

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 19 de febrero de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 3035/2014

SUMARIO:

La protección por desempleo. Beneficiario del subsidio para mayores de 52 años que rescata tres planes de ahorro por los que obtiene un rendimiento de 15.433 euros, circunstancia que no comunica al SPEE. La falta de comunicación de esos ingresos determina la aplicación de los artículos 25.3 y 47.1 b) de la LISOS que tipifican la ausencia de información sobre datos relevantes en el ámbito del percibo de la prestación como falta grave, a la que se anuda la sanción de pérdida del derecho al subsidio y no la suspensión imputable al mes en el que se ha producido el devengo. La ocultación dolosa o culposa de los ingresos que impedirían el acceso al derecho trae consigo su supresión, sin que pueda llevarse a cabo de manera parcial. No se aprecia una eventual vulneración constitucional de los preceptos de la LISOS por ausencia de proporcionalidad. Sala General. **Votos particulares.** La circunstancia de que toda ocultación de ingresos, sin atender al importe de la cantidad no declarada (siempre que alcance el listón del 75 % del SMI), comporte automáticamente la extinción del derecho al subsidio (con una duración de hasta casi diez años en el caso analizado y la del consiguiente posible acceso a la pensión de jubilación contributiva), socava la virtualidad del principio de proporcionalidad.

PRECEPTOS:

RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), arts. 25.3 y 47.1 b).

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 212, 213 y 219.2.

PONENTE:

Don Jesús Gullón Rodríguez.

Magistrados:

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JESUS SOUTO PRIETO
Don JORDI AGUSTI JULIA
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de 19 de junio de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 1153/2014, formulado frente a la sentencia de 19 de septiembre de 2013 dictada en autos 1267/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona seguidos a instancia de D^a Irene contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre Reintegro de Prestaciones.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D^a Irene, representada por la Procuradora D^a Nuria Munar Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 19 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que desestimando la demanda planteada por Irene debo absolver al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL de la pretensión deducida en su contra>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << 1.º- Resolución de la entidad gestora de 14-5-2009 reconoció a la actora el derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años (período 28-3-2009 a 23-5-2021). 2.º- El 26-4-2010 la actora rescató tres planes de ahorro por un valor total de 16.162,36 €, lo que no comunicó a la entidad gestora. 3.º- La entidad gestora, en fecha 4-5-2012, requiere a la actora para que comparezca a los efectos de aportar certificado de la entidad financiera donde conste la fecha en que obtuvo el capital que, según la Agencia Tributaria informa declaró en el IRPF en 2010 por capital mobiliario e importe delimitado en el hecho anterior. 4.º- El 25-9-2012 la demandada declaró la percepción indebida de prestaciones por 10.252,40 € por no comunicar la baja en el subsidio por percepción de rentas incompatibles, con extinción de la percepción del subsidio reconocido, no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido. 5.º- El 7-11-1996 los hijos de la actora y Anibal suscribieron con CATALONIA VIDA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, dependiente de CAIXA DE TERRASSA, respectivamente, un plan de pensiones y ahorros. La actora aparece como segundo tomador en esos planes. Como beneficiarios sus hijos. El tercer plan de rescate corresponde al plan de jubilación suscrito por Anibal, su cónyuge. 6.º- La actora, en su declaración al IRPF del ejercicio 2010, declaró las ganancias del rescate de los tres planes>>.

Segundo.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 19 de junio de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que estimando como estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Irene contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 7 de los de Barcelona en fecha 19/9/13 en los autos seguidos en dicho Juzgado con el n.º 181/2008, debemos revocar y revocamos la misma para, con estimación de la demanda presentada por la trabajadora, declarar que la suspensión del subsidio de desempleo que tiene reconocido debe afectar únicamente al mes de abril de 2012, y que corresponde, en consecuencia, la devolución de la cantidad percibida en el mismo por dicha prestación condenando a la entidad demandada y estar y pasar por tal declaración. Sin costas>>.

Tercero.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Servicio Público de Empleo Estatal el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 de mayo de 2014 y la infracción de lo establecido en los arts. 215.1 y 3 y 231.1.e) de la LGSS, en relación con los arts. 7.1.c) 2; 25.3 y 47.1.b) de la Ley de Infracciones y sanciones del orden social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2014, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

Quinto.

Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Sala de Pleno, fijándose el día 20 de enero de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Tal y como consta en el relato de hechos probados de la sentencia del Juzgado de instancia, la demandante es beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, concedido para el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 2.009 y el 23 de mayo del 2021. El 26 de abril de 2.010 rescató tres planes de ahorro, de los que obtuvo un rendimiento -al margen del valor del propio rescate- por valor total de 15.433,45 euros, ingreso que no comunicó entonces al Servicio Público de Empleo Estatal.

En la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas presentada en el año 2.011, correspondiente al ejercicio de 2.010, la beneficiaria declaró aquél ingreso, al que sumando los 728,91 euros de intereses de cuentas o depósitos, sumaban los 16.162,36 euros a que se refieren las actuaciones, del que tuvo conocimiento la Entidad Gestora en el año 2.012, cuando el 4 de mayo de ese año requirió a aquélla para que aportase los datos correspondientes, lo que efectivamente llevó a cabo la interesada.

