extingue en principio la prestación de desempleo se rectifica la posición doctrinal adoptada en sentencias precedentes (STS 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.

Respecto a la segunda cuestión, según el art. 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 o, de no ser posible por causa de imposibilidad o excesiva onerosidad, desde el lugar de destino a la mayor brevedad posible). Dicha norma 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. Conforme con la finalidad de esta disposición, si no hay comunicación, 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. También deben ser comunicadas 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. Esta 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.

El incumplimiento de estas obligaciones de comunicación 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.

Como advierte la Sentencia, esta causa de suspensión de la prestación de desempleo –que no se mencionaba expresamente en el art. 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión– responde casi siempre a 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.

En tercer lugar, la Sentencia establece que 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. Si bien el art. 6.3 RD 625/1985 no lo dice expresamente, la Sala considera que de la redacción de este precepto “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.

Respecto a la última cuestión, el Tribunal Supremo considera que ha de tenerse en cuenta que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, 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. Dichas circunstancias deben influir también en el ámbito de las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen dichos deberes de información y documentación, conforme al principio de proporcionalidad de las sanciones a las faltas o infracciones cometidas (principio general del derecho punitivo o sancionador).

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal Supremo distingue los tres grupos de situaciones de la protección del desempleo:

a) una prestación “mantenida” en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación “extinguida”, 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 los siguientes casos:

-el supuesto particular del art. 6.3 del RD 625/1985 (redacción del RD 200/2006) de “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” en el extranjero por tiempo inferior a “doce meses”;

-en los 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 siempre que esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

Consecuencia de la aplicación de esta doctrina general al caso controvertido que resuelve esta Sentencia conduce a la conclusión de que se trata de un supuesto de prestación “suspendida” y no de prestación “extinguida”, puesto que, si bien es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se ausentó del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles, 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, pese a que se llevó a cabo sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora, no constituye traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación (conforme al art. 213.g) LGSS). Declara, por tanto, que la prestación por desempleo debe ser suspendida en período de ausencia del mercado de trabajo español, pero no en el período posterior de devengo de la misma en el que sí se encontraba en España a disposición de los servicios de empleo españoles, sin que para el mismo sea aplicable la extinción de la prestación de desempleo.

Esta relevante doctrina del Tribunal Supremo ha sido seguida por numerosos pronunciamientos posteriores, entre otras, las SSTS 18-octubre-2012 (rcud. 4325/2011) (RJ 2012, 10707), 23-octubre-2012 (rcud. 3229/2011), 24-octubre-2012 (rcud. 4478/2011), 30-octubre-2012 (rcud. 4373/2011), 17-junio-2013 (rcud. 1234/2012), 17-septiembre-2013 (rcud. 2646/2012), 22-octubre-2013 (rcud. 3200/2012), 23-octubre-2013 (rcud. 84/2013), 4-noviembre-2013 (rcud. 3258/2012) (RJ 2014, 379), 13-noviembre-2013 (rcud. 1691/2012), 10-marzo-2014 (rcud. 1432/2013), 27-marzo-2014 (rcud. 3079/2012), 8-abril-2014 (rcud. 2675/2012), 2 junio 2014 (rec. 2114/2013) (RJ 2014, 4622), 3-junio-2014 (rcud. 1518/2013), 22 septiembre 2014 (rcud. 2834/2013); 25 noviembre 2014 (rec. 1969/2013) (RJ 2014, 6756).

2.2. Los supuestos de hecho de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015 y de 26 de mayo de 2015

El supuesto de hecho que resuelve la STS de 21 de abril de 2015 [PROV\ 2015\ 139764 - RJ2015\2178] se refiere a una trabajadora que, teniendo reconocida la prestación de desempleo y estando percibiendo la misma, viajó del 8 de junio al 26 de julio de 2009 a su país (República del Ecuador) para atender a su madre, hecho que no comunicó al Servicio

Público de Empleo Estatal (SPEE). La Dirección Provincial de Madrid del SPEE resolvió la extinción del derecho por no comunicar la pérdida de los requisitos para su percepción, la salida al extranjero incumpliendo los requisitos del art. Único, tres del RD 200/2006, por lo que se extingue el derecho de la prestación habiendo generado un cobro indebido.

El Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, dictó sentencia estimando la demanda formulada por dicha trabajadora frente al SPEE, revocando la resolución impugnada y declarando correcta la percepción de prestación del subsidio, dejando sin efecto la extinción del derecho a la prestación. Considera que la salida al extranjero sin comunicación al SPEE desde el 08.06 al 26.07.2009 para atender a su madre no es causa de extinción de la prestación por desempleo sino de suspensión de la prestación, fundamentando su pronunciamiento en la STS de 18 de octubre de 2012.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia estimando dicho recurso de suplicación interpuesto por el SPEE, revocando la sentencia de instancia y, en consecuencia, confirmando la resolución administrativa del SPEE. En la sentencia de suplicación, el TSJ Madrid reorienta el enfoque del asunto: El Tribunal advierte que la sentencia del Juzgado no ha tomado en cuenta los preceptos de la LISOS recogidos en la resolución administrativa sancionadora, subrayando que ha de distinguirse entre lo que es propio de la dinámica de las prestaciones, en concreto en relación con las causas de extinción y de suspensión, de otro aspecto referido al régimen de infracciones y sanciones que claramente la LGSS lo remite a la norma especial que es la LISOS, y que es en este aspecto en el que se centra tanto la resolución administrativa como el recurso que plantea la Entidad Gestora. Se trata, en el caso concreto, de un expediente sancionador tramitado conforme al procedimiento que regula el artículo 37 del Reglamento General aprobado por el RD. 928/1998. La STSJ Madrid declara que efectivamente, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo, el RD-L. 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, al reformar el artículo 212 y 213 de la LGSS, introdujo como causa de suspensión la “estancia” en el extranjero por un periodo de hasta 90 días como máximo en un año natural, siempre que la salida esté previamente autorizada, siendo causa de extinción la “estancia en el extranjero salvo que sea causa de suspensión”, de forma que debe entenderse que las estancias en el extranjero no autorizadas dejan de provocar la suspensión del derecho “para ser, definitivamente, causa de extinción del derecho, manteniéndose las causas de suspensión y extinción derivadas de sanción administrativa”.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por su parte, la STS de 26 de mayo de 2015 [PROV\2015\178894 - RJ\ 2015\ 3646] resuelve un supuesto similar, referido a un trabajador que agotó una prestación de desempleo de 120 días de duración, al término de la cual le fue reconocido el subsidio de desempleo por tener responsabilidades familiares, por 6 meses prorrogables hasta 18, que percibió en distintos periodos (de 14 de mayo de 2010 a 22 de agosto de 2010, de 19 de octubre de 2010 a 16 de agosto de 2011 y de 8 de octubre 2011 a 30 de febrero de 2012). Durante el período de percepción de subsidio de desempleo (como consta acreditado tras la información demandada por el SPEE a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Dirección

General de la Policía), el trabajador realizó diversas salidas y entradas en España por motivos familiares sin que lo hubiera comunicado al SPEE, salvo en la última ocasión, respecto a la que únicamente consta la previa solicitud y obtención de permiso del SPEE.

Por el SPEE se dicta propuesta de extinción de la prestación por desempleo por haber permanecido fuera de territorio nacional en los períodos recogidos en el informe elaborado por la Brigada Provincial de Extranjería, que supone una ausencia de por un período superior a 15 días mientras era preceptor del subsidio de desempleo y sin haber comunicado ni pedido autorización previa a ese organismo, habiendo percibido indebidamente la prestación asistencial. En su escrito de alegaciones, el trabajador reconoce que fue a Marruecos en diversas fechas, solicitando permiso sólo en algunas, por motivos familiares, como el fallecimiento de la abuela y por ingreso hospitalario de su madre, aunque no acreditó esos extremos.

Dichas alegaciones son desestimadas, considerando que ha estado ausente por espacio de más 15 días permitido por cada año y sin estar en ninguno de los supuestos establecidos de suspensión del derecho, incurriendo además en un supuesto tipificado como infracción grave en la LISOS por no haber comunicado la baja en la prestación en el momento de producirse una situación de suspensión o extinción del derecho, lo que conlleva la sanción de extinción de la prestación y la percepción indebida de la misma.

