

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 452/2014, de 2 de junio de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1595/2013

SUMARIO:

La protección por desempleo. Beneficiario de la prestación que sale del territorio nacional (52 días) sin comunicarlo a la entidad gestora, siendo sancionado por esta con la extinción y la devolución de lo indebidamente percibido. En este supuesto la prestación se mantiene suspendida, debiendo limitarse el cobro de lo indebido a la duración de la estancia en el extranjero. **Voto particular.** El SPEE acepta la doctrina de la jurisprudencia conforme a la cual se tiene derecho a la suspensión de la prestación y no la extinción cuando la salida es superior a 15 días, pero rige la obligación de comunicar esa suspensión. La omisión de dicha obligación está tipificada como infracción grave sancionable con la extinción.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 213.1 g).

PONENTE:

Doña Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

Magistrados:

Don BENEDICTO CEA AYALA
Doña EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA
Don ENRIQUE JUANES FRAGA

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

NIG : 28.079.44.4-2012/0022241

Procedimiento Recurso de Suplicación 1595/2013

ORIGEN:

Juzgado de lo Social n.º 38 de Madrid Seguridad social 526/2012

Materia : Materias Seguridad Social

RECURRENTE/S: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

RECURRIDO/S: DON Juan

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a dos de junio de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON BENEDICTO CEA AYALA, D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A n.º 452

En el recurso de suplicación n.º 1595/13 interpuesto por el Letrado del ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación de SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 38 de los de MADRID, de fecha 18 DE ENERO DE 2013, ha sido Ponente el Ilmo Sr. D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Que según consta en los autos n.º 526/12 del Juzgado de lo Social n.º 38 de los de Madrid, se presentó demanda por D. Juan contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL en reclamación de PRESTACION POR DESEMPLEO, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en 18 de enero de 2013, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda de D. Juan y revocando la resolución recurrida, declaro su derecho a no reintegrar la suma de 7.356,63 euros por el período comprendido entre el 14 de septiembre de 2010 y el 30 de noviembre de 2011, condenando al Servicio Público de Empleo Estatal a estar y pasar por dicha declaración".

Segundo.

En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

PRIMERO. Por resolución de 7 de febrero de 2010, el Servicio Público de Empleo dictó resolución, extinguiendo el derecho a la prestación y declarando indebido el cobro de 7.356,63 E por el período comprendido entre el 14 de septiembre de 2010 y el 30 de noviembre de 2011, motivado en la salida al extranjero el 14 de septiembre de 2010, incumpliendo los requisitos del art único tres del RD 200/2006.

SEGUNDO. El 14 de septiembre de 2010 el actor marchó a su país, Marruecos, sin comunicar su salida al Servicio Público de Empleo, regresando el 29 de octubre de 2010.

TERCERO. La esposa del actor reside en Tetuán, Marruecos y sufre una cardiopatía, según refleja la documental que ha sido reconocida.

CUARTO. Se ha agotado la vía administrativa.

Tercero.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 28 de mayo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Contra la sentencia del Juzgado de lo Social que estimando la demanda revoca la Resolución del S.P.E.E. de fecha 7 de febrero de 2012 en la que se acuerda declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo en cuantía de 7356,63 euros correspondiente al periodo comprendido entre 14 de septiembre de 2010 y el 30 de noviembre de 2011 motivado por la salida al extranjero en 14 de septiembre de 2010 incumpliendo los requisitos del artículo único. Tres del Real Decreto 200/2006, habiendo generado cobro indebido, y la extinción de las prestaciones por desempleo, en aplicación de lo dispuesto en el n.º 3, del artículo 25 y los números 1. b) y 3 del artículo 47 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, recurre en suplicación la Letrada sustituta de la Abogacía del Estado para la defensa y representación de un juicio del Servicio Público de Empleo Estatal que viene a

desarrollar a través de dos motivos, destinado el primero de ellos a revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales practicadas y el segundo de los motivos al examen del derecho aplicado en la sentencia censurada amparándolos respectiva y adecuadamente en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

En el primero de los motivos se interesa la modificación del hecho probado primero y la adición al mismo del siguiente texto:

