

La exigencia de residencia en las prestaciones por desempleo y las consecuencias de desplazamientos al extranjero

The residency requirement for unemployment benefits and consequences of travelling abroad

DANIEL TOSCANI GIMENEZ

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

Por regla general, las prestaciones por desempleo exigen la residencia en el territorio nacional, tanto para su nacimiento, como para su mantenimiento. Lo que se ha venido denominando como 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. De tal modo, que el traslado de residencia es, por regla general, una causa de extinción de la prestación. Sin embargo, tradicionalmente la normativa reguladora no ha trazado claramente la distinción entre mero desplazamiento temporal y traslado de residencia. Como en tantas otras ocasiones, existiendo un concepto jurídico indeterminado, ha tenido que ser la doctrina judicial y, en última instancia, la jurisprudencia, quien haya colmado esta laguna y que sólo recientemente ha sido formalizada por la Ley 1/2014 que viene a recoger el criterio del TS. El presente artículo lleva a cabo un análisis crítico de todo el recorrido histórico de la normativa y de la jurisprudencia, así como de la situación actual y propone algunas interpretaciones alternativas en sus conclusiones.

Abstract

Generally, unemployment benefits require residence in the country for both application and for maintenance of the benefit. What has come to be known as the “territorialization” of the unemployment benefit, i.e., clauses admitting the requirement of residence or ties to the labour market of the country that pays the benefit. Thus, the change of residence to a different country is usually a cause of termination of the benefit. Traditionally, however, the regulation of unemployment benefit in Spain has not clearly drawn the distinction between mere temporary journeys or stays in a different country and the change of residence to a different country. As in many other occasions, having an indeterminate legal concept, the jurisprudence has had to determine the concept in its rules of law and only recently the solution has been formalized by Law 1/2014. This paper conducts a critical analysis of the historical overview of the legislation and case law, as well as the current situation and proposes some alternative interpretations in its findings.

Palabras clave

Prestación por desempleo; causas de extinción; causas de suspensión; desplazamientos temporales al extranjero; traslado de la residencia

Keywords

Unemployment benefit; termination causes; suspension causes; temporary stays abroad; permanent change of residence

1. INTRODUCCIÓN

Por regla general, las prestaciones por desempleo exigen la residencia en el territorio nacional tanto para su nacimiento como para su mantenimiento. Lo que se ha venido denominando como 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. De tal modo, que el traslado de residencia es, por regla general, una causa de extinción de la prestación.

Esta interpretación, además, parte de la definición clásica de contingencia de desempleo, que encontramos ahora en el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Esta definición, que con variaciones secundarias se remonta entre nosotros a los años sesenta del siglo pasado, hace referencia a la situación “en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su ocupación, de forma definitiva o temporal o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo”. Dicha situación de paro o desempleo, de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo, está referida a un determinado ámbito geográfico: el mercado de trabajo español. El ámbito del mercado de trabajo español coincide con el campo de actuación de las entidades gestoras y de los servicios de empleo, organismos públicos que de una parte pueden facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y de otra parte, controlan “la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo). Control que sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación”¹.

Sin embargo, tradicionalmente la normativa reguladora no ha trazado claramente la distinción entre mero desplazamiento temporal, que no extingue la prestación y traslado de residencia, que tiene como consecuencia, en cambio, la extinción de la misma. Como en tantas otras ocasiones, existiendo un concepto jurídico indeterminado, ha tenido que ser la doctrina judicial y, en última instancia, la jurisprudencia, quien haya colmado esta laguna y que sólo recientemente ha sido formalizada por 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, que en su art. 6 modifica los arts. 212 y 213 de la LGSS para recoger el criterio del TS.

No obstante, como veremos, se traza una línea objetiva de forma generalizada, para distinguir entre desplazamiento temporal y traslado, concretamente 3 meses, que puede en la práctica resultar inoperante o poco eficaz y realista para atender a las concretas situaciones personales y familiares de determinados beneficiarios, especialmente teniendo en cuenta que la mayoría de las gestiones se pueden realizar vía internet, on-line, precisamente a través de la Sede Electrónica del Servicio Público de Empleo (SPE).

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DOCTRINA JUDICIAL

En un primer momento, la normativa reguladora de la prestación, art. 6 del RD 625/1985 y posteriormente, el art. 213.1 g) de la LGSS, a partir del 1 de enero de 1994, establecía que la prestación se extinguía por el traslado de la residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinaban. Precisamente, a tales efectos, el art. 6 del RD 625/1985, desarrollaba este punto, manteniendo que la prestación únicamente se suspendía cuando el traslado al extranjero fuera para el desempeño de un trabajo o para llevar a cabo un perfeccionamiento profesional, en este primer momento, por tiempo inferior a seis meses².

¹ STS de 17 de enero de 2012 JUR 2446/2011. Vid, asimismo, ALVAREZ CORTES, 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*, Revista *Temas Laborales*, nº. 124, 2014, pág. 247.

