

**LA CONDICIÓN DE RESIDENCIA COMO CAUSA DE  
SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN  
POR DESEMPLEO: LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA  
JUDICIAL EN EL LEGISLADOR**

*Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013,  
17 de septiembre de 2013 y 23 de octubre de 2013*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS\*

**SUPUESTO DE HECHO:** En las sentencias que se comentan los supuestos de hecho son idénticos, beneficiarios de la protección por desempleo, bien prestación o bien subsidio, que salen al extranjero sin haberlo comunicado de forma previa al Servicio Público de Empleo Estatal. Tras el conocimiento de estos hechos, dicha entidad gestora acuerda, tras el procedimiento correspondiente, extinguir el derecho y declarar como indebida la percepción de prestaciones, solicitando la devolución de las mismas con fecha en el momento que se salió al extranjero.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo consolida en estas sentencias la doctrina emanada de la STS 18 de octubre de 2012 (rcud. 4325/2011), que matiza la mantenida en las precedentes SSTS/IV de 20 de noviembre de 2011 (rcud. 4065/2010) y 17 de enero de 2012 (rcud. 2446/2011), flexibilizando el período de 15 días que establece la norma para entender como perdida la residencia y, por ende, la protección del sistema en casos en los que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo puedan tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios.

\* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**ÍNDICE:**

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO CONDICIONANTE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y COMO BASE DE LA PROHIBICIÓN DE SALIR AL EXTRANJERO
2. LA RESIDENCIA COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SUBSIDIOS POR DESEMPLEO
3. LA CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA A EFECTOS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
  - 4.1. 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.
  - 4.2. Las obligaciones de información o comunicación del desempleado respecto de las ausencias del territorio nacional.
  - 4.3. Sobre el mantenimiento del período de 15 días de “estancia” previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo.
  - 4.4. Circunstancias sobrevenidas sobre el incumplimiento de obligaciones de información y comunicación y sobre la presencia del beneficiario en el territorio y mercado de trabajo español.
5. LA REGULACIÓN ACTUAL TRAS EL RDL 11/2013, DE 2 DE AGOSTO

## **1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO CONDICIONANTE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y COMO BASE DE LA PROHIBICIÓN DE SALIR AL EXTRANJERO**

De todos es conocido que el objeto de la protección por desempleo que otorga el sistema de Seguridad Social va a cubrir a las personas que, pudiendo y “queriendo” trabajar, hayan perdido su empleo (o, en determinadas condiciones, cuando vean reducida su jornada de trabajo).

El “querer” trabajar se ha convertido en un elemento fundamental tanto en el nivel contributivo como en el asistencial de la protección por desempleo.

Ello se refleja de muchas formas en la normativa vigente. De hecho, la acción protectora no sólo supone la obtención de una prestación económica o incluso el abono de cotizaciones a la Seguridad Social, sino también comprende acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional ya que las mismas ahondan en las posibilidades reales de empleabilidad, que pueda tener un desempleado.

Inicialmente se estableció como requisito para acceder a la protección por desempleo el “inscribirse como demandante de empleo” y, por supuesto, el mantenimiento de dicha inscripción durante la percepción de las prestaciones económicas. Pero, a pesar de ser un requisito que actualmente se mantiene (ex art. 207 1 e) de la LGSS) ya no es lo más importante puesto que al haberse entendido como un requisito puramente formal, se ha buscado algo más: la demostración de una actitud real de “querer trabajar”.

Por ello, desde el 2002, con el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo

y mejora de la ocupabilidad, para el acceso a las prestaciones contributivas por desempleo se contempla como requisito adicional, el acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del llamado “compromiso de actividad”<sup>1</sup>. Se trata de un nuevo requisito que exige un plus de actividad en el desempleado, que lo condiciona a tener una actitud determinada y activa en la búsqueda de empleo.