"... Extinción del derecho por no comunicar la pérdida de los requisitos para su percepción, habiendo generado cobro indebido. La salida al extranjero incumpliendo los requisitos del artículo único tres del R.D. 200/2006 extingue el derecho a las prestaciones", con apoyo en la Resolución Administrativa unida a los folios 32 y 33 de autos de los que se deduce la modificación interesada, si bien se ha de precisar que en cuanto a la fecha de la Resolución existe un error en el hecho probado primero de la sentencia siendo la correcta la de 7 de febrero de 2012, en tal sentido procede también su modificación.

Pretende el recurso en segundo término, la modificación del hecho probado segundo proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"el actor viajó a Marruecos en cuatro ocasiones tal y como reconoce en su demanda. La primera del 14 de septiembre de 2010 al 6 de octubre de 2010 por un período de 21 días. La segunda del 24 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2010 por un período de cinco días. La tercera, de 6 de diciembre de 2010 al 18 de diciembre de 2010 por un período de 12 días. La cuarta del 16 de junio de 2011 al 30 de junio de 2011 por un periodo de 14 días. Es decir, un total de 21 días fuera de España en la primera salida, y 31 días en las tres salidas posteriores", cuyos hechos, fueron alegados por el demandante en la demanda, convirtiéndose así en un hecho conforme que debe tener acogida en el relato fáctico.

Segundo.

Se denuncia por el Servicio Público de Empleo Estatal la infracción, por no aplicación, de los artículos 25.3 y 47.1.b) y 3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y del artículo 231.1 e) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985 de 2 de abril, en la redacción dada al mismo por el artículo Único. Tres del Real Decreto 200/2006.

La sentencia de instancia estima la demanda y revoca la resolución administrativa bajo el argumento de que la salida del territorio español por el actor por un período de 26 días naturales no tiene la consideración de traslado de residencia cuya falta de notificación de lugar, conforme al artículo 47.1.b) de la LISOS a la extinción de la prestación, además la salida por tiempo superior a 15 días no fue por cambio de residencia sino por una causa justificada y finalmente cita la STS de 18 de octubre de 2012, dictada en recurso 4325/2011 .

El recurso sostiene que al haber salido al extranjero el actor por un periodo superior a 15 días sin comunicación y sin autorización del SPEE, está tipificado como infracción grave en el artículo 25 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por no comunicar, salvo causa justificada, las bajas de las prestaciones en el momento que se produzcan las situaciones de suspensión sin tener derecho o se dejen de reunir los requisitos para su percepción cuando por dicha causa se haya percibido indebidamente la prestación lo que se sanciona con la extinción de la prestación, así como la devolución de las cantidades indebidamente percibidas .

La Sala Cuarta ha sentado doctrina ya unificada sobre la materia que aquí nos ocupa, comprensiva de los supuestos en los que se producen salidas fuera del territorio nacional de perceptores de prestaciones por desempleo sin comunicar tal hecho a la Entidad Gestora. Tal doctrina se concreta, entre otras, en Sentencias del Alto Tribunal de 18 de octubre de 2012 (Rcud.4325/11), 23 de octubre de 2012 (Rcud. 3229/11) y 24 de octubre de 2012 (Rcud. 4478/2011). Analiza la Sala Cuarta las disposiciones legales a tener en cuenta en la decisión de los casos litigiosos considerados, citando expresamente:

1- Artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Este precepto "contiene la definición clásica de la contingencia de desempleo, que con variaciones secundarias se remonta entre nosotros a los años sesenta del siglo pasado; a saber: situación "en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su ocupación o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo" .Dicha situación de paro o desempleo de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida a un determinado ámbito geográfico: el mercado de trabajo español. El ámbito del mercado de trabajo español coincide con el campo de actuación de las entidades gestoras y de los servicios de empleo, organismos públicos que de una parte pueden facilitar la reincorporación del beneficiario a la situación de ocupado, y de otra parte, en términos de nuestra sentencia precedente de 17-1-2012 (rcud 2446/2011), controlan "la subsistencia de los requisitos que justifican la protección por desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo)"; control que, como dice la

propia sentencia, "sólo resulta posible si se reside en el territorio nacional o si, estando fuera de él, se establecen medidas específicas a través de normas internacionales de coordinación".

