



Roj: **STSJ M 3726/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:3726**

Id Cendoj: **28079340042019100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **578/2018**

Nº de Resolución: **276/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

**NIG** : 28.092.00.4-2017/0002043

**Procedimiento Recurso de Suplicación 578/2018**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 02 de Móstoles Seguridad social 970/2017

**Materia** : Desempleo

**Sentencia número: 276/2019**

**Ilmos. Sres**

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid a cuatro de abril de dos mil diecinueve habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación 578/2018, formalizado por la Letrada sustituto de la Abogacía del Estado D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Ángeles Gamero Soto, en nombre y representación del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de fecha 12 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 02 de Móstoles en sus autos número Seguridad social 970/2017, seguidos a instancia de D. Baltasar frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y JARA & TAJO MR, SL, en reclamación por Desempleo, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*"PRIMERO.- El actor, D. Baltasar nacido con fecha NUM000 -54 figura afiliado a la Seguridad Social, Régimen General con el número NUM001 .*

*SEGUNDO.- El demandante era perceptor del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que tenía reconocido hasta el 17-04-19, que fue reanudado el 01-09-15, hasta el 03- 04-16.*

*TERCERO.- Con fecha 04-04-16 el actor suscribió contrato de trabajo temporal, por circunstancias de la producción, por un periodo de ocho meses, como Experto en Seguridad Senior, a jornada completa, con la empresa Securitas Direct España SAU, y percibiendo un salario día bruto prorrateado de 34'34 euros.*

*CUARTO.-Con fecha 03-08-16 fue dado de baja en dicha relación laboral por causa de baja voluntaria.*

*QUINTO.- En el mes de julio 2016 el demandante cruzó correos electrónicos con los representantes de la demandada JARA & TAJO MR, SL , sobre el plan de comisiones en la empresa demandada.*

*SEXTO.- Con fecha 23-09-16 el actor suscribió contrato de trabajo temporal, por circunstancias de la producción, con la empresa demandada, con una jornada de 20 horas semanales, y duración de tres meses habiendo percibido un salario día prorrateado de 16'33 euros.*

*SEPTIMO.- Con fecha 21-10-16 el demandante fue dado de baja por cuenta de la empresa por no superar el periodo de prueba.*

*OCTAVO.- Solicitada la reanudación del subsidio por desempleo, por resolución de 24-10-16 le fue denegada, desestimándose igualmente la reclamación previa interpuesta en tiempo y forma."*

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

*"Estimo la demanda formulada por D. Baltasar , frente a SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y JARA & TAJO MR, SL y declaro el derecho del actor a percibir el subsidio para mayores de 52 año que tenía reconocido con efectos de 22-10-16, y sobre una base reguladora de 17'75 euros diarios, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración así como a abonar al actor dicha prestación, con las compensaciones en su caso que correspondan como consecuencia del abono del subsidio que haya podido tener lugar con posterioridad."*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 10/07/2018, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 02 de Móstoles de fecha 12 de abril de 2018 , estima la demanda, reconociendo al actor el derecho a percibir -con efectos de 22/10/2016-,el subsidio para mayores de 52 años que ya tenía concedido, con condena al demandado a abonarle dicha prestación.

Frente al fallo, se interpone el presente Recurso de Suplicación por la Abogacía del Estado en nombre de SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, habiéndose presentado escrito de impugnación por la parte demandante DON Baltasar .

**SEGUNDO.** - Se formula como motivo del Recurso de Suplicación el que se indica seguidamente:



**MOTIVO UNICO.** - Se articula el presente motivo del recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , al objeto de examinar las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia cometidas por la sentencia recurrida, por entender, dicho sea con todo respeto y en estrictos términos de defensa, que se ha producido infracción por no aplicación de lo establecido en el artículo 267.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social , conforme a la resolución denegatoria de 24 de octubre de 2016.

El citado precepto establece:

Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

Cuando se extinga su relación laboral:

*7.º Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.*

Partiendo del inmodificado relato de hechos probados, ha de concluirse, como inicialmente se hace constar en la sentencia de instancia, que la situación del recurrido es la descrita en dicho precepto, que es el aplicado por el Servicio Público de Empleo Estatal, para denegarle la reanudación del subsidio por desempleo. Sin embargo, en la citada resolución judicial se estima que dicha norma en materia de Seguridad Social es una presunción de fraude de ley, frente a la que cabe prueba en contrario, que, según los razonamientos del fundamento de derecho segundo, se habría practicado en el acto del juicio, lo que determinó que, finalmente, se le reconociera judicialmente el derecho a reanudar el subsidio por desempleo.

Aun partiendo de que D. Baltasar tenía suspendido el derecho al subsidio por desempleo y se aplicara el precepto citado en la sentencia - Artículo 271 de la Ley General de la Seguridad Social - lo cierto es que la reanudación del mismo, así apartado 4º, está condicionado, en ciertas situaciones, como la presente a la previa solicitud del interesado "siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo " (así letra b).

Y estas situaciones legales de desempleo son las que contempla el art. 267.1º de la citada Ley mencionado por el recurrente, cuyo contenido no es el propio de una presunción de fraude de ley en la firma del contrato que se extingue por no superar el periodo de prueba, sino una situación definida de manera objetiva por el legislador fijando los requisitos que deben concurrir para que en el supuesto que se contempla de "resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario", se considere a la persona afectada en situación legal de desempleo.

