

CESE VOLUNTARIO Y REANUDACIÓN DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA TRABAJADORES DE EDAD MADURA

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2017, de 15 de febrero

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO¹

SUPUESTO DE HECHO: En la sentencia que se comenta la cuestión planteada es si un subsidio por desempleo para mayores de 52 años, concedido años antes, debe reanudarse por parte del Servicio Público de Empleo Estatal tras un periodo de suspensión del mismo siendo el trabajador el que causa baja voluntaria en el puesto de trabajo.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en esta sentencia, unifica el criterio por el cuál considera que la reanudación de un subsidio por desempleo no puede hacerse efectiva cuando la causa de la extinción laboral es el cese voluntario del trabajador ya que en ese caso el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo; requisito que el Tribunal entiende indispensable para la concesión y/o reanudación del subsidio por desempleo. Cuenta la sentencia con el voto particular de la magistrada Dña. Rosa M^a Virolés Peñol la cual basa su argumentación en que el hecho de encontrarse en situación legal de desempleo no es un requisito en el momento de la reanudación de un subsidio ya concedido previamente.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.
2. LA EXIGENCIA DE ESTAR EN SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO PARA REANUDAR EL LLAMADO SUBSIDIO PARA TRABAJADORES EN EDAD MADURA.
 - 2.1. REQUISITOS PARA EL ACCESO AL LLAMADO SUBSIDIO DE PREJUBILACIÓN
 - 2.2. SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN DEL SUBSIDIO
 - 2.3. LA “NO REANUDACIÓN” COMO EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO.
3. CONCLUSIONES

¹ Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y doctoranda de la misma Universidad, respectivamente.

1. INTRODUCCIÓN: EL “QUERER” TRABAJAR COMO REQUISITO DE ACCESO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

El articulado de nuestra Constitución establece la obligación a los poderes públicos de “realizar una política orientada al pleno empleo” (art. 40) y más concretamente “garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo” (art. 41), ahora bien esta protección debe entenderse no como un derecho universal destinado a cubrir la situación de necesidad de quien queriendo y pudiendo trabajar no tiene trabajo, ya que según el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 65/1987, el desempleo es un riesgo específico previsto para aquellos ciudadanos a los que la legislación se dirige², quedando por tanto excluidos todos aquellos sujetos que no cumplan los requisitos establecidos legalmente, como es el caso por ejemplo de los jóvenes en búsqueda de primer empleo los cuáles a pesar de su situación de paro no entran dentro de dicha protección.

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, así lo indica el art. 262 LGSS. Aunque la norma permite en distintas situaciones (especialmente respecto del llamado “nivel contributivo” de las prestaciones por desempleo, el acceso a las prestaciones cuando el trabajador por su voluntad, eso sí siempre a consecuencia de determinadas vicisitudes en el marco de su relación laboral, extinguiera la relación laboral).

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. 266. 1 e) de la LGSS) ya no es lo más importante puesto que al haberse entendido

² Quesada Segura, R, *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*. Monografías de Temas Laborales, nº 20, 2004, págs. 17 y 39.

como un requisito puramente formal, se ha buscado algo más: la demostración de una actitud real de “querer trabajar”.

La Ley 51/1980 Básica de Empleo reguló la protección del desempleo desde el punto de vista de las políticas pasivas destinadas únicamente a cubrir económicamente dicha situación estableciendo una serie de requisitos para el acceso a la misma, sin embargo la entrada en la Comunidad Europea obligó a un nuevo planteamiento de la situación del desempleado y tal como se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2002 y posteriormente en la Ley 45/2002³, la Estrategia Europea de Empleo y las Directrices sobre Empleo que anualmente se aprueban por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, insisten en que la protección de los mismos debe unir a dichas políticas pasivas puramente económicas una serie de las llamadas políticas activas dirigidas a mejorar la empleabilidad del trabajador en paro. Dichas medidas consisten en programas de orientación y formación profesional dirigidas directamente a ellos así como subvenciones para hacer su contratación más atractiva.