Interpuesta por el trabajador demanda en la que solicitaba la nulidad de la resolución del SPEE, ésta fue desestimada por la sentencia de instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Navarra en el procedimiento nº 387/2013). Posteriormente la Sala del TSJ de Navarra dictó sentencia en fecha 22 de abril 2014 desestimando también el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador por entender que se trata de una extinción de la prestación “de naturaleza puramente sancionadora”, fruto del procedimiento instado por el SPEE en ejercicio de sus competencias y en razón de la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 25.3 de la LISOS, a la que se aplica la sanción extintiva determinada en los arts. 47.1.b) y 47.3 de la propia LISOS, de conformidad con los arts. 213.1.c) y 219 LGSS. La STSJ de Navarra concluye que se ha incurrido por el trabajador en una infracción tipificada por la LISOS como grave, por no haberse comunicado la causa de la suspensión o extinción del derecho (ni haberse justificado tampoco la imposibilidad de practicarla, en su caso), es decir, la preceptiva comunicación de salida del territorio nacional. Señala la Sentencia que “Es esta falta de comunicación la que determina la realidad del comportamiento imputado al actor a título de infracción administrativa y su constatación, la que provoca la lógica aplicación de la sanción legalmente prevista, que no es otra que la extinción de las prestaciones, tal y como ha sucedido en el caso presente”.

2.3. Análisis de la doctrina judicial: la incoherencia existente entre la normativa sancionadora y la prestacional debe interpretarse a favor de esta última

Las Sentencias comentadas avanzan un paso más, respecto de la ya consolidada doctrina del Tribunal Supremo y formalizada en la LGSS tras la Ley 1/2014, en la delimitación de la incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora. La jurisprudencia anterior se había centrado en las consecuencias de salir de España en las ya indicadas condiciones, sin pronunciarse acerca de la imposición de una sanción al amparo de

la LISOS ni, por tanto, sobre la virtualidad de sus arts. 25.3 y 47.1.b). No habían resuelto sobre si la falta de comunicación implica que entre en juego el régimen sancionador previsto en la LISOS, en la que se contempla como sanción la extinción de la prestación, sino en términos del régimen jurídico de la prestación por desempleo en lo relativo a las causas de suspensión o extinción, sin tratarlo como causa de suspensión o extinción por sanción.

En estas Sentencias, los términos del debate casacional se centra en la sanción de extinción de la prestación por desempleo impuesta a los trabajadores por el SPEE como consecuencia de haber infringido el deber de comunicar las causas de suspensión o extinción de las prestaciones, en concreto se considera infringido el art. 25.3 LISOS como consecuencia de que se ausentaron de España por un periodo superior a 15 días y sin comunicarlo en momento alguno y, por tanto, se considera procedente la consecuencia contemplada en el art. 47.1.b y 47.3 LISOS.

Las SSTs de 21 de abril de 2015 y de 26 de mayo de 2015 reiteran que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y no conlleva la extinción de la prestación de desempleo sino la suspensión de la misma, pero añaden que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE no puede conllevar la extinción de la prestación por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS. Se declara en estas Sentencias que la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse a favor de esta última.

Esta incoherencia debe resolverse en base a los siguientes principios fundamentales del ordenamiento jurídico:

A) La necesidad de eliminar incoherencias normativas.

Parten estas Sentencias de que, en el momento en que se producen los hechos litigiosos (mediados de 2009), la misma conducta es contemplada por el bloque normativo sancionador como causa de extinción de la prestación, mientras que para el bloque de las normas prestacionales se trata de una circunstancia que conduce, a partir de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la suspensión.

Esa situación de discordancia, cuando no abierta contradicción, pugna con las exigencias de coherencia que el propio concepto de ordenamiento jurídico (art. 9.1CE) comporta. Recogen las Sentencias la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (SSTC 233/1999, de 13 de diciembre; 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio): “Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten”. Ello obliga al intérprete a obviar la incoherencia que pueda presentar el ordenamiento buscando la interpretación más acorde a la Constitución, sin desbordar, obviamente, sus propias atribuciones.

De la propia doctrina jurisprudencial ya señalada se deriva que la superposición normativa reseñada debe resolverse atendiendo a la perspectiva prestacional y no a la

sancionadora, salvando de este modo, además, la proporcionalidad de las consecuencias asignadas al incumplimiento del deber de comunicar la salida al extranjero pues, como indica el Tribunal Supremo, “cuadra mal con él que tuviese el mismo trato una ausencia de 16 que de 89 días”. Esta interpretación es coherente con el art. 41 CE que postula la protección de las situaciones de necesidad y que pide que ello se haga “especialmente en caso de desempleo”, marcando así un canon interpretativo que debe aplicarse.