2- Artículo 213.1.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".

3- Artículo 231.1 LGSS, que incluye entre las "obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo:...b) proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones;...e) solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones".

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

5- Artículo 64 del Reglamento Comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 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)).

Tras analizar los problemas de interpretación que dichas normas suscitan, y en concreto: "1.º) la precisión del concepto de "traslado de residencia" al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS, como causa de extinción de la prestación de desempleo; 2.º) 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; 3.º) 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 4.º) la verificación del impacto posible de circunstancias sobrevenidas sobre el cumplimiento de las obligaciones de un lado de información o comunicación a la entidad gestora, y de otro lado de presencia en el territorio (y en el mercado de trabajo) español, sienta las siguientes conclusiones:

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 justificada 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. 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, en cuanto que se trata de una libranza anual cuya existencia debe conocer la entidad gestora por su posible incidencia en la gestión de posibles efectos de empleo y/o formación dirigidas al beneficiario. Es de notar, además, que la estancia fuera del territorio nacional en período laborable no comunicada a la Administración responsable coloca al beneficiario en una situación de no disponibilidad que no, resulta compatible con la definición de la situación de necesidad protegida. El mencionado artículo 231.1 LGSS se refiere a esta obligación de comunicación previa o inmediata al decir que las solicitudes o informaciones relevantes sobre protección del desempleo han de tener lugar "en el momento de la producción de dichas situaciones", momento que se actualiza cuando existe un concreto programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de los servicios públicos de empleo y de la Administración de la Seguridad Social española. Por otra parte, la finalidad de la disposición lo exige también así: si no hay comunicación por anticipado (o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa), no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la

prestación; entre ellos, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo.

De acuerdo con el mismo precepto legal, las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora. Este deber de comunicación inmediata (y posterior documentación) de estancias más prolongadas en el extranjero por circunstancias sobrevenidas tiene su razón de ser en que las mismas afectan, al igual que ocurre con la salida o desplazamiento al extranjero, a la disponibilidad para actividades formativas o de trabajo en España. Un dato más sobre el alcance subjetivo de la norma legal del artículo 231.1 LGSS y de la norma reglamentaria del artículo 6.3 RD 625/19845 conviene tener en cuenta en la decisión de esta clase de casos litigiosos: la obligación de información por anticipado del desplazamiento o salida al extranjero se extiende tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles. Los medios de información a utilizar por los beneficiarios de las prestaciones de desempleo para el cumplimiento de los deberes señalados serán los habituales en las relaciones de los administrados con el Servicio Público de Empleo Estatal y con las entidades gestoras de Seguridad Social. Entre ellos se incluyen los medios informáticos o electrónicos previstos en la legislación española.

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

Y así, siguiendo la técnica de la Sentencia de 22 de noviembre de 2011 (Rcud. 4065/2010), se distinguen "tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación "mantenida", prestación "suspendida" y prestación "extinguida". De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores nos encontramos ante:

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

b. una prestación "extinguida", salvo el supuesto particular que se indica a continuación, en los casos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c. una prestación "suspendida " en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006 EDL 2006/6215) 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 beneficiario de la prestación de desempleo fuera del mercado de trabajo español.

Pues bien el presente supuesto el trabajador se trasladó a Marruecos y según se recoge en el Hecho Probado segundo, tal y como ha quedado concretado en vía de recurso abandono España, viajó a Marruecos en cuatro ocasiones. La primera del 14 de septiembre de 2010 al 6 de octubre de 2010 por un período de 21 días. La segunda del 24 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2010 por un período de cinco días. La tercera, de 6 de diciembre de 2010 al 18 de diciembre de 2010 por un período de 12 días. La cuarta del 16 de junio de 2011 al 30 de junio de 2011 por un periodo de 14 días. Es decir, un total de 21 días fuera de España en la primera salida, y 31 días en las tres salidas posteriores. Por lo tanto no estaríamos ante un supuesto de extinción conforme la jurisprudencia antes citada sino ante un supuesto de suspensión de la prestación y no de pérdida puesto que la jurisprudencia excluye la extinción sancionadora en estos supuestos.