Es a partir de esta reforma legislativa cuando se establece como requisito para la obtención de la prestación y como condición para el mantenimiento de la misma la formalización de un “compromiso de actividad” así como la participación en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales⁴, siendo por tanto necesaria la participación activa de búsqueda de empleo por parte del trabajador para mantener las condiciones que le hagan acreedor a dicha prestación. Este “compromiso de actividad”⁵ se convirtió en 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 ser así, se entenderá como incumplido el “compromiso de actividad”.

³ Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo y Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

⁴ Monereo Pérez, J.L., “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, pág. 130.

⁵ 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.

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 su disponibilidad para buscar activamente y para aceptar colocación adecuada.

No obstante hay que recordar que, aunque dicho compromiso de actividad se planteó como requisito para la obtención de la prestación contributiva por desempleo y que, según algunos autores⁶, tiene un carácter contractual entre el desempleado y la Administración que se comprometía a facilitar la reinserción laboral del mismo⁷, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo en su art. 27 apartados 1 y 2 extendía a los solicitantes de subsidio la plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada. Y en el punto 4, el deber de participar en las políticas activas de empleo que se determinasen en el itinerario de inserción⁸.

En la sentencia que nos ocupa el problema se plantea no con la prestación contributiva por desempleo sino con una de las modalidades de subsidio o prestación no contributiva por desempleo, las cuales tienen como objetivo atender a situaciones reales de necesidad, siempre que estas se acrediten objetivamente y se encuentren dentro de los supuestos legalmente establecidos.

Al ser el objeto a proteger diferente para las dos modalidades de protección por desempleo, los requisitos para acceder a las mismas también son necesariamente diferentes: en el caso de la prestación contributiva se parte de una situación legal de desempleo posterior a una situación de trabajo activo en el que el sujeto ha cotizado durante el tiempo necesario para la creación del derecho a la misma, mientras que en el caso del nivel asistencial se parte de una situación de necesidad por falta de rentas y no es indispensable, a priori, el requisito de situación legal de desempleo como se desprende del articulado de la propia legislación⁹.

⁶ Como es el caso de Monereo Pérez, J.L. en la obra citada anteriormente y Molina Navarrete, C. “El concepto de “colocación adecuada”:” profesionalidad” versus” empleabilidad” del trabajador.”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n^o 143, 2002, págs. 9-22.

⁷ Monereo Pérez, J.L., op. cit., págs. 138-140.

⁸ Trillo García, A.R., “Compromiso de actividad: las salidas del desempleo” en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, págs. 435 y 436

⁹ Véanse los arts. 266 c) y 274.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En el caso a estudiar se correspondían con los arts. 207 c) y 215.1. El texto, que no ha sufrido variación a través de las reformas indica expresamente que, para la modalidad contributiva el sujeto debe: “Encontrarse en situación legal de desempleo...”, mientras que para la segunda modalidad el precepto dice que “Serán beneficiarios del subsidio: 1. Los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes,...” por lo que no considera, a priori, necesaria dicha situación “legal” de desempleo, tan solo en una de las modalidades se vuelve a indicar expresamente la necesidad de encontrarse en situación legal de desempleo (art. 215.1 2))

2. LA EXIGENCIA DE ESTAR EN SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO PARA REANUDAR EL LLAMADO SUBSIDIO PARA TRABAJADORES EN EDAD MADURA

De los diferentes subsidios por desempleo contemplados en la legislación el que nos interesa en este estudio es el conocido como subsidio para mayores de 55 años, (en la sentencia que se comenta se hace referencia a la anterior edad de 52 años) pensado como ayuda para los trabajadores desempleados de edad avanzada carentes de ingresos aunque no tengan responsabilidades familiares hasta que alcancen la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación en cualquiera de sus modalidades, ya que son los que cuentan con mayor dificultad para una posible reincorporación al mercado de trabajo y de esa forma se les garantiza un medio de subsistencia¹⁰.