La coherencia dentro del ordenamiento jurídico también conduce a pensar que si la ausencia de comunicación del viaje desemboca en la suspensión de la prestación (descartándose la extinción de la misma), no puede sostenerse que se llegase al resultado opuesto, la extinción de la prestación y devolución de todo lo percibido, por la vía de las sanciones.

B) La evitación de consecuencias alternativas.

Al mismo resultado se llega por aplicación del principio de seguridad jurídica, garantizado por el art. 9.3 CE. De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, recogida por el Tribunal Supremo, “dicho principio viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad” (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4; 126/1987, de 16 de julio, FJ 7; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 10; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; y 225/1998, de 23 de noviembre, FJ 2). Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4).

De todo ello, el Tribunal Supremo considera que, en virtud de las exigencias del principio de seguridad jurídica, si aparecen como posibles dos consecuencias en el ordenamiento jurídico, ofrece mucha mayor seguridad estar a aquella que aparezca contemplada (tácitamente, según nuestra jurisprudencia) en el bloque regulador de las propias prestaciones que se disfrutaban. Solución que, según el Tribunal Supremo, parece estar avalada por “razones de contigüidad topográfica, facilidad de conocimiento y dinámica prestacional”.

C) Proscripción indirecta de discriminaciones y especialidad.

En tercer lugar, aplica el Tribunal Supremo el principio de proscripción de discriminaciones y especialidad. Se refiere, en este caso, a la existencia de discriminaciones objetivas en la aplicación de las leyes, como consecuencia aquí de que la misma Entidad Gestora pudiera poner en marcha dos tipos de actuaciones bien heterogéneas frente a una misma conducta. Discriminación objetiva como consecuencia del deficiente diseño legal, que comportaría la posibilidad de sancionar en un caso y suspender la prestación en otro.

No se trata, así, de discriminaciones subjetivas que pudieran suponer el trato, por parte del SPEE, de modo diverso a unas y a otras personas en función de factores de discriminación (nacionalidad, raza, sexo, etc.), sino que objetivamente el mismo organismo tenía a su disposición posibilidades heterogéneas de actuar ante una misma situación. Discriminación objetiva que la propia Sala constata a través de las distintas Sentencias del Tribunal Supremo, comprobando que en unos casos la ausencia sin comunicar desembocó en la imposición de una sanción y en otros en la extinción de la prestación como medida de gestión; en ocasiones se actuaba sobre la base de la LISOS y en otras sobre la LGSS o su desarrollo reglamentario.

De acuerdo con ello, el Tribunal Supremo considera que se debe descartar la posibilidad de imponer una sanción a lo que el ordenamiento contempla como causa de suspensión de la prestación para conseguir, de manera indirecta, abortar la existencia de tratamiento distinto a casos iguales.

Adicionalmente, se aplica también el principio de especialidad dentro del ordenamiento jurídico, declarando la mayor especialidad que poseen las normas sobre prestaciones de desempleo que las sancionadoras sobre todo tipo de prestaciones de Seguridad Social.

D) Principio de proporcionalidad.

Finalmente, el Tribunal Supremo aplica el principio de proporcionalidad. En virtud de este principio, las circunstancias de cada caso deben influir en las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen los deberes de información y documentación.

Destacan las Sentencias comentadas que las previsiones de la LISOS no permiten matiz alguno, porque desembocan en la extinción del derecho, tanto si se omite comunicar una circunstancia que genera la extinción como si se trata de otro hecho que solo arrastre la suspensión. No obstante, reconociendo que escapa a su competencia la inaplicación de una norma con rango de Ley (salvo el traslado de la cuestión al Tribunal Constitucional), el Tribunal Supremo considera que deben resolver la concurrencia normativa de forma que la modulación de consecuencias desfavorables para quien se traslada al extranjero siendo beneficiario de prestaciones por desempleo sea coherente con el principio de proporcionalidad.

2.4. Prevalencia de la perspectiva prestacional frente a la sancionadora en caso de desempleo

La conclusión a que llegan ambas Sentencias es en primer lugar, que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y no conlleva la extinción de la prestación de desempleo sino la suspensión de la misma (conforme a la doctrina jurisprudencial ya sentada desde la STS de 18 de octubre de 2012), pero añaden, en segundo lugar, que el incumplimiento de la obligación de comunicar previamente la salida al SPEE no puede conllevar la extinción de la prestación por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS.