Así lo ha venido interpretando esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras, en sentencia de 12-09-2016, secc. 5ª, en la que si bien aplicando la anterior Ley General de la Seguridad Social (cuyo articulado en este punto es igual a la vigente en la fecha del hecho causante) concluye:

" SEGUNDO. -.- Tres datos básicos, configuran la situación a resolver y determinan que el recurso deba estimarse:

1.- En primer lugar, que la actora fue contratada por Unisono en virtud de un contrato eventual a tiempo parcial de 25 horas a la semana, siendo la beneficiaria, alta y baja en la citada empresa el día 11 de noviembre de 2014.

2.- La causa de extinción de esa relación laboral fue la de baja voluntaria.

3.- El 13 de noviembre de 2014, fue alta en Extel, en virtud de la suscripción de un contrato de obra o servicio, también a tiempo parcial de 25 horas semanales, en el que se pactó un periodo de prueba de un mes, habiéndose pactado que la vigencia del contrato alcanzaría desde el 13 de noviembre de 2014 hasta fin de obra, consistiendo el objeto del contrato en "Actividad de "Contact Center" para las marcas Saunier Duval y Vaillant, en España según Contrato de Arrendamiento de Servicios de fecha 15 de febrero de 2011".

El artículo 208.1.1. g) de la Ley General de la Seguridad Social , en la redacción dada a la letra g) por el artículo 1.2 de la Ley 45/2002 , establece que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que extingan su relación laboral por resolución de la misma durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en el apartado 1.1 del indicado artículo 208 o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

Este tenor literal es claro e inequívoco al exigir que haya transcurrido un periodo de al menos tres meses, desde la extinción de la relación laboral anterior por baja voluntaria o dimisión del trabajador y la de la nueva relación por no superación del período de prueba , de tal manera que, como ha declarado esta Sala (SSTSJM de 28 de junio de 2004, RS nº 3319/2004 , 10 de febrero de 2011, RS nº 6116/2010 , 26 de febrero de 2009, RS nº 4532/2008 , 19 de mayo de 1998, RS nº 2219/1998 , 26 de diciembre de 2003, RS nº 5989/2003 y 18 de julio de 2007, RS nº 2306/2007 ) se ha producido una suerte de objetivación de las circunstancias que configuran la situación legal



*de desempleo por cese en periodo de prueba, cuando éste va precedido de un cese anterior por voluntad del trabajador, evitándose así, la incertidumbre derivada de la mera aplicación de la doctrina general del fraude de ley al ámbito de la protección social, que aplica en este caso, la sentencia recurrida.*

*Como dice una de las sentencias de esta Sala que acabamos de citar, la de 26 de diciembre de 2003, RS nº 5989/2003 "... así lo ha puesto de relieve la Sala en anteriores pronunciamientos (entre otras, en sentencias de fechas 4.11.99 y 7.02.02) en los que se expresaba que con el referido precepto el legislador ha preferido objetivar las circunstancias que configuran dicha situación legal de desempleo por cese en período de prueba precedido de un cese anterior en otra relación laboral distinta -a ello se adiciona la carencia de prueba, que se apuntó en el motivo anterior, acerca de los elementos objetivos necesarios para examinar la "mejora" en las condiciones pretendidas por el recurrente-, evitando la incertidumbre derivada de la mera aplicación de la doctrina general del fraude de ley al ámbito de la protección social.*

Dicha objetivación se produce respecto a la situación legal de desempleo -no con relación al fraude en sí- y ello implica que, cuando el solicitante de la prestación cesa voluntariamente en una relación laboral, voluntariedad que impide el acceso a la protección por desempleo, si posteriormente inicia una nueva relación y es resuelta unilateralmente por el empresario por no superación del período de prueba, el acceso a la prestación exige que hayan transcurrido al menos tres meses entre la extinción voluntaria de la primitiva relación y la situación de desempleo que será protegida; este requisito temporal es objetivo, de manera que no puede oponerse a su cumplimiento la ausencia de fraude o la involuntariedad del sujeto en la pérdida del empleo desde la que pretende accederse a la prestación..."

En el caso, tanto el acceso como la reanudación del subsidio ya reconocido, exigen que el beneficiario se encuentre en situación legal de desempleo y esta situación no se produce si la trabajadora ha decidido cesar la relación laboral por su propia voluntad, a menos que la siguiente extinción contractual constitutiva de esa situación legal de desempleo en la que debe encontrarse, se haya producido, tres meses después.

*El transcurso de ese plazo mínimo de tres meses entre la extinción voluntaria de la anterior relación y la situación de desempleo, es un requisito que se configura como una exigencia absolutamente objetiva y se impone, con independencia de que exista o no fraude en la actuación del beneficiario, al perder el empleo desde el que, en el caso, pretende reanudar la prestación y no habiendo transcurrido el indicado período en este caso, pues la demandante causó baja voluntaria el 11 de noviembre de 2014 y el 12 de diciembre de 2014 fue cesada en la segunda empresa por falta de superación del período de prueba, el recurso debe estimarse".*

Por aplicación al recurrente de los pronunciamientos anteriormente efectuados, se concluye que la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción denunciada en este motivo de suplicación, que debe ser estimado.

**TERCERO.** - No procede la imposición de costas, debiendo estarse al art. 235.1 LRJS que prevé esta medida únicamente respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

**CUARTO.** - Contra la presente sentencia cabe Recurso de Casación para la unificación de doctrina ( art. 218 LRJS ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada sustituto de la Abogacía del Estado, en nombre y representación de SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 02 de Móstoles de fecha 12 de abril de 2018, en el procedimiento sobre Seguridad Social -desempleo- nº 970/2017, tramitado en virtud de demanda formulada por DON Baltasar contra dicho recurrente, y contra JARA & TAJO MR, S.L.

En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.



**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0578-18, que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 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 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 (2829000000057818 ) , 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 la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

#### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.