Una declaración de voluntad, de “querer” trabajar, que ha de manifestarse por el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo “de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad”

Ese “querer trabajar” supone buscar de forma activa empleo, como una parte más de un itinerario de inserción o “re-inserción” en el mercado de trabajo y ha de acreditarse ante los Servicios Públicos de Empleo ya que de no se así, se entenderá como incumplido el “compromiso de actividad”.

Más aún, se vincula la existencia de la situación legal de desempleo (requisito, causa o condición determinante de acceso a las prestaciones por desempleo contributivas) al hecho de que el desempleado acredite sus disponibilidad para buscar activamente y para aceptar colocación adecuada.

Junto a ello, la situación de desempleo o paro de personas con capacidad y disponibilidad para el trabajo está referida a un determinado ámbito geográfico: el mercado de trabajo español. Es en este ámbito en el que se mueven los Servicios Públicos de Empleo, nacionales y autonómicos, que controlan la subsistencia de los requisitos para el acceso o mantenimiento de tales prestaciones, fuera de nuestro Estado resulta imposible ese control, salvo que existan normas de Derecho Internacional coordinador específicas, suscritas con el Estado en el que el desempleado beneficiario de prestaciones haya querido establecer su nueva residencia.

## **2. LA RESIDENCIA COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SUBSIDIOS POR DESEMPLEO<sup>2</sup>**

De conformidad con lo dicho anteriormente, es fundamental para la obtención y mantenimiento de las prestaciones y subsidios por desempleo residir en el territorio español.

<sup>1</sup> Al respecto, véanse Mercader Uguina, J. R., “El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance”, RL nº 19, 2003, págs. 109 y sigs o Mella Méndez, L., *El compromiso de actividad del desempleado*, CEF, Madrid, 2005.

<sup>2</sup> Las causas establecidas para la suspensión y extinción de las prestaciones por desempleo en los arts. 212 y 213 de la LGSS, son también de aplicación, ex art. 219.2 de la LGSS a los subsidios por desempleo.

La legislación vigente aplicable a los supuestos de hecho a los que se refieren las sentencias que se comentan era la siguiente: de un lado, el art. 212 de la LGSS no hacía ninguna referencia a la suspensión de las prestaciones en los casos que el beneficiario de las prestaciones económicas saliera al extranjero y, de otro lado, el art. 213 g) de la LGSS señalaba como causa de extinción de las prestaciones por desempleo el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinaran.

Fue el RD 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modificaba el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, el que vino a establecer las reglas de aplicación a los supuestos de salida al extranjero por parte de los beneficiarios de la protección por desempleo.

Así, en la regulación establecida por esta norma, se producía una norma como regla general: el traslado de residencia al extranjero supone la extinción del derecho a las prestaciones económicas.

Y dos excepciones:

a) No tiene consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1 de la LGSS<sup>3</sup>.

b) Se suspende el recibo de prestaciones o subsidios por desempleo en los casos 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, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los Convenios o normas comunitarias.

Una norma imperfecta puesto que no define cuál es el tiempo que ha de entenderse para que una salida al extranjero de un beneficiario de prestaciones por desempleo se convierta en “traslado de residencia”.

Vacío normativo que ha sido cubierto con la doctrina de las sentencias que se comentan.

<sup>3</sup> En dicho artículo se establece como obligaciones de los trabajadores, entre otras, el proporcionar la documentación e información a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones (apartado b) y también el beneficiario ha de 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 e).

### 3. LA CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde la perspectiva internacional, uno de los principios que han fundado históricamente el Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social para la protección de los trabajadores migrantes ha sido el principio de conservación de derechos adquiridos<sup>4</sup>.

En las normas de coordinación internacional se suele prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado puedan beneficiarse de los derechos adquiridos en materia de prestaciones siempre que residan en el territorio de uno de los Estados miembros del convenio o acuerdo internacional en cuestión.