Se declara, en definitiva, en estas Sentencias que la incoherencia existente en esta materia entre la normativa sancionadora, que contempla tal conducta como causa de extinción de la prestación, y la prestacional, que la contempla como causa de suspensión de la misma, debe interpretarse a favor de esta última. Y ello en virtud de la exigencia de coherencia del ordenamiento jurídico, el principio de seguridad jurídica, la proscripción de discriminaciones objetivas en la aplicación de las normas, el principio de especialidad y el principio de proporcionalidad.

La doctrina sentada por estas dos Sentencias del Tribunal Supremo es importante a efectos de determinar la incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora, y, particularmente, a efectos de establecer las consecuencias de la infracción del deber de comunicar las causas de suspensión o extinción de las prestaciones.

Se consolida la perspectiva prestacional frente a la sancionadora en caso de desempleo también en la SSTS de 29 de junio de 2015 (rcud 2896/14); de 21 de diciembre de 2015 (rcud 817/15) y de 2 de marzo de 2016 (Rec. 1006/2015).

Pero, más allá de su aplicación concreta a la protección por desempleo, su trascendencia se proyecta, de acuerdo con la doctrina constitucional, respecto a la interpretación del ordenamiento jurídico como un todo coherente, basado en la seguridad jurídica y la proporcionalidad y a la aplicación a los conflictos normativos de estos principios básicos.

Por otro lado, se proyecta también sobre el conjunto de las normas de protección social al establecer la doctrina de la prevalencia de las normas prestaciones frente a la perspectiva sancionadora, como expresión del derecho constitucional a la protección social, que pese a ser configurada como una “norma-programa” no puede verse, según la interpretación del Tribunal Constitucional, con exclusiva atención al precepto en sí mismo considerado, sino en el conjunto de las normas constitucionales. Es claramente aceptado hoy que el reconocimiento normativo de un derecho no puede ser confundido, o negado, con la debilidad de sus garantías, pues eso es un problema de efectividad del derecho pero no de existencia del derecho mismo⁵. Como subrayó Ferrajoli, dentro de los ordenamientos jurídicos, junto a las garantías primarias o sustanciales que consisten en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, se establecen, de otro lado, unas “garantías secundarias” o jurisdiccionales a tales obligaciones que llevan a aplicar la sanción o a declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos, respectivamente, que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias⁶. Con estas garantías el ordenamiento jurídico viene a establecer una serie de técnicas para reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos en coherencia con su estipulación constitucional y/o legal. En consecuencia, los incumplimientos de las normas jurídicas llevan a una específica reacción de los ordenamientos jurídicos, la sanción, con el objetivo de compeler a su cumplimiento por parte de los sujetos a los que están dirigidos las obligaciones

⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA: *Manual de Seguridad Social*, 11ª edic., Edit. Tecnos, Madrid 2015, pág. 57.

⁶ Vid. FERRAJOLI, L.: *El fundamento de los derechos fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid 2001, pág. 58

y mandatos previstos en aquélla. Dentro de esas técnicas se incluye la potestad sancionadora de la Administración que se justifica en la necesidad de reforzar la protección del orden social general por vías que garanticen la eficacia del cumplimiento de las normas⁷.

La tutela sancionadora administrativa en el ámbito social representa un elemento corrector respecto de la debilidad en la posición de los trabajadores, pero también un mecanismo de tutela de los intereses de la comunidad. Siendo una “garantía secundaria” cuya finalidad es garantizar los derechos, es claro que la contradicción o incoherencia entre las normas sancionadoras y las normas prestacionales que corresponden a los derechos subjetivos garantizados debe resolverse sobre la preeminencia de estas últimas. Se trata de una tutela administrativa del derecho social, por lo tanto no puede impedir el reconocimiento de ese derecho sino garantizarlo. En cualquier caso, es claro que el ejercicio de esta potestad sancionadora debe estar presidido por el principio de proporcionalidad.

⁷ Vid. AAVV (MONEREO PÉREZ Coord.): *Manual de Derecho Administrativo Laboral*, Edit. Tecnos, Madrid, 2012, págs. 293 y sigs.