² STSJ de Valencia de 20 de febrero de 2002 AS 268898.

Además, añadía el precepto, en otro caso el traslado de residencia al extranjero supondrá la extinción del derecho. Luego la doctrina judicial entendía que, aun cuando se hubiera residido en el extranjero por menos de seis meses, aunque fuera por otros motivos, personales, turísticos, etc., se entendía que se producía la extinción de la prestación, pues el beneficiario no cumplía el requisito de querer y poder trabajar, ya que no tenía disponibilidad para trabajar y atender a las entrevistas de trabajo que la oficina de empleo le facilitaba³. Si bien, ya en esas mismas sentencias, en su voto particular, se hacía hincapié en el hecho de que, por un lado, la norma hablaba de traslado de residencia y no de domicilio. De este modo, el domicilio exige la habitualidad en la residencia (art. 40 del Código Civil) y ésta se identifica gramaticalmente con el lugar de asentamiento, que no se pierde por el hecho de que se efectúen viajes o desplazamientos ocasionales. En segundo lugar habla de traslado y no de desplazamiento. Por lo tanto, no se prohíbe los desplazamientos. Es más, el carácter ocasional del desplazamiento permite atender a las obligaciones que tiene establecidas el beneficiario de la prestación y concretamente a los requerimientos de comparecencia que le haga la oficina de empleo y asistir a las ofertas de empleo adecuado que pueda recibir, o el requerimiento que se le haga para acudir ante el INEM. Pero, es más, si no lo hiciera, en todo caso estas circunstancias supondrían, en su caso, exclusivamente la suspensión de la prestación y nunca la extinción de la misma.

En este mismo sentido y con los mismos argumentos, muchos pronunciamientos judiciales entendían que por traslado de residencia a país extranjero sólo se podía entender la estancia prolongada que provocara la pérdida de la cualidad de demandante de empleo en el mercado de trabajo nacional. Así, no desplazamientos breves para visitar familiares o unas cortas vacaciones de un mes o más⁴, pero sí estancias ya más prolongadas, que llevan aparejada la baja como demandante de empleo, por ejemplo de 80 días⁵. No obstante, también se pueden encontrar sentencias que entendían que por traslado sólo se podía entender estancias superiores a seis meses. De tal modo que, en sentido contrario, cualquier estancia inferior a seis meses, hasta seis meses por lo tanto, aunque no fuera para buscar empleo o formarse, también era una causa de suspensión de la prestación y no extinción⁶.

Posteriormente, tras el RD 200/2006, el tiempo durante el cual se puede salir al extranjero, se aumenta a 12 meses, en los supuestos en que el beneficiario declare que es para trabajar o realizar un curso de perfeccionamiento profesional con la mera suspensión de la prestación y se añade los supuestos de cooperación internacional. Además, como supuesto excepcional se agrega 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.

La nueva norma reglamentaria suponía un nuevo aumento en la permisibilidad respecto a la rotunda declaración de la redacción anterior que impedía la salida al extranjero

³ STSJ del País Vasco de 1 de junio de 1993 AS 2854.

⁴ STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de marzo de 2004, recurso 1/2002, examinando un caso de ausencia durante un mes y 18 días, STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2003, recurso 174/2003 y del TSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de julio de 2001 AS 1828/2003 y 11 de abril de 2003, recurso 636/2003.

⁵ STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 1994 AS 4465.

⁶ STSJ de Valencia de 15 de noviembre de 1991 AS 6016.

por cualquier plazo inferior a seis meses que no fuera para realizar trabajos o adquirir perfeccionamiento profesional, y dejaba sin prestación de desempleo cualquier salida superior a seis meses⁷.

De este modo, tras el RD 200/2006, el desempleado podía trasladar su residencia al extranjero durante doce meses (antes eran seis meses) si previamente a la salida de España declaraba que se debía a intención de a) realizar trabajos, b) recibir formación, c) buscar empleo o d) realizar actividades de cooperación internacional, causa que no existía con anterioridad.

Además, la norma reglamentaria exigía únicamente un requisito formal: la previa declaración del beneficiario, no un requisito de fondo: que se acredite la certeza de lo declarado⁸.

Y en caso de que el traslado de residencia fuera por período inferior a 15 días en un año, la salida no representa ni suspensión, ni pérdida de prestaciones.

Además, cabe señalar ahora que, como excepción, el Real Decreto Ley 4/2008, de 19 de septiembre, que contempla el abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

La finalidad de esta norma es facilitar el retorno voluntario a su país de origen a los trabajadores extranjeros desempleados mediante el abono por parte del INEM, anticipadamente y de forma acumulada en 2 veces, del importe de la prestación contributiva por desempleo a que tuviesen derecho.

Serán beneficiarios los trabajadores desempleados que cumplan los siguientes requisitos:

- Encontrarse legalmente en España.

- Ser nacionales de países que tengan suscrito con España convenio bilateral en materia de Seguridad Social.