Una vez adquirido el derecho a prestaciones de la Seguridad Social, el trabajador migrante puede querer volver, temporal o definitivamente a su país de origen. La consecuencia lógica derivada del principio de conservación de derechos adquiridos es la posibilidad de que el beneficiario reciba prestaciones en un país distinto al que las abona, esto es, el derecho a la exportación de prestaciones.

En principio, en Derecho Internacional coordinador, las prestaciones no contributivas o asistenciales, financiadas a cargo de fondos públicos (impuestos generales), y que son muestra de la solidaridad de los ciudadanos miembros de una misma sociedad, sólo son abonadas cuando el beneficiario se encuentra residiendo en el país que la concede, aunque hay convenios internacionales que permiten la exportación de las mismas. Lo normal es que sólo se consideren, exportables las prestaciones económicas contributivas, aunque alguna de estas prestaciones, las que no son vitalicias o de larga duración, esto es, los subsidios o prestaciones temporales suelen plantear problemas para su exportación a causa de que suelen exigirse determinados controles en la situación del trabajador para poder ser beneficiarios de las mismas.

En el ámbito comunitario, se permite la exportación temporal de las prestaciones por desempleo. Como indica la sentencia que se comenta, el artículo 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 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.

En el fondo de dicha regulación se encuentra el control del cumplimiento de los deberes del beneficiario de permanecer a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro que abona la prestación. Dicho control, supone el

<sup>4</sup> Sobre el tema, in extenso, vid Álvarez Cortés, J.C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid 2001, págs. 78 y sigs.

poder conocer por la entidad pagadora de la prestación el que se cumplan, por parte del beneficiario, los requisitos necesarios para disfrutar dicha prestación. En tales supuestos se permite el mantenimiento, y exportación de las prestaciones por desempleo, ex art. 64.1. b, durante un período de tres meses a partir de la fecha en que se abandonó el Estado que las abonaba.

Con respecto a las prestaciones y subsidios por desempleo, como se vio anteriormente, el art. 213 g) y 219.2 de la LGSS, que se remite al anterior, y el artículo 6.3 del RD 625/1985 establecen como causa de suspensión o extinción de las prestaciones el traslado de residencia al extranjero. Consecuencia lógica de la necesidad de control que las entidades que gestionan los sistemas de protección del desempleo han de ejercer sobre la situación y disponibilidad del desempleado para su reincorporación al mercado de trabajo. Se producirá suspensión cuando el traslado al extranjero lo sea para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional; en cualquier otro caso, el traslado de residencia al extranjero supondrá la extinción del derecho<sup>5</sup>.

Finalmente, ha de recordarse que aunque han habido diversos planes de retorno voluntario de extranjeros a sus países de origen, ha sido el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre el abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo, el que ha permitido el establecimiento de una modalidad de pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo, en favor de trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen<sup>6</sup>. Dicha capitalización de las prestaciones ha supuesto que en el período 2008-2013 se hayan acogido a dicho programa 12.689 beneficiarios, siendo América Central y Sudamérica las zonas geográficas de mayor repatriación<sup>7</sup>.

#### **4. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA A EFECTOS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO**

En todas las sentencias que se analizan, y que consolidan la doctrina de la STS de 18 de octubre de 2012, el supuesto de hecho es el mismo: trabajador de nacionalidad extranjera que regresa durante un corto período de tiempo a su

<sup>5</sup> Uno de los objetivos de las políticas de empleo es establecer un sistema eficaz de protección en las situaciones de desempleo. Esto es, las políticas activas y pasivas de desempleo se anudan por lo que es claro que la protección por desempleo que dispense el sistema ha de insertarse en la política general del mercado de trabajo. En sentido parecido, Monereo Pérez, J.L. en *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant monografías, Valencia, 1997, pág. 45.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión véase, Sánchez Trigueros, C. y Fernández Collados, B., en “Retorno voluntario de inmigrantes”, *Revista de Trabajo* nº 23, 2010, págs. 137 y sigs.