2.1. Requisitos para el acceso al llamado subsidio de prejubilación

Indica el art. 274.4 LGSS que podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de 55 años¹¹, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos que dan lugar al acceso a un subsidio por desempleo: haber agotado una prestación por desempleo, trabajadores retornados, trabajadores que han recuperado su capacidad para trabajar tras una situación de incapacidad permanente, liberados de prisión o centros de internamiento y, finalmente, trabajadores que puedan acceder a un subsidio por desempleo por falta de cotización suficiente para obtener una prestación contributiva. Como segundo requisito, se les exige que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral. Como tercer requisito, se les exige que acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Además, por lo que nos interesa, como requisito común exigido a todos los subsidios por desempleo, se exige el “querer trabajar”, que se demuestra únicamente ex art. 275 LGSS, estando “inscrito como demandante de empleo”, lo que debe de hacerse en el servicio público de empleo competente, y se mantendrá durante todo el periodo de abono de las prestaciones económicas (en caso contrario, se produciría la sanción que podría llevar tanto la suspensión como, en caso de reite-

¹⁰ Quesada Segura, R., op. cit., págs. 70 y Collado García, L. y Piqueras Piqueras, M.C., *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, págs. 96 a 98.

¹¹ Para obtener el subsidio el trabajador deberá tener cumplida la edad de 55 años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo; o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio por desempleo contemplados en la LGSS o cumplirla durante su percepción.

ración, la extinción de la protección) . Dicha demanda supone la suscripción de un compromiso de actividad. Es curioso, pero dicho compromiso, ex art. 300 LGSS supone que el solicitante o beneficiario de las prestaciones ha 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, así como de cumplir las obligaciones de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo.

Obligaciones que se traducen, ex art. 299 LGSS, y centrándonos de forma exclusiva en la que se refieren a la “voluntad de trabajar”:

- en proporcionar la documentación e información que permita controlar al servicio público de empleo la situación del trabajador o la comunicación del mismo a efectos de poder comunicar diversas cuestiones, entre ellas, posibles ofertas de empleo;
- en inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción, suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad;
- en renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la entidad gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos.
- en buscar activamente empleo y participar en acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción, por supuesto, justificando las actuaciones realizadas en tal orden;
- en participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por dichas agencias;
- en devolver a los servicios públicos de empleo, o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquellos, en el plazo de cinco días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los mismos;
- en 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.

Como puede verse, en ningún momento se hace relación, respecto de los beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura, a la exigencia de encontrarse en “situación legal de desempleo”. La única excepción a esta regla es cuando el mayor de 55 años acceda a este subsidio desde la condición de beneficiario de un subsidio para trabajadores que no tengan derecho, por insuficiencia de período de cotización previo, a una prestación “contributiva” por desempleo, ex art. 274.3 LGSS.

La redacción de la LGSS que interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, la de la LGSS de 1994, no difiere de la actual, salvo la edad y la no exigencia de carencia de rentas ya que en aquél momento eran distintas. Esto es, se produjeron importantes modificaciones en los requisitos para acceso a este subsidio, introducidas en la reforma de 2012 por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

2.2. Suspensión y reanudación del subsidio

En el caso a estudiar nos encontramos con un subsidio concedido dos años antes a los hechos ocurridos el cual se suspende debido a una contratación y se solicita sea renovado tras la renuncia a seguir con dicho trabajo.

No se trata de determinar si se trataba o no de una colocación adecuada¹² ya que se desconocen los datos de su profesión habitual por lo que no se puede asegurar que la contratación como empleado de hogar coincidiera con ella o que debido al hecho de llevar dos años cobrando el subsidio el Servicio de Empleo considerara que el trabajo se adaptaba a sus aptitudes físicas y formativas; tampoco se tienen datos referentes a su residencia habitual, excepto la del escrito del empleador que indica que “añoraba su pueblo” y la deducción de que el trabajador debe ser de la provincia de Murcia por ser del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad la sentencia recurrida; siendo el lugar de trabajo en Madrid, como consta en el mencionado escrito, y no disponiendo de datos de si se le ofreció o no alojamiento apropiado siendo este último requisito necesario para que se entendiera como adecuada.

Dando, pues, por supuesto que se trataba de una colocación adecuada según lo establecido en la legislación vigente en su momento¹³, hay que centrarse en

¹² Alfonso Mellado, C.L., “Salidas del desempleo: La colocación adecuada” en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, págs. 458 y 459.

¹³ Véase el art. 231.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se

el hecho probado de que la finalización de la misma se debió a la voluntad del trabajador dentro del plazo del periodo de prueba, hecho que la Seguridad Social interpreta como extintivo del subsidio ya que la finalización de un contrato por voluntad del trabajador sin causa justificada produce los efectos de no encontrarse el mismo en situación legal de desempleo.