Por otra parte, la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2012, Recurso 3229/2011, viene a aclarar el alcance del efecto suspensivo de la prestación, dado que, como se desprende de la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión de una prestación de desempleo puede tener un doble efecto, respetar el tiempo de duración de la prestación aunque trasladándolo a otro momento posterior o tener por perdido el tiempo afectado por la suspensión; pues bien, en esa sentencia y respecto de estas reglas que la jurisprudencia expone, se aclara el alcance del efecto suspensión que aprecia diciendo que "... porque esa causa de suspensión, como vimos, al no estar expresamente prevista en el art. 212 LGSS, aunque responda a una misma razón común, no debe tener la misma consecuencia contemplada para otras causas de suspensión (art. 212.2: "... supondrá la interrupción del abono (de la prestación)... y no afectará al período de su percepción...", salvo que obedeciera a una sanción en los términos de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) sino, como igualmente dijimos más arriba, la pérdida de la prestación correspondiente a los días de exceso de la estancia en el extranjero ".

La aplicación de esta doctrina al caso que ha resuelto la sentencia de instancia en el que el trabajador perceptor de las prestaciones de desempleo se ausentó del territorio español un total de 52 días, comunicándole el SPEE la extinción de la prestación, así como la percepción indebida de 7356,63 euros por el periodo transcurrido fuera del territorio español no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiese corresponderle por el agotamiento del derecho extinguido, debe conducir a calificar el supuesto como de prestación suspendida, limitando el cobro de lo indebido a la duración de la estancia en el extranjero.

No cabe en este caso la aplicación de los artículos 25.3 y 47 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y ello porque nos hallamos ante un supuesto concreto y específico de extinción de la prestación contemplado en el artículo 213.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social desarrollado por el Real Decreto 625/1985, "que contiene el Reglamento de la Protección por Desempleo, al que remite la LGSS. Su artículo 6.3 (redacción RD 200/2006) y artículo 64 del Reglamento Comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 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)) preceptos estos que han sido interpretados por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS tal y como se ha expuesto. El supuesto es diferente al contemplado en el artículo 213.1.c) que contempla como causa de extinción de la prestación la imposición de sanciones en los términos previstos en la LISOS .

Así lo ha resuelto esta Sección de Sala en sentencia de 12 de mayo de 2014, en el recurso 253/14, que resuelve un caso semejante al que ahora nos ocupa.

En consecuencia, el demandante ha incurrido en causa de suspensión de la prestación por el periodo que ha permanecido sin autorización en el extranjero que abarca el total de ausencia y estancia en su país antes indicado (del 14 de septiembre de 2010 al 6 de octubre de 2010 por un periodo de 21 días. La segunda del 24 de octubre de 2010 al 29 de octubre de 2010 por un periodo de cinco días. La tercera, de 6 de diciembre de 2010 al 18 de diciembre de 2010 por un periodo de 12 días. La cuarta del 16 de junio de 2011 al 30 de junio de 2011 por un periodo de 14 días. Es decir, un total de 21 días fuera de España en la primera salida, y 31 días en las tres salidas posteriores. Por lo tanto no estaríamos ante un supuesto de extinción) y afecta al periodo de prestación por desempleo que le fue reconocida debiendo reintegrar lo indebidamente percibido durante ese periodo. Al no haberlo entendido así el Magistrado de instancia procede la estimación en parte del recurso y revocar en parte la sentencia recurrida. Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos, en parte, el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada sustituta del Abogado del Estado para la defensa y representación del juicio del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia de fecha 18 DE ENERO DE 2013, dictada por JDO DE LO SOCIAL núm. 38 de MADRID en sus autos número 526/2012, seguidos a instancia de Juan frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en materia de DESEMPLEO, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social y, en consecuencia, estimamos, en parte, la demanda formulada declaramos indebidamente percibidas únicamente las prestaciones de desempleo correspondientes a los periodos de tiempo en los que el actor ha viajado a Marruecos, suspendiendo la prestación durante los mismos. Y debemos condenar y condenamos al SPEE a estar y pasar por esta declaración. Sin hacer expresa declaración de condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c n.º 2870 0000 00 1595/2013 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel n.º 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta

bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 1595/13), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACION -Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día

por el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. ENRIQUE JUANES FRAGA