Incoado expediente sancionador por la Entidad ahora recurrente, se dictó resolución en fecha 4 de junio de 2.012 en la que se le imponía la sanción de pérdida del derecho a la prestación por no comunicar el referido ingreso. Interpuesta reclamación previa, por resolución definitiva de 25 de septiembre de 2.012 se desestimó la misma y se confirmó la sanción de pérdida del subsidio por desempleo por comisión de falta grave, al amparo de lo previsto en el número 3 del artículo 25 de la LISOS, en relación con el artículo 47.1 b) y 3 de la misma norma, con devolución de lo indebidamente percibido, en cuantía de 10.252,40 euros, correspondientes al periodo comprendido entre el 29 de abril de 2.010 y el 30 de abril de 2.012.

Segundo.

Se interpuso demanda contra la decisión administrativa adoptada en los términos referidos y la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Barcelona de fecha 19 de septiembre de 2.013 desestimó la demanda, en la que únicamente se postulaba la revocación de la resolución recurrida para que se declarase la suspensión del derecho al subsidio y la percepción indebida durante un mes, el de abril de 2.012, en el que se produjo el ingreso, que aparece en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia.

En el recurso de suplicación que interpuso la demandante se denunciaba la infracción de los artículos 212, 213 y 219.2 LGSS, y de los artículos 25.3 y 47.1 b) de la LISOS, en que se fundaba la resolución recurrida. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, de fecha 19 de junio de 2.014, estimó el mismo y declaró que procedía únicamente la suspensión del subsidio por un mes, el de abril de 2.012, y por ello únicamente la devolución de lo percibido indebidamente en ese mes.

El razonamiento de la Sala de Cataluña para llegar a tal decisión se basa en dos sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, las de 28 de mayo de 2.013 (recurso 2752/2012) y 25 de marzo de 2.014 (recurso 1740/2013) para concluir imputando el percibo de la cantidad rescatada de los planes de ahorro a un solo mes, de conformidad -se dice en la sentencia- con el sistema de cómputo previsto en el artículo 215 LGSS, en relación con el artículo 212 de la misma norma, sin referirse en ningún momento a los preceptos relativos a la LISOS cuya infracción se denunciaba en el recurso.

Tercero.

Se recurre ahora esa sentencia en casación para la unificación de doctrina por el SPEE, en el que se denuncia la infracción de los artículos 215. 1 y 3 y 231.1 e) LGSS y de los artículos 7.1 c), 25.3 y 47.1 b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, proponiéndose como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social de Cataluña en fecha 15 de mayo de 2.014 .

En ésta sentencia se contempla, como va a verse enseguida, un supuesto que guarda en relación con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 LRJS para la viabilidad del recurso.

En ese caso se trataba de otra perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años que el 29 de junio de 2.010 percibió por la venta de un inmueble la ganancia o beneficio de 120.000 euros. Se le impuso la sanción de pérdida del subsidio al amparo de los artículos 25.3 y 47.1 b) de la LISOS, con devolución de 8.548 euros percibidos en el periodo 1 de enero de 2.010 a 28 de febrero de 2.012. La sentencia se detiene en primer lugar en afirmar que la imputación del devengo había de proyectarse sobre el mes en que tuvo lugar el ingreso, esto es, junio de 2.010, siguiendo al igual que en la sentencia recurrida (así se explica en su fundamento de derecho primero) la doctrina contenida en la STS de 28 de mayo de 2.013 (recurso 2752/2012) para razonar después, en la segunda parte del razonamiento, que en todo caso esos ingresos no fueron comunicados al SPEE y por ello resultaba de aplicación la sanción impuesta de pérdida del subsidio, de conformidad con lo previsto en

los artículos 25.3 y 47 de la LISOS, si bien en cuanto a la devolución de lo indebidamente percibido se restringía al periodo comprendido entre junio de 2.010 y 28 de febrero de 2.012.

Ante esas situaciones sustancialmente iguales, sin embargo las sentencias produjeron soluciones contrapuestas, de suspensión por un mes de la prestación en la sentencia recurrida y de extinción del subsidio en la de contraste, lo que exige que de conformidad con lo establecido en el referido artículo 219 LRJS, y también como propone el Ministerio Fiscal en su informe, la Sala entre a conocer del fondo del asunto estableciendo la doctrina que resulte ajustada a derecho.

Cuarto.

1. Tal como ya hemos anticipado, en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SPEE se trata de decidir sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de los hechos no discutidos que antes han quedado expuestos, y que, en esencia, se refieren a la realidad no cuestionada de que la demandante tuvo un ingreso en su patrimonio en abril de 2.010 de 15.433,45 euros, como consecuencia de los rendimientos netos obtenidos del rescate de su mitad (los planes eran compartidos con otro familiar) de tres planes de ahorro por valor bruto total de 276.191,76 euros, sobre los que se le imputaba esa mitad de los rendimientos del capital mobiliario mientras era perceptora del subsidio por desempleo, y que tal circunstancia no la comunicó a la Entidad Gestora de la prestación cuando en 10 de abril de 2.012 renovó la documentación correspondiente a la solicitud necesaria para continuar percibiendo el subsidio, lo que motivó que en mayo de 2.012, cuando por el SPEE se conoció esa circunstancia, se procediera a la apertura, tramitación y resolución de un expediente sancionador.