Lo que pretende clarificar el Tribunal Supremo es “si se tiene derecho a reanudar el subsidio cuando el beneficiario ha puesto término de manera voluntaria al trabajo que provocaba la suspensión”. Para ello, aplicando la legislación vigente en materia de Seguridad Social en 2011, que es la fecha de la suspensión y solicitud de la reanudación, la mayoría del Tribunal Supremo, con una poderosa y bien sólidamente argumentada ponencia, que introduce la cuestión girando sobre un eje común que es la involuntariedad en la pérdida del empleo, lo que da lugar a una situación de legal de desempleo, pero curiosamente todo ello se refiere a prestaciones por desempleo no a subsidios.

Aunque en la regulación actual, el art. 271.4 b) LGSS sigue sin resolver claramente esta cuestión ya que, la reanudación de la percepción de las prestaciones o subsidios a petición del interesado tras la realización de una actividad laboral necesita, por parte de este que *“acredite que ha finalizado la causa de suspensión, que, en su caso, esa causa constituye situación legal de desempleo o inscripción como demandante de empleo en el caso de los trabajadores por cuenta propia, o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares”*. Cuando el art. 271.4 b) LGSS y su anterior 212.3 b) LGSS de 1994, hacen referencia a la reanudación de las prestaciones y subsidios tras haber acreditado que la finalización de la causa de la suspensión, “en su caso” constituye una situación legal de desempleo. Ello supone que dicho requisito será exigido cuando sea preciso, esto es, creemos que para el tipo de protección que así lo exigiera. Más aún, la propia sentencia en su FD 3^o reconoce la deficiencia en la redacción de dicho precepto que “podría mejorarse fácilmente”. Obsérvese que en el redactado el encontrarse en situación legal de desempleo es una de las dos opciones que se ofrecen siendo la otra el mantener el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares por lo que no es indispensable el encontrarse en dicha situación para poder proceder a la reanudación¹⁴.

aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Actualmente, art. 301 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre.

¹⁴ En la sentencia analizada se indica que de la redacción del art. 212.3b) se desprende la idea de que decae el derecho a reanudar el cobro del subsidio si la causa de suspensión no constituye situación legal de desempleo; sin embargo, el redactado no se centra sólo en dicha opción sino que añade que se puede reanudar si se acredita que se mantienen los requisitos de carencia de renta o existencia de responsabilidades familiares por lo que volvemos a insistir que el argumento dado por el SPEE, a nuestro juicio, no es válido para la extinción.

No obstante, la doctrina de la Sala se basa en tres argumentos para exigir en la reanudación de los subsidios por desempleo el encontrarse en situación legal de desempleo:

a) La Sala entiende que, como en otros asuntos precedentes, “la reanudación del subsidio suspendido queda condicionada a que persistan las circunstancias precisas para su reconocimiento inicial”. Entendiendo que para prorrogar el subsidio por desempleo es preciso que concurren las mismas circunstancias y condiciones existentes en el momento de la concesión primigenia. Lo cierto es que tal argumento podría rebatirse en el sentido que no hay, como anteriormente hemos visto, dentro de los requisitos para el acceso a los subsidios por desempleo de trabajadores en edad madura uno que haga referencia de forma expresa a encontrarse en situación legal de desempleo¹⁵. De hecho, la sala indica que, respecto de los requisitos para la percepción del subsidio que no es “necesario que se mantengan al interesarse la reanudación del abono tras su suspensión”. Aunque es probable que haya habido un error de transcripción porque dicha afirmación va precedida de por otra que indica que los requisitos han de acreditarse “no solo en el momento de su inicial solicitud”. En cualquier caso, seguimos manteniendo que nos encontramos ante la exigencia de un requisito inexistente en el llamado nivel asistencial por desempleo.