De conformidad con lo dispuesto en el art. 260 de la LOPJ, formulo voto particular para mantener la postura que sostuve en la deliberación del presente recurso, en el sentido de que debía estimarse el recurso del SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO y revocarse la sentencia de instancia, absolviendo de la demanda a la entidad recurrente, con base en los siguientes argumentos, y compartiendo con la resolución mayoritaria la estimación de los dos motivos de revisión fáctica:

Primero- El presente supuesto litigioso es diferente al examinado por las sentencias del TS de 18-10-12, 30-10-12, 20-1-14 y la más reciente de 27-3-14 . En todas ellas se trata de resoluciones de la entidad gestora de la prestación de desempleo que acuerdan la extinción de la prestación con base en el hecho de la ausencia del beneficiario del territorio español, como supuesto que la entidad consideraba incluido en el art. 6.3 del RD 625/85 modificado por RD 200/06, precepto regulador de la suspensión y extinción del derecho dentro de la dinámica normal de la prestación, que está sujeta a causas que afectan a su percepción temporalmente o determinan su finalización. Lo que dicha jurisprudencia resuelve es en qué situaciones puede hallarse la prestación en función de la ausencia del beneficiario del territorio español, en el plano sustantivo de la gestión de la prestación. Se distingue así la prestación mantenida (hasta quince días de ausencia siempre que se haya comunicado a la entidad) suspendida (hasta quince días si no se ha comunicado, y de 16 a 90 se haya comunicado o no) y extinguida (más de noventa días de ausencia, siendo ya indiferente la comunicación). En cambio en el actual proceso la resolución del SPEE ya no se basa en considerar que la ausencia de más de quince días es un supuesto de extinción, sino que aceptando que conforme a la jurisprudencia citada se tiene derecho a la suspensión de la prestación, rige la obligación de comunicar esa suspensión, y la omisión de esta obligación tiene una consecuencia en el plano sancionador. Se ha de tener presente que el recurso de casación para la unificación de doctrina no solo es extraordinario en cuanto a la exigencia de cita de precepto legal infringido e inaplicación del principio iura novit curia (STS 13-12-02 rec. 1441/02), sino que precisa para su viabilidad el presupuesto de la contradicción entre sentencias. Así, el diferente planteamiento de la resolución administrativa impugnada y de las alegaciones y motivos del recurso implica que no pueda entenderse comprendido en la repetida jurisprudencia algo que no fue objeto de su consideración porque no pudo serlo, debido a las aludidas limitaciones del recurso. Lo que ahora se ventila es una resolución de extinción de la prestación por causa de la sanción impuesta, conforme al art. 213.1.c) LGSS y preceptos de la LISOS, que no fueron abordados por la Sala 4ª del TS en las repetidas sentencias. No debería inducir a confusión que la entidad autora de la resolución sea la misma - el SPEE - pues aun así las resoluciones son de distinta naturaleza, en un caso acordando la extinción de la prestación por una causa legalmente prevista para ello - según el criterio administrativo luego corregido por la jurisprudencia - y en el otro caso, el actual, imponiendo una sanción administrativa de extinción de la prestación, para lo que es competente la misma entidad que gestiona la prestación.

Segundo - Sí se recoge en las sentencias del TS lo relativo a la obligación de comunicación de las ausencias, fundamentalmente para distinguir la ausencia de hasta quince días comunicada - que implica el mantenimiento de la prestación - de la no comunicada - que conlleva la suspensión - pero en el caso de la ausencia entre 16 y 90 días, desde el punto de vista de la dinámica de la prestación, se produce un supuesto de suspensión, tanto si se comunica la ausencia a la entidad como si no se cumple esta obligación. Pero en el plano sancionador, esta omisión puede implicar la diferente consecuencia que en el actual proceso se analiza, que es la extinción de la prestación.