<sup>7</sup> [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/IntegracionRetorno/Retorno\\_voluntario/datos/2.\\_Retorno\\_voluntario\\_atencion\\_social\\_2009-2013.\\_Anualidades\\_y\\_paises.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/IntegracionRetorno/Retorno_voluntario/datos/2._Retorno_voluntario_atencion_social_2009-2013._Anualidades_y_paises.pdf)

país de origen normalmente por cuestiones familiares.

Frente a todas estas situaciones, el Servicio Público de Empleo Estatal dicta resoluciones por las que se declaran la extinción del derecho reconocido y se solicita la devolución de las prestaciones percibidas indebidamente desde la fecha de la salida del territorio nacional.

En definitiva, el Tribunal Supremo en estas sentencias lo que viene a cuestionar o examinar es la incidencia que en la protección del desempleo tiene la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones (del “nivel contributivo” o del “nivel asistencial”) establecidas en este ámbito de la Seguridad Social.

Al final, el grueso de la argumentación jurídica que viene a realizar el Tribunal Supremo, en estas tres sentencias que se comentan, proviene, por motivos de seguridad jurídica, de los razonamientos de la STS de 18 de octubre de 2012.

Teniendo en cuenta como premisa, de un lado, que la redacción vigente de la legislación en el momento en los que se producen los supuestos de hecho de tales sentencias indicaba que era causa de extinción de la protección por desempleo el “traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”, ex artículo 213.g) LGSS. Y, de otro lado, que el desarrollo reglamentario se produjo en el art. 6.3 del RD 625/1985, en su redacción dada por el RD 200/2006, en los términos que más arriba se apuntaron.

El Tribunal Supremo con dicho marco regulador se plantea la interpretación de cuatro cuestiones controvertidas.

#### **4.1. 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**

Respecto del concepto jurídico de “residencia” a los efectos de la extinción de las prestaciones por desempleo, tras una serie de apreciaciones resalta la “elasticidad” de dicho concepto “mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento”. Aunque, a pesar de ello, en todos estos sectores o ramas del derecho puede detectarse una nota común en las distintas concreciones del concepto que, según el Tribunal Supremo, supone que “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”. Es decir, la residencia comporta una “cierta prolongación temporal”, es algo más que una “estancia”. Lo cierto es que en el ámbito de la protección por desempleo en el que nos movemos, ni la Ley ni el Reglamento, han sabido establecer dónde situar la línea divisoria entre la estancia y la residencia<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Especialmente cuando, desde antiguo, ni la doctrina científica ni la doctrina de los tribunales se han puesto de acuerdo en esta cuestión, vid, Cabeza Pereiro, J., en *La extinción del desempleo*, Comares, Granada, 1997, págs. 120 y sigs.

Es necesario cubrir dicho vacío normativo y así lo hace el Tribunal Supremo. Por ello, en aplicación de criterios de interpretación sistemática, para cubrir la laguna de regulación utiliza la legislación de extranjería, que distingue la residencia temporal de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia, ex artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería<sup>9</sup>.

#### **4.2. Las obligaciones de información o comunicación del desempleado respecto de las ausencias del territorio nacional**

La segunda cuestión en la que se entretiene el Tribunal Supremo es respecto de la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero (o nacional) de las ausencias del territorio español.

Según el artículo 231.1 LGSS, la entidad gestora o los servicios de empleo han de recibir la comunicación, previa a la salida del extranjero o “en el momento de la producción de dichas situaciones”, del beneficiario de prestaciones de desempleo. Y ello porque dicha situación puede afectar a su disponibilidad efectiva para actividades formativas o para ocupaciones en el mercado de trabajo español. La comunicación podrá serlo, evidentemente, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido los telemáticos, informáticos o electrónicos previstos por la legislación nacional.

Este deber de comunicación previa, no sólo es para la estancia con un máximo de quince días de duración al año prevista en el artículo 6.3 del RD 625/1985, sino para cualquier salida del territorio nacional. Entiende el Tribunal Supremo que 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.