Los países con convenio bilateral son los siguientes: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Federación Rusa, Filipinas, Marruecos, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

El Ministerio podrá extender la modalidad de abono de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros nacionales de países con los que España no tenga suscrito convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una

⁷ STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 143/2011.

⁸ STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 143/2011.

cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en los países de origen o en los solicitantes.

- El trabajador extranjero deberá comprometerse a retornar a su país de origen, en el plazo de 30 días naturales y no retornar a España en el plazo de 3 años.

No podrán acceder a esta medida los trabajadores nacionales de países que formen parte de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza.

La cuantía del abono será la que corresponda a los trabajadores, en función del número de días de prestación reconocidos o que les reste por percibir hasta su agotamiento, desde la fecha de reanudación de la prestación o desde la fecha de solicitud de esta modalidad de abono. Se abona el 40% de la prestación, a la cual se tenga derecho, antes del retorno y el 60% restante, en su país de origen, una vez se haya comprobado que efectivamente se hubiera regresado al mismo.

Sin embargo, volviendo al supuesto general, como se puede observar, cualquier causa de desplazamiento al extranjero superior a 15 días, aunque fuera inferior a 12 meses, si no era por los supuestos expresamente contemplados, trabajo, formación, buscar trabajo o cooperación internacional, seguía siendo una causa de extinción de la prestación⁹.

Por su parte, algunos pronunciamientos mantenían, no obstante, que un desplazamiento temporal al extranjero que excedía en unos pocos días los 15 señalados, que además fuera por causas justificadas, como enfermedad de un familiar¹⁰, tampoco se podía mantener como causa de extinción de la prestación, ya que la causa que se pretendía esgrimir en el artículo 231,1 g) LGSS para extinguir el derecho a la prestación contributiva de desempleo, no podía tener relación con un mero desplazamiento temporal, tuviera o no el viaje una causa específica más allá del propio desplazamiento. Máxime si se tenía en cuenta que la realización de un viaje no afecta al lugar habitual de residencia, que es a lo que parecía querer referirse el precepto que establece tan rígida consecuencia sancionadora.

Añadido a lo anterior, no cabría hacer una interpretación extensiva de una norma que supone una restricción de ciertos derechos, que incluso algunos son de índole universal

(así, artículo 13 de la Declaración de Derechos Humanos de 10-12-48), y además, en relación con una situación que está especialmente protegida (así, artículo 41 del texto constitucional). Sería, además, una decisión desproporcionada, lo que parece una reacción punitiva falta de toda proporcionalidad entre la conducta y la sanción. Máxime si el trabajador no hubiera faltado a llamada alguna, durante ese lapso temporal, para realizar curso o actividad formativa, o para realizar entrevista para ser contratado o seleccionado para ello. Es decir, que se sancionaba la mera ausencia temporal, sin otra trascendencia¹¹.

⁹ STSJ de Aragón de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 142/2011 y 11 de julio de 2011 JUR 275728.

¹⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de junio de 2011 AS 288012 y STSJ de Andalucía/Sevilla de 6 de junio de 2013 JUR 278373.

¹¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2010 AS 50/2011.

Algunas sentencias, sí entendían, sin embargo, como causa de extinción de la prestación, el desplazamiento que ya superaba con holgura dicho periodo de 15 días, por ejemplo, tres meses¹².

No obstante, la gran mayoría de los pronunciamientos, realizaban una interpretación mucho más amplia y flexible para trazar la línea entre mero desplazamiento temporal y cambio de residencia, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, trayendo a colación otras normas, con el argumento de la coherencia del sistema jurídico para evitar contradicciones normativas.

En efecto, en este sentido, se argumentaba que por el mero hecho de que el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985 aludía a que no se considerará traslado de residencia una salida al extranjero no superior a 15 días, no podía interpretarse en el sentido de que sí que lo era toda salida superior a ese lapso temporal, debiéndose entender en el sentido de que, en ese caso de salida no superior a 15 días, no hará falta acreditar tal carácter temporal del desplazamiento, mientras que en los demás, habría que acreditarlo. Pues lo importante, se insistía, era la temporalidad o no, puesta en relación con la decisión de cambio de residencia.

De este modo, se argumentaba que la LGSS establecía un criterio cualitativo para la extinción de la prestación (cambio efectivo de residencia). Y si dicho cambio residencial no se producía, el mero hecho de que el desplazamiento temporal al extranjero, sin voluntad de permanencia, fuera superior a 15 días no autorizaba para extinguir la prestación, pues ello vulneraría la norma de rango superior: el art. 213.1.g) de la LGSS.

Asimismo, y a tales efectos, para reforzar los argumentos, se traía a colación otras normas como La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En su redacción vigente, diferencia entre estancia (no superior a 90 días, art. 30), residencia temporal (más de 90 días y menos de cinco años, art. 31) y residencia de larga duración (de duración indefinida: art. 32). Aunque la aplicación analógica es discutible ya que no concurre la necesaria identidad de razón que permite la aplicación analógica de las normas entre una norma administrativa, que regula la autorización de estancia y residencia de los extranjeros en España, y una norma reguladora de una prestación de la Seguridad Social, sí que ilustra acerca de que el ordenamiento jurídico, aunque admite la residencia temporal y no solo la definitiva, exige una cierta prolongación en el tiempo.