b) El segundo argumento de la Sala, recogiendo su propia doctrina de sentencias anteriores, se refiere a que “el supuesto de solicitud de reanudación de la prestación por desempleo no es el mismo de concesión inicial del beneficio, sino otro independiente y separado del primero que viene determinado por el hecho de que varía la situación del recurrente beneficiario”. Dicha doctrina se diseñó para dar respuesta a las prestaciones contributivas por desempleo, no para las asistenciales. Ya que, necesariamente, la reanudación de las prestaciones por desempleo es un segundo proceso que, creemos, con la Sala, que exige, en su caso, la demostración del trabajador de encontrarse nuevamente en situación legal de desempleo. Pero la Sala extiende esta doctrina a los subsidios por desempleo, indicando que la reanudación de la percepción lo será “mientras las circunstancias de su concesión sean las mismas, pero sí varían falta el fundamento para mantener el subsidio”. Pero no aclara qué condiciones, o en qué manera han de variar,

¹⁵ Como indica la sentencia recurrida: “El artículo 215 que regula el subsidio por desempleo, no establece el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo para tener derecho a las prestaciones del nivel asistencial y tal requisito tampoco se establece para el caso de reanudación de la percepción del subsidio, cuando la misma se suspende por efecto de una contratación de duración inferior a 12 meses, según resulta del contenido del artículo 219.3., el cual se limita a establecer el efecto suspensivo del derecho al subsidio que se produce por una contratación inferior a tal periodo de tiempo y se cuida de expresar que tal contratación no afectará al derecho a obtener el subsidio.”

son las que impiden poder reanudar el subsidio, un argumento tan contingente deja abierto a cualquier interpretación futura en uno u otro sentido.

Además con respecto a la reanudación del subsidio el art. 13.1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo nos dice que, para reanudar un subsidio que se ha suspendido por una contratación por cuenta ajena inferior a doce meses basta con la solicitud del interesado siempre que acredite que ha finalizado la causa de la suspensión y dicha acreditación la puede realizar con el parte de baja de la Seguridad Social y su posterior inscripción como demandante de empleo. Nada más sobre la situación en la que ha de encontrarse el trabajador que pretende reanudar su subsidio.

c) El tercer argumento, lo enfoca desde las facultades de control del SPEE, ya que aun siendo cierto que para la reanudación de la prestación o el subsidio es necesario que haya finalizado la causa de la suspensión, la entidad gestora puede llevar a cabo la comprobación de los requisitos oportunos, entendemos, de que procede la reanudación. Pero este argumento deja en manos de la entidad gestora la interpretación de los requisitos necesarios para la reanudación de la prestación, cuando realmente son los Tribunales de justicia los que tienen encomendados el control jurisdiccional de las decisiones y resoluciones de las Administraciones Públicas y de los organismos de los que de las mismas dependen.

Por todo ello, la Sala entiende que la realización de un trabajo por cuenta ajena inferior a doce meses constituye una causa de suspensión del subsidio que para su reanudación exige además, de la inscripción como demandante de empleo, que ha finalizado la causa de la suspensión y “que esa causa constituye situación legal de desempleo”, lo que se “desprende” del art. 212.3 b) de 1994, actual art. 271.4 b) LGSS.

Con todo el respeto que nos merece la decisión de la Sala, y en especial por la brillantez de su ponente en este asunto, hemos de disentir con la interpretación realizada ya que creemos que no pueden exigirse en el nivel asistencial de la protección por desempleo requisitos previstos para el nivel contributivo. Es cierto que la protección por desempleo está prevista para quienes quieren trabajar. Pero dicha situación, respecto de la voluntariedad en el cese, ha sido excepcionada por la norma en diversas ocasiones (para las prestaciones por desempleo) y la razón de los subsidios por desempleo es la cobertura de situaciones de necesidad que ha de tener en cuenta situaciones tan complejas y delicadas como la que se plantea en este asunto de una persona de edad madura que decide aceptar un trabajo a casi 400 kilómetros de su hogar, en el marco de una relación laboral especial, la de empleados del hogar que, para colmo, jamás podría dar lugar a situación legal de desempleo puesto que dicha contingencia no está prevista en este sistema especial

de la Seguridad Social. El legislador en los últimos años ha procurado, con importantes modificaciones en la protección por desempleo, evitar las situaciones de fraude y exigir importantes obligaciones a los trabajadores beneficiarios de las mismas. Si no lo ha hecho clara e inequívocamente para esta situación, el Tribunal Supremo debería de haber sido “pro beneficiario”. Y es que examinando rectamente la norma a la que se refiere la reanudación de la protección suspendida, la misma no es un nuevo reconocimiento, sino la continuidad de un derecho que ya venía disfrutándose, así lo ha dicho también nuestro Tribunal Supremo en la STS de 11 de noviembre de 1996, ya que “para el supuesto de reanudación no cabe aplicar analógicamente las disposiciones previstas para el inicio o el nacimiento del derecho”. Y es que, ante dos prestaciones con distinta teleología, ha de primar el principio de especialidad cuando la norma de forma expresa no diga lo contrario, en el mismo sentido que lo hace el voto disidente de la magistrada Virolés Piñol.

2.3. La no reanudación como “extinción” del subsidio

Para proceder a la no reanudación del subsidio el SPEE aduce la causa de no encontrarse en situación legal de desempleo. Pero ello, equivale a una extinción *de facto* del subsidio que venía percibiendo. No obstante, al examinar los supuestos recogidos como de extinción en la Ley General de la Seguridad Social, el único supuesto al que podría equipararse dicha extinción, sería al previsto en el apartado 1.b del art. 272 LGSS, que equivaldría a una imposición de sanción por falta grave.

Pero, nos parece que dicha equivalencia y dicha analogía es excesiva puesto que el trabajador no ha incumplido sus obligaciones formales, ya que la única que tenía era la de comunicar el cese en la actividad tras la suspensión (no el modo en que dicho cese se produjo). Al anudar la reanudación del subsidio a un modo concreto de cesar en la actividad laboral (“estar en situación legal de desempleo”) está creándose *ex novo* una causa de extinción no prevista en la norma. Con lo cual, en aplicación del principio de legalidad, establecido en el art. 9.3 y 103 de la CE debe evitarse una interpretación extensiva de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Por lo cual la actuación del SPEE en la exigencia de un requisito no previsto claramente en la norma equivale a una sanción de extinción del subsidio que creemos no ajustada a la legalidad, con todos los respetos a la convalidación de dicha interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta.

3. CONCLUSIONES

En primer lugar, reiterar la exposición realizada en la sentencia recurrida ya que en los requisitos para la obtención del subsidio para trabajadores en edad madura no se indica de forma expresa la condición de estar en situación legal de desempleo por lo que si dicho requisito no es obligatorio para el inicio del subsidio no parece ajustado a derecho que sí se considere obligatorio para la reanudación del mismo tras un periodo de suspensión.

En segundo lugar, no existe abuso de derecho, a pesar de que el Ministerio Fiscal en un caso como en el que se trata en la sentencia por el hecho de que *el beneficiario del subsidio aceptase la ocupación adecuada, por estar obligado legalmente a ello, y que se reanudara la percepción simplemente por su voluntad.*” Ante esta declaración hay que tener en cuenta que, aunque subyace la obligación de aceptar la ocupación adecuada, se prevé también en la legislación, la posibilidad de rechazarla calificando dicha acción como falta grave y teniendo una sanción diferente a la extinción del subsidio (o la equivalente no reanudación como ocurre en este caso) por lo que el trabajador bien podría haber rechazado la oferta a priori, en lugar de aceptarla y desistir de la misma durante el periodo de prueba al constatar que no se adaptaba a las condiciones de la misma.

Como última consideración, nos gustaría señalar que la extinción voluntaria de dicho contrato en el periodo de prueba puede también entenderse como un rechazo *de facto* a una oferta de colocación, máxime cuando el tiempo dado de alta fue tan solo de un día y, si se interpreta de esta forma, la sanción a aplicar no es la extinción del subsidio sino la recogida en el art. 47.1.b) 2^o párrafo del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, consistente en pérdida de 3 meses de prestación para la primera infracción, 6 meses para la segunda y extinción para la tercera infracción¹⁶.

En definitiva, la interpretación del Tribunal Supremo ha sido tremendamente rigurosa en nuestra opinión sin tener en cuenta la finalidad para la que se crearon los subsidios por desempleo para los trabajadores en edad madura, extinguiendo un subsidio (al no permitir la reanudación) por una causa no prevista en la norma.

¹⁶ Alfonso Mellado, C.L., op. cit., págs. 461.