La finalidad de la comunicación o información por anticipado o “inmediata” a los Servicios Públicos de Empleo es que, a causa de la existencia de un programa de viaje que coloca al beneficiario fuera de la órbita de actuación de tal entidad gestora, no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación: especialmente, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español. Esto es, la demostración del “querer” trabajar que ha de tener cualquier desempleado beneficiario de la protección por desempleo, contributiva o asistencial.

<sup>9</sup> Con esta interpretación se viene a rectificar la posición de otras sentencias anteriores de la misma sala del TS de 22 de noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012, en las que se indicaba que sí existía traslado de residencia por período de residencia superiores a 15 días naturales, aunque en su excusa el propio Tribunal indica que el signo de las decisiones de fondo en los asuntos ya resueltos en las referidas no variaría, al ser casos de extinción de la prestación por ausencia efectiva del mercado de trabajo español por tiempo superior a 90 días.

Inciendo en ello, y abundando en el art. 231.1 de la LGSS, también interpreta el Tribunal Supremo que 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 (y posteriormente justificadas documentalmente), ya que al igual que en la situación anterior, esta prolongación sustrae al beneficiario de sus obligaciones que muestren su interés por insertarse o “re-insertarse” en el mercado de trabajo español.

Por ello, el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento de las obligaciones de comunicar “*ex ante* (para la salida programada) o inmediatamente *ex post* (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal (baja) de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada”. Ello lleva consigo la devolución, por indebidas, de las prestaciones por desempleo que se correspondieran con todos los días de estancia no comunicada en el extranjero si hubo incumplimiento de la obligación de comunicar dicha salida del territorio nacional. Y en caso de que se hubiera dicha comunicación pero se produjera una retorno tardío habrán de devolverse, por cobro indebido, el exceso de días de estancia no comunicada o no debidamente justificada.

Evidentemente, con la legislación aplicable a los supuestos de hecho (que no, repetimos, en el momento actual), esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se mencionaba expresamente en el artículo 212 LGSS. Otra vez más, con su interpretación nuestro Tribunal Supremo crea Derecho, ya que cubre un clamoroso vacío normativo. Suspensión “ad hoc” que responde a una situación temporal no prolongada “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”.

#### **4.3. Sobre el mantenimiento del período de 15 días de “estancia” previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo**

El art. 6.3 del RD 625/1985 establece que “no tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año”. Por lo que la estancia de 15 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.

El Tribunal Supremo entiende esta excepción como “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”.

En la aplicación de este precepto el Tribunal Supremo ha utilizado un criterio humano o interpretación sociológica ya que han de tenerse en cuenta tanto las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, como los casos de fuerza mayor o equivalentes, “situaciones pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios”. De hecho, tales circunstancias que influyen en la aplicación de la norma respecto de la salida del territorio nacional, también han de ser aplicables respecto de las sanciones administrativas que dichas situaciones conlleven porque “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”.

Es curioso que la norma que determina a modo de sanción la extinción de una prestación por falta de comunicación de una salida al extranjero o por haber salido al extranjero por un período superior a 15 días se encontraba en vez de una Ley (la LGSS o la LISOS), en una norma reglamentaria, pero en esta cuestión no se entretuvo el Tribunal Supremo.

#### **4.4. Circunstancias sobrevenidas sobre el incumplimiento de obligaciones de información y comunicación y sobre la presencia del beneficiario en el territorio y mercado de trabajo español**

Nos indica el Tribunal Supremo que la diversidad de supuestos litigiosos y la complejidad de la normativa aplicable aconsejan una exposición lo más clara posible de las distintas soluciones jurisprudenciales que corresponde en derecho a tales supuestos.

Por ello distingue tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación “extinguida”, una prestación “mantenida” y una prestación “suspendida”.

a) Una prestación “extinguida”: se produce en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”. Es decir, por más de los 90 días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal.

b) Una prestación “mantenida”: se produce en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno. Es la situación que anteriormente se asimilaba a “vacaciones” o período de conciliación de la vida personal y familiar.