Es verdad que el TS recoge alguna referencia al derecho sancionador, cuando declara (sentencia de 30-10-12):

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

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

Sin embargo se trata a mi juicio de un obiter dicta, que opera como una advertencia o admonición para los supuestos - no el resuelto por la sentencia - en que se haga uso del derecho sancionador, exhortando a que se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad en su aplicación.

Tercero. - La sentencia de instancia debería ser revocada por aplicación de los arts. 25.3 y 47.1.b) y 3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social y del art. 213.1.c) de la LGSS . La falta de comunicación a la entidad gestora de la prestación por desempleo de un supuesto de suspensión de dicha prestación constituye, conforme a los preceptos citados, una falta grave que se sanciona con la pérdida de la prestación. Aun teniendo presente el cambio de criterio jurisprudencial de las sentencias del TS de 22-11-11 y 18-1-12, por el nuevo ahora sentado en las de fecha 18 y 30-10-12 y las otras ya citadas, en el presente litigio el SPEE ya no aduce una causa de extinción por traslado de residencia al extranjero, por la salida de España por un período superior a 15 e inferior a 90 días, sino el incumplimiento por el beneficiario de la obligación legal de comunicar una situación de suspensión, lo cual está tipificado como infracción grave, por lo que se ha de confirmar la sanción impuesta. El beneficiario se ha ausentado en varios períodos totalizando 52 días. Pero el art. 25.3 LISOS establece como infracción grave de los trabajadores "no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho". Y el art. 47.1.b) LISOS con remisión al art. 25.3 determina como sanción la de extinción de la prestación. Por lo tanto, si desde un punto de vista sustantivo, la ausencia por tiempo no superior a 90 días se considera un caso de suspensión de la prestación - y aquí se detienen los pronunciamientos jurisprudenciales, no habiéndose planteado más cuestiones - con arreglo a la normativa sancionadora hay que singularizar la ausencia por dicho período que no ha sido comunicada debidamente, porque en tal caso se incurre en infracción grave sancionable con la extinción de la prestación. No consta, por último, ninguna circunstancia relativizadora de la obligación de efectuar la comunicación, en las diferentes ocasiones en que el trabajador se ausentó del territorio español. Al respecto, el único dato que consta en los hechos probados de la sentencia aquí recurrida es que la esposa del actor sufre una cardiopatía, pero esta circunstancia escueta no tiene relevancia en relación con el incumplimiento de la obligación de comunicar la ausencia.

Cuarto. - Cabe añadir para mayor claridad las siguientes precisiones. En cuanto a la competencia sancionadora de la Dirección Provincial del SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO, deriva de lo dispuesto en el art. 48.5 de la LISOS en concordancia con el art. 37 del RD 928/98 . Por lo que se refiere al procedimiento sancionador, el expediente previo que exigen los arts. 51 y siguientes de la LISOS se ha tramitado conforme a lo dispuesto en los arts. 2 y 37 bis del RD 928/98 sin que sea necesaria la actuación preliminar de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando el expediente se inicie como resultado de los antecedentes o datos obrantes en la entidad gestora, como establecen los arts. 4.1 y 37 bis del RD 928/98 . Por fin, en cuanto al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas a partir de la fecha de la extinción de la prestación, viene amparada por el art. 47.3 LISOS, según el cual las sanciones impuestas se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades percibidas, correspondiendo al propio SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO la exigencia de tal devolución con arreglo al art. 227 de la LGSS en relación con el art. 33 del RD 625/85 .

Por lo razonado reitero mi criterio de que procedía la revocación de la sentencia recurrida estimando el recurso del SPEE para absolverlo de la demanda origen de estos autos.

En Madrid a 2 de junio de 2014.

Incorpórese el original del voto particular, junto con la sentencia, al libro de sentencias de esta Sección de Sala.

Así por este mi voto, lo pronuncio, mando y firmo.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.