Y el art. 32.1 de esta Ley Orgánica 4/2000, al definir la residencia de larga duración, establece:

“Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente”. Un breve abandono del territorio nacional no impide la residencia continuada.

¹² STSJ de Aragón de 24 de noviembre de 2010 AS 49661/2011.

Por su parte, en el concreto ámbito de la Seguridad Social, se señalaba el Real Decreto 357/1991, de 15, de marzo, que establece en sus arts. 7.a) y 9.a) en relación con el art. 10.2, como causa de extinción de las pensiones no contributivas, la pérdida de la condición de residente legal o el traslado de su residencia fuera de territorio español por tiempo superior a 90 días a lo largo de cada año natural, salvo cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

Es cierto que la naturaleza de la prestación contributiva por desempleo es muy diferente que la de las pensiones no contributivas. Pero en ambos casos se exige residencia en España. Y la remisión del art. 219.2 al art. 213 de la LGSS supone que la causa de extinción del art. 213.1.g) de la LGSS se aplica también a los subsidios asistenciales.

Los citados preceptos de la LGSS utilizan el término “residencia”, de conformidad con el sentido literal de la palabra, en el sentido de que indica cierta permanencia, que respecto de las pensiones no contributivas se concreta en la cifra de 90 días. Del mismo modo, cuando el art. 213.1.g) de la LGSS utiliza dicho término, al regular las causas de extinción de las prestaciones por desempleo, debe interpretarse en un sentido análogo, excluyendo desplazamientos temporales de escasa duración, inferiores al periodo vacacional anual previsto en el Estatuto de los Trabajadores, porque ello no supone un auténtico cambio de residencia del trabajador¹³.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Posición inicial

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, en un primer momento, mantiene un criterio mucho más restrictivo, fruto de una interpretación literal y formal de la nueva redacción del precepto.

De este modo, entendía que 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 período¹⁴.

Ya que el periodo de 15 días vendría a cumplir la finalidad de un periodo libre para el beneficiario, para atender a asuntos personales o familiares, como una especie de vacaciones retribuidas, en las cuales no debe justificar su ausencia pero sí que se hubiera comunicado en tiempo y forma y se mantiene así el abono de la prestación. Por lo tanto, los desplazamientos al extranjero, superiores a 15 días que no fueran por las razones reglamentariamente

¹³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2008, recurso 1959/2007 (ausencia de 28 días), STSJ de Murcia de 21 de diciembre de 2009, recurso 1018/2009, enjuiciando una ausencia al extranjero de un mes y dos días; STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de junio de 2009, recurso 707/2009, en un caso de ausencia de un mes y 10 días; STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2010, recurso 3544/2010, negó que el desplazamiento al extranjero durante un mes y 14 días conllevara la extinción de la prestación de desempleo, argumentando que el demandante conservaba su residencia en España. STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2010, recurso 6146/2009, llegó a la misma conclusión en un supuesto de ausencia al extranjero durante dos meses y once días. En el mismo sentido pueden citarse, STSJ de Canarias/Tenerife de 11 de enero de 2010, recurso 553/2009, en un supuesto de ausencia durante 30 días.

¹⁴ SSTs de 22 de noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012.

enumeradas, buscar o realizar trabajos, formación o cooperación internacional, debían entenderse como causas de extinción de la prestación.

3.2. Posición actual

Sin embargo, en sentencias posteriores, viene a rectificar, en parte al menos, dicho criterio, al señalar que el concepto de residencia se emplea en diversas ramas del ordenamiento jurídico y en todas tiene una concreción específica y diferenciada, pero se puede extraer un elemento común siempre, a saber, el asentamiento en un determinado lugar durante un periodo de tiempo cualificado, que aunque no reúna las notas características del domicilio o la residencia habitual, es siempre algo más que una mera estancia, sino que ya tiene una cierta vocación de estabilidad, distinto así del mero viaje o desplazamiento temporal.

Sin embargo, en este momento del análisis cronológico del supuesto, el legislador no había trazado todavía la concreta línea divisoria entre estancia y residencia. Por ello, los pronunciamientos judiciales recurrían a interpretaciones analógicas de otras normas, como por ejemplo, Los Reglamentos Comunitarios y más concretamente el art. 64.1 c) del Reglamento UE 883/2004, que permiten la exportación de la prestación durante 3 meses a otro país miembro de la UE para buscar empleo, o La Ley Orgánica de Extranjería que establece idéntico periodo de tiempo, esto es tres meses, para diferenciar entre la residencia temporal y la estancia. Para acabar determinando que las estancias inferiores a tres meses no suponen traslado de residencia y, en consecuencia, sólo implican la suspensión de la prestación y no la extinción.