- c) Una prestación “suspendida”, se produce en dos supuestos:
- en las salidas al extranjero por tiempo inferior a 12 meses, para la “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional”;
  - en las salidas al extranjero cuando se haya producido un desplazamiento que no conlleve traslado de residencia, esto es, por tiempo inferior a noventa días.

Este último supuesto, en el que se entiende por traslado de residencia al extranjero aquellas ausencias superiores a 90 días, de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de Extranjería, es la interpretación que cubre el vacío normativo al que anteriormente hicimos referencia y la que finalmente da lugar a que se determine en los fallos de las distintas sentencias que se comentan el que no tenga que devolverse la totalidad de las prestaciones o subsidios por desempleo por haberse entendido la prestación como extinguida, sino sólo la devolución parcial de las mismas durante el tiempo, inferior en cualquier caso a 90 días, en el que se ausentaron del territorio nacional y no lo comunicaron formalmente al Servicio Público de Empleo Estatal. Y ello porque se entiende con esta doctrina que no nos encontramos ante supuestos de prestaciones extinguidas, sino suspensas.

## **5. LA REGULACIÓN ACTUAL TRAS EL RDL 11/2013, DE 2 DE AGOSTO**

Como se dijo anteriormente, resultaba curioso que fuese una norma reglamentaria y no una Ley la que determinara “a modo de sanción” la extinción de una prestación por falta de comunicación de una salida al extranjero o por haber salido al extranjero por un período superior a 15 días.

A pesar de que en ello no se entretuvo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de octubre de 2012, origen de esta doctrina judicial, sí ha tomado buena cuenta el legislador.

Y es que, el que en la redacción anterior se estableciera que el traslado de residencia al extranjero suponía la extinción de las prestaciones por desempleo “salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”, es en mi opinión un exceso hacia el poder reglamentario regulador.

Como es conocido, el art. 25 de la CE establece que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en dicho momento. En dicho precepto se anudan el principio de legalidad con el de tipicidad de las infracciones. La tipicidad en materia sancionadora constituye, pues, un derecho fundamental. De este modo, sólo constituyen sanciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley y únicamente por la comisión de infracciones administrativas

podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. Así se desprende de lo establecido en el art. 53.1 CE, conforme al cuál sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, como son las garantías contenidas en el art. 25 CE.

No obstante lo anterior, la reserva de ley formal en materia sancionadora no impide que las disposiciones reglamentarias introduzcan modificaciones o graduaciones en el cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente, siempre que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes<sup>10</sup>. Pero el RD 200/2006, modificador del art. 6.3 del RD 625/1985 vino a incluir tipos sancionadores dónde no estaban previstos, ya que no sólo desarrolló los supuestos en los que no se producía extinción, sino también otros que establecían “suspensiones” de las prestaciones por desempleo.

A mayor abundamiento, como ha expresado en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional<sup>11</sup>, en sentido amplio, el principio de legalidad entraña una doble garantía material y formal, fundadas en el principio de seguridad jurídica y que suponen, de un lado, la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción y, de otro lado, la exigencia de que exista una norma del suficiente rango que se identifica con el rango legal. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica<sup>12</sup>.

En coherencia con ello, el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto y, ahora, 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, vinie-

<sup>10</sup> Ello quizás sea fruto de la doctrina emanada de la STC 42/1987 que matiza la interpretación rigurosa del principio de legalidad en el ámbito administrativo, al indicar que “en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como en los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello, tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, como por el carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad”.

<sup>11</sup> SSTC 61/1990, 133/1999, 60/2000, 120/2000, 25/2002, 75/2002, 113/2002, 50/2003, 52/2003, 129/2003, entre muchas otras)

<sup>12</sup> Sobre el tema, Cordero Lobato, E., en *Tipificación y competencia en el Derecho Sancionador. Un estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa*. UCLM, 2008, págs. 13 a 17, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/18/2008/18-2008-1.pdf>

ron en su artículo 6 a modificar los artículos 212 y 213 de la LGSS, cumpliendo con el principio de legalidad que exigen los tipos o tipificación sancionadora.