Con carácter previo hemos de aclarar que la entrada en vigor el día 2 de enero de 2.016 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, tal y como se dispone en su Disposición final única, ha alterado la numeración tradicional de la derogada anterior LGSS lo que habrá de tenerse en cuenta en las circunstancias referidas al análisis de las citas legales que se contengan en sucesivas resoluciones que hayan de aplicarlas, aunque en el presente caso no resulte relevante, dado el tiempo en que se produjeron los hechos, las sentencias y los recursos de suplicación y de casación que han dado lugar a estas actuaciones y a ésta sentencia.

Sabido es que el artículo anterior artículo 215.1 LGSS, (hoy sería el 274.1 y 275.2 del TRLGSS), condiciona el derecho al percibo del subsidio por desempleo a la carencia por parte del beneficiario de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Por otra parte, el artículo 215.3.2) LGSS establece lo siguiente:

"2) S e considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezca reglamentariamente".

2-. Desde la literal interpretación de esa norma cabe deducir que el ingreso obtenido por la demandante que hemos descrito antes incidía directamente en el supuesto legal y por ello en la dinámica de la percepción del subsidio, porque cuando exista ese incremento patrimonial legalmente previsto y en un momento determinado, ello ha de influir necesariamente en los niveles de renta computables a que se refiere el artículo 215.3.2) LGSS, (275.4 del Texto Refundido).

Ciertamente que las normas de Seguridad Social que regulan la dinámica del derecho al subsidio por desempleo parecen entrecruzarse o interferirse mutuamente a modo de doble regulación -sustantiva y sancionadora- de situaciones semejantes contempladas en la normativa de Seguridad Social y en la de la Ley 5/2000, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, desde el momento en que el artículo 219.2 LGSS contempla determinados supuestos generales de suspensión del derecho por remisión a los artículos 212 y 213 de esa norma, redactados para el desempleo contributivo, junto con otro supuesto concreto de suspensión del derecho al subsidio que se regula de manera específica en el párrafo segundo del número 2 del citado artículo 219 LGSS .

En el citado precepto se dice lo siguiente:

"2. Serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213.

Asimismo el subsidio se suspenderá por la obtención, por tiempo inferior a doce meses, de rentas superiores a las establecidas en el artículo 215, apartados 1.1, 2, 3 y 4 y 3 de esta Ley, y por dejar de reunir por tiempo inferior a doce meses el requisito de responsabilidades familiares previsto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, cuando hubiese sido necesario para el reconocimiento del derecho. Tras dicha suspensión, el trabajador podrá reanudar la percepción del subsidio siempre que acredite el requisito de carencia de rentas y, en su caso, el de responsabilidades familiares, en los términos establecidos en el artículo 215.3.1 de esta Ley.

En el caso de que la obtención de rentas o la inexistencia de responsabilidades familiares, recogidas en el párrafo anterior, se mantenga por tiempo igual o superior a doce meses, se extinguirá el subsidio. Tras dicha extinción, el trabajador solo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio si vuelve a encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1.1, 2 y 3 y 4 del artículo 215 de esta Ley y reúne los requisitos exigidos".

3- En consecuencia, en ese segundo párrafo del número 2 del artículo 219 LGSS se contiene una causa específica de suspensión del subsidio, que además ha de completarse, tal y como se dispone en el párrafo primero, con lo que se establece en los artículos 212 y 213 LGSS, preceptos en los que se recogen determinadas situaciones que llevan aparejadas la suspensión o la extinción del derecho a la prestación por desempleo, también aplicables por tanto al subsidio, como acabamos de ver, y que a su vez se refieren a los casos en que esa suspensión o extinción ocurre como consecuencia de la aplicación de una sanción prevista en la LISOS, en los términos que veremos a continuación.

Así, en los artículos 212.1 a) y 213.1 c) LGSS, una de las causas que puede originar la suspensión o la extinción del derecho al percibo del subsidio es la imposición de una sanción en los términos previstos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Estas circunstancias concretas previstas en esas normas -la suspensión o extinción derivadas de la aplicación de una sanción- están de manera clara legalmente dotadas de entidad propia y constituyen causas autónomas y separadas de los demás supuestos de suspensión o extinción del subsidio, que por ello no resultarán de aplicación cuando esas consecuencias provengan de la imposición de una sanción en los términos legalmente previstos en la LISOS, lo que supone que las causas de suspensión y extinción del derecho a que se refiere el párrafo segundo del número 2. del artículo 219 LGSS han de ser necesariamente diferenciadas en relación con las que provistas de identidad propia se contienen en la LISOS como sanciones que llevan aparejada esa suspensión o extinción del subsidio.

A la conclusión expuesta