Además en este punto, se señalaba que los arts. 212 y 213, en este momento cronológico de la exposición, no contenían todavía la obligación de comunicar la ausencia a la Oficina Pública de empleo, pero que dicha obligación, no obstante, se podía inferir del art. 231.1, porque de lo contrario, no habría modo de controlar el cumplimiento de las obligaciones de los beneficiarios. Por lo tanto, si no se realizaba la comunicación en tiempo y forma, esto comportaría la pérdida de tantos días de prestación como los días de estancia en el extranjero no comunicados¹⁵. Debiendo reintegrar la cuantía de prestación percibido durante este periodo por considerarlo indebidamente percibido¹⁶. Pero no por los días restantes. De tal modo que, por ejemplo, si se tiene derecho a 140 días y tras disfrutar de 40, se sale al extranjero sin comunicarlo al Servicio Público de Empleo y se retorna después de 50 días, se deberá reintegrar los 50 días durante los cuales se ha estado desplazado, pero se tendrá derecho a disfrutar de la prestación restante, en el ejemplo que hemos puesto, los otros

¹⁵ SSTs de 18, 23 y 24 de octubre de 2012 RJ 10707, RJ 1561/2013 y 1564/2013, 17 de junio de 2013 RJ 5735, 17 de septiembre de 2013 RJ 8096, 22 y 23 de octubre de 2013 RJ 8427 y RJ 8111, 4 y 13 de noviembre de 2013 RJ 379/2014 y RJ 8489, 20 de enero de 2014 RJ 1026, 10 y 27 de marzo de 2014 RJ 2951 y RJ 2420, 8 de abril de 2014 RJ 2785. Véase al respecto ORTEGA GIMENEZ, A.: *Extinción de la prestación por desempleo y salida del territorio español de persona extranjera (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012)*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 3, 2013.

¹⁶ STS de 22 y 23 de octubre de 2013 RJ 8427 y RJ 8111.

50 días¹⁷. Criterio que ha sido mantenido asimismo por la mayoría de los Tribunales Superiores de justicia¹⁸.

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

El mencionado artículo 231.1 LGSS se refiere a esta obligación de comunicación previa o inmediata al decir que las solicitudes o informaciones relevantes sobre protección del desempleo han de tener lugar “en el momento de la producción de dichas situaciones”, momento que se actualiza cuando existe un concreto programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de los servicios públicos de empleo y de la Administración de la Seguridad Social española. Por otra parte, la finalidad de la disposición lo exige también así: si no hay comunicación por anticipado (o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa), no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación; entre ellos, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo.

De acuerdo con el mismo precepto legal, las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora. Este deber de comunicación inmediata (y posterior documentación) de estancias más prolongadas en el extranjero por circunstancias sobrevenidas tiene su razón de ser en que las mismas afectan, al igual que ocurre con la salida o desplazamiento al extranjero, a la disponibilidad para actividades formativas o de trabajo en España.

¹⁷ STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2012 AS 388135.

¹⁸ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de febrero, 30 de octubre y 21 de noviembre de 2013 AS 797, JUR 345779 y AS 3024, STSJ de Madrid de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012 AS 1240/2013 y AS 266/2013 y 22 de enero, 28 de febrero, 8 de mayo, 18 y 25 de junio y 30 de septiembre de 2013 AS 714, AS 128422, AS 2076, JUR 289810, JUR 290068 y JUR 356230, STSJ de Valencia de 5 de junio, 2 de julio y 4 de diciembre de 2013 JUR 258885, AS 2039 y JUR 176457/2014, STSJ de La Rioja de 31 de julio de 2013 AS 347/2014, STSJ de Andalucía/Granada de 11 de diciembre de 2013 AS 312/2014, STSJ de Andalucía/Málaga de 30 de mayo de 2013 JUR 250641 y 22 de mayo de 2014 JUR 196393, STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 2013 JUR 10865, STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de junio de 2013 AS 2794 y 31 de enero de 2014 AS 907, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 21 de junio de 2013 JUR 363929 y 20 de diciembre de 2013 JUR 116348, STSJ de Navarra de 1 de octubre de 2013 JUR 44361/2014, STSJ de Aragón de 2 de julio de 2014 AS 2034, STSJ de Cataluña de 4 de febrero, 11 de marzo, 30 de mayo, 3 y 11 de junio, 26 de septiembre, 21 de octubre y 21 de noviembre de 2013 AS 886, AS 2305, JUR 259876, JUR 259885, JUR 261278, AS 3120, AS 3199 y JUR 382895 y 16, 22 y 28 de enero y 6 de mayo de 2014 AS 397, AS 50024, JUR 50066 y AS 1609.

Los medios de información a utilizar por los beneficiarios de las prestaciones de desempleo para el cumplimiento de los deberes señalados serán los habituales en las relaciones de los administrados con el Servicio Público de Empleo Estatal y con las entidades gestoras de Seguridad Social. Entre ellos se incluyen los medios informáticos o electrónicos previstos en la legislación española.

El incumplimiento de las obligaciones de comunicar ex ante (para la salida programada) o inmediatamente ex post (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal (“baja”) de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía.

Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS¹⁹.

Además, la duración de estos desplazamientos se puede verificar mediante la comprobación de los datos que figuran en la Dirección General de Policía, Servicio de Fronteras, respecto las fechas de salida y regreso a España del beneficiario de la prestación por desempleo, siendo una cuestión de orden público propio de las competencias de la función policial fronteriza, sin que constituya una vulneración del derecho a la protección de datos²⁰ o mediante los sellos de salida y entrada que figuren en el propio pasaporte del beneficiario²¹.

En este sentido, también cabe destacar ahora que aun cuando lo habitual será que estos casos se protagonicen por extranjeros, que tendrán obligaciones personales, económicas y familiares en sus países de origen, que deberán atender o simplemente visitar aunque sea de vacaciones cada cierto tiempo, el supuesto se aplica de forma unitaria tanto para nacionales como para extranjeros. A pesar de que para los parados nacionales y, especialmente en los tiempos que corren, será difícil y excepcional que se trasladen al extranjero por vacaciones durante un periodo de 15 días y, por lo tanto, tengan ocasión de hacer uso de este permiso o vacaciones retribuidas.

Asimismo, el hecho de señalar distintos grupos de población a los efectos de realizar dicho control no implica ninguna discriminación, ni aun cuando se mencionara el grupo en atención a la nacionalidad puesto que ello no supone sino reflejar un rasgo identificador útil para unos mejores resultados en su control y vigilancia de la legalidad en el reconocimiento y disfrute de las prestaciones; no supone otorgar relevancia alguna a la nacionalidad de

¹⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 de enero de 2014 AS 631, STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2013 AS 92297 y 3 de marzo de 2014 AS 1057y STSJ de Madrid de 21 de julio de 2014 AS 2254.

²⁰ STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2014 AS 1609.

²¹ STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2013 AS 3199.

beneficiario y sí solo para la investigación y control administrativo. El uso de esa forma de delimitación de los colectivos para proceder al control no es en sí misma discriminatoria²².

De este modo aglutinando todos los posibles supuestos y sus consecuencias, nos podemos encontrar ante:

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

b) una prestación “extinguida”, con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”, es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c) una prestación “suspendida” en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625 985 (redacción RD 200/2006) y ahora en el art. 212.1 f) 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 siempre que *esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. Si bien, como se puede observar en este último caso, respecto al periodo de 15 días, donde sólo se requiere la comunicación al Servicio Público de Empleo, aquí se requiere además la autorización del mismo. De lo contrario la estancia estaría injustificada y lo percibido tendría el carácter de indebido y, por lo tanto, reintegrable.*

Cabe recordar finalmente que las causas de suspensión y extinción de la prestación por desempleo contributiva, son aplicables, de conformidad con el art. 219 de la LGSS, asimismo, a los subsidios por desempleo del nivel no contributivo.

Criterio que se mantiene asimismo para las prestaciones de Renta Activa de Inserción²³. Si bien, en el caso de las RAI el periodo de suspensión para la búsqueda o realización de trabajo, formación o cooperación internacional sigue siendo de seis meses²⁴.

4. LA SOLUCIÓN DE LA LEY 1/2014

Ahora bien, como señala la doctrina²⁵, se podía entender que la antigua regulación del supuesto en el art. 6 del RD 625/1985 era un exceso de la normativa reglamentaria, en tanto

²² STC 126/1986 de 28 de octubre.

²³ STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2013 JUR 197187 y 11 de junio de 2014 JUR 224316.

²⁴ Art. 9.3 del RD 1369/2006.

²⁵ ÁLVAREZ CORTES, 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*, Revista Temas Laborales, nº. 124, 2014, págs. 255-258.

y en cuanto además de desarrollar sanciones previamente establecidas por Ley, esto es especificando, determinando o precisando los supuestos en que se producía la extinción de la prestación, fue más allá en un claro exceso de la norma reglamentaria, al establecer supuestos que producían la suspensión de la prestación y que no se contenían en la norma legal. Vulnerando de forma meridiana los principios de legalidad y tipicidad de los arts. 25 y 53 de la CE.

Por ello, aun cuando paradójicamente este problema no se había puesto de manifiesto con anterioridad por parte de la jurisprudencia, no obstante, el legislador vino a promulgar 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, dando nueva redacción a las letras f) y g) del art. 212 de la LGSS, para recoger expresamente estos supuestos de suspensión que habían sido creados por la jurisprudencia. Así, ahora, los citados preceptos establecen como causas de suspensión de la prestación:

En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

En 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.

Entre dichas obligaciones, a los efectos que ahora nos interesan, se encuentran:

b) Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones y comunicar a los Servicios Públicos de Empleo autonómicos y al Servicio Público de Empleo Estatal, el domicilio y, en su caso, el cambio del domicilio, facilitado a efectos de notificaciones, en el momento en que éste se produzca.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando no quedara garantizada la recepción de las comunicaciones en el domicilio facilitado por el solicitante o beneficiario de las prestaciones, éste estará obligado a proporcionar a los Servicios Públicos de Empleo autonómicos y al Servicio Público de Empleo Estatal los datos que precisen para que la comunicación se pueda realizar por medios electrónicos.

c) Participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por dichas agencias.

d) Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos.

e) 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.

f) Reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas.

g) Devolver a los servicios públicos de empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos.

h) Inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción y cumplir las exigencias del compromiso de actividad en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

i) Buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción.

Los beneficiarios de prestaciones acreditarán ante al Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, cuando sean requeridos para ello, las actuaciones que han efectuado dirigidas a la búsqueda activa de empleo, su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. Esta acreditación se efectuará en la forma en que estos organismos determinen en el marco de la mutua colaboración. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad.

Sin perjuicio de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad que se correspondan con su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en el itinerario de inserción será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los treinta primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores.

Finalmente, como se puede observar, ahora se exige expresamente la obligación del beneficiario de comunicar a la entidad gestora la salida y, además, que ésta la autorice. Por lo tanto, al hacer referencia a la entidad gestora, el competente a efectos de comunicaciones y autorizaciones en estos casos será el servicio público de empleo estatal y no el autonómico.

5. CONCLUSIONES

En consecuencia, podemos concluir destacando que:

Si la salida es ocasional, por un tiempo máximo acumulado de 15 días naturales dentro de cada año natural, la prestación se mantiene. Además, a diferencia de los demás casos, en este supuesto, no se establece expresamente la obligación de comunicar la salida a

la Oficina Pública de Empleo, ni mucho menos de recabar previamente su autorización. Simplemente se mantiene el deber del beneficiario de seguir cumpliendo con las obligaciones del art. 231 de la LGSS, que además se pueden realizar, por el breve lapso de tiempo en cuestión, por medios electrónicos. Esto es así, porque se crea para el beneficiario una especie de permiso retribuido para asuntos familiares o vacaciones retribuidas para atender a cuestiones personales, de 15 días al año, durante las cuales no tienen que dar explicaciones ni pedir autorización. Lo cual se podría considerar como una fuente de discriminación indirecta para beneficiarios nacionales, frente a los extranjeros, ya que los primeros no tendrán por regla general familiares o asuntos personales o económicos en el extranjero que atender y, por lo tanto, difícilmente podrán aprovecharse de este permiso, resultando difícil que un parado simplemente se vaya de vacaciones al extranjero durante 15 días y más en los tiempos que corren. En cualquier caso, sería conveniente que se comunique al Servicio Público de Empleo, aunque dicha comunicación podría ser “a posterior”, a efectos de control y sobre todo para saber que ya ha disfrutado de este periodo excepcional.

Si se trata de una estancia en el extranjero por un periodo continuado o no, superior a 15 días y hasta 90 días naturales, como máximo, dentro de cada año natural, la prestación se suspende, siempre que se haya comunicado previamente al servicio público de empleo y haya sido autorizado por éste. Aquí ya se contempla expresamente ahora, tanto la comunicación, como la autorización del SPE. Es de señalar que la normativa habla expresamente de entidad gestora de la prestación. Luego el competente para autorizar dichas salidas será el Servicio Público de Empleo Estatal y no los servicios públicos de empleo autonómicos correspondientes. Lo habitual será que se exija la comunicación y autorización previa a la salida. No obstante, cuando se deba a causas perentorias e imprevistas, como por ejemplo accidente grave de un familiar, se podrá comunicar y autorizar de forma sobrevenida, estando ya desplazado el beneficiario, siempre que, efectivamente, se demuestre el caso de fuerza mayor. De lo contrario, de no existir causas perentorias de fuerza mayor, a pesar de ser un desplazamiento inferior de 90 días, se perderán los días de prestación durante los cuales el beneficiario hubiera estado desplazado sin autorización. Pero sólo los días coincidentes con el desplazamiento no autorizado. En consecuencia, si al regresar a España todavía le quedasen días de prestación por disfrutar, una vez descontados los coincidentes con la salida al extranjero no autorizada, podrá seguir disfrutando de la prestación.

Por un periodo superior a 90 días, sólo se considera causa de suspensión del abono de la prestación en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario acredite que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea. Se puede reanudar la prestación una vez retornado el beneficiario siempre que se inscriba como demandante de empleo y solicite la reanudación de la prestación dentro del plazo de 15 días desde la fecha efectiva del retorno y se acredite efectivamente que el motivo de la salida responde a las causas señaladas. En este sentido, estas causas se acreditarán de la siguiente forma:

Cuando el traslado haya sido por búsqueda de empleo: se deberá presentar un documento que acredite la búsqueda de empleo, incluyendo el certificado de haber estado inscrito en los servicios de empleo del país correspondiente.

Cuando el traslado sea debido al desempeño de un trabajo en un país extranjero: se deberá presentar el formulario U1 o, en su caso, el E-301 cumplimentado por el organismo competente del país de la UE/EEE/Suiza o los certificados expedidos por las áreas y dependencias provinciales correspondientes de las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno que corresponda, si la colocación tuvo lugar en países fuera del ámbito de la UE/EEE/Suiza.

Cuando el traslado traiga su causa en el perfeccionamiento profesional o la cooperación internacional: Se deberá presentar un certificado del centro oficial de formación o certificado de la organización de cooperación internacional con la que ha colaborado.

Ahora bien, como ya hemos señalado, el criterio mantenido por la jurisprudencia y ahora formalizado en la LGSS, tras la Ley 1/2014, responde a una concepción clásica de la contingencia por desempleo. Desde la cual se entiende que la situación de paro o desempleo de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida a un determinado ámbito geográfico: El mercado de trabajo español. Ya que se entiende que, fuera del ámbito del mercado de trabajo español, las entidades gestoras de los servicios públicos de empleo no tienen facultad para cumplir con sus funciones: de una parte facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y de otra parte, controlar la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo). Control que sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación²⁶.

Sin embargo, dicho concepto queda ya algo desfasado y anticuado y no se corresponde con la realidad, en pleno siglo 21, donde la mayoría de las gestiones se pueden realizar vía internet, on-line, precisamente a través de la Sede Electrónica del SPE. De tal forma que se puede, a través de medios electrónicos, recibir citaciones, renovar la demanda de empleo, buscar ofertas de empleo, recibir ofertas de empleo, remitir tu Currículum a empresas, publicar anuncios y responder a los mismos y gestionar las candidaturas a ofertas a través de la agenda.

Por ello presuponer que porque el beneficiario esté desplazado en otro país no se puede llevar a cabo las funciones de buscar trabajo y comprobar el cumplimiento de los requisitos que justifiquen la necesidad de continuar la protección, es simplemente sancionar hechos que todavía no han ocurrido, sino que se presuponen que ocurrirán, esto es, que el beneficiario no podrá acudir a una cita o una entrevista de trabajo (cuando hoy día hay vuelos “low-cost” mediante los cuales el beneficiario puede retornar a España en cuestión de horas y a precios muy económicos que posibilitarían acudir a un requerimiento o a una entrevista de trabajo a pesar de estar desplazado en otro país). Esto suponiendo que el SPE le haga llegar ofertas. Además, en el caso de no acudir a la cita o la entrevista de trabajo, la

²⁶ STS de 17 de enero de 2012 JUR 2446/2011.

propia LISOS lo sanciona con la suspensión o pérdida de parte de la prestación, pero no con la extinción. Por ejemplo, rechazo de oferta de empleo adecuado, es necesario que se rechacen tres para que se produzca la extinción de la prestación. Por lo tanto, se estaría sancionando la mera estancia fuera del país, por un tiempo superior a 90 días, con una sanción más grave que el incumplimiento de las propias obligaciones que dicha estancia, supuestamente pudiera impedir.

Además, cabe recordar ahora que, la *falta de comparecencia* del interesado ante la Entidad Gestora con motivo de un *control de presencia* no es constitutiva de infracción alguna que pueda dar lugar a la extinción de la prestación. El artículo 231.1 d) de la Ley General de la Seguridad Social obliga a los beneficiarios de prestaciones de desempleo a comparecer en las oficinas de la Entidad Gestora cuando sean requeridos para ello. A tales efectos, el requerimiento de comparecencia deberá ser legal y para ello se exige que tenga una causa legítima, esto es, un objeto, que es requisito esencial de todo acto, para actividades de orientación, reinserción o formación profesional o para la atención de ofertas de empleo. De lo contrario, si sólo se trata de un control de presencia, una comparecencia como una forma de “fichar” del beneficiario, esto es, como una medida cautelar, se trataría de una limitación de la libertad personal que carecería de causa y por tanto de legalidad y que no podría acarrear sanción alguna²⁷.

Por todo ello, sin dejar de reconocer que, obviamente sería necesario que el beneficiario estuviera inscrito en los distintos servicios públicos de empleo de los distintos países en que estuviera desplazado, para posibilitar las distintas actuaciones de coordinación que fueran necesarias, no obstante, en la actualidad, no se justifica que una estancia superior de 90 días, siempre comunicada, suponga la extinción de la prestación, pues esto es contrario al principio de libertad de circulación de los ciudadanos de la UE y, como hemos destacado, desproporcionado, en tanto y en cuanto se sanciona de forma más severa la mera salida del país del beneficiario, con la extinción definitiva de la prestación, que el propio incumplimiento de las obligaciones del beneficiario que permanece en el país, sólo con la suspensión o pérdida de parte de la prestación. Tampoco pone de manifiesto la voluntad del beneficiario de cambiar de residencia, esto es, trasladarse, que en todo caso debería probarse por los servicios públicos de empleo.

²⁷ STSJ de León/Valladolid de 30 de junio de 2011 JUR 1192.