Así pues, se añadieron dos letras, la f) y la g) al apartado 1 del art. 212 de la LGSS en las que se indica:

“f) 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.

g) 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 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1.”

La letra f) no es sino una transcripción, algo más elaborada, del art. 6.3 del RD 625/1985, ya que añade la necesidad de comunicación y autorización previa por la entidad gestora y al que eleva a rango legal, por aquello del respeto al principio constitucional de tipicidad de las infracciones. Siendo también realista desde el punto de vista del Derecho Internacional coordinador puesto que todo ello es “sin perjuicio” de lo establecido en las normas para exportación de prestaciones por desempleo en la Unión Europea. Como se recuerda, el Reglamento 883/2004 de coordinación de la seguridad social de los trabajadores migrantes, en su art. 64, permite la exportación de estas 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”.

La letra g) en cambio, en su segundo apartado, también es una elevación a rango legal del art. 6.3 del RD 625/1985, pero lo verdaderamente importante es su apartado primero donde viene a recoger la doctrina emanada por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 18 de octubre de 2012, origen de las que ahora se comentan. Por ello, las salidas al extranjero, previamente comunicadas a los servicios públicos de empleo, con duración inferior a 15 días naturales, no suspenden el derecho a las percepciones económicas. Y las salidas al extranjero, comunicadas y autorizadas por la entidad gestora, en periodos inferiores a 90 días, consecutivos o no al año, llevan consigo aparejada la suspensión de las percepciones económicas por desempleo.

Además, ha de indicarse que la comunicación y autorización lo será por la “entidad gestora”, esto supone que las comunicaciones y autorizaciones solo podrán realizarse y provenir del Servicio Público de Empleo Estatal, sin que los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas sean competentes en

esta materia. Evidentemente, la falta de comunicación y autorización podría entenderse como una falta muy grave recogida en el art. 25.4 b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social ya que equivaldría a una negativa a participar en los programas de empleo, inserción profesional, promoción, formación o reconversión profesional “salvo causa justificada” y que llevaría aparejada de conformidad con el art. 47 1 b) de dicha norma una pérdida de 3 meses de prestaciones por desempleo (si se reincide, 6 meses o la extinción de las prestaciones).

Finalmente, se modificó el art. 213 de la LGSS se recoge como causa de extinción de las prestaciones (también es aplicable a los subsidios por desempleo) el “traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 212.1”. Como puede verse, la modificación se produce en un doble sentido: el que supone la referencia a los supuestos de suspensión recogidos en el artículo anterior al que acabamos de hacer referencia y la introducción de la distinción entre “residencia” y “estancia” fiel reflejo de la asunción de la doctrina del Tribunal Supremo.

Como remate de esta cuestión de exigencia de residencia para la obtención y mantenimiento de prestaciones, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 incorporó una nueva Disposición Adicional, la sexagésima quinta, a la Ley General de la Seguridad Social, concretando los requisitos a considerar a los efectos de que pueda producirse la pérdida de residencia a efectos de prestaciones de la Seguridad Social. En este sentido:

- Respecto a las prestaciones económicas en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia de territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas. Puede que no sea muy problemático, con las exiguas pensiones dónde van a ir más de 90 días.

- A efectos de las prestaciones y subsidios por desempleo, será de aplicación lo que determine su normativa específica. Evidentemente, por coherencia con la normativa adoptada, se respeta la reciente regulación del RD-Ley 11/2013 que es la que adopta la doctrina del Tribunal Supremo que acaba de comentarse.

- A efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural.

En definitiva, podría decirse que el efecto de entender como traslado de residencia tras más de 90 días fuera del territorio nacional, emanado de esta jurisprudencia, ha calado hondo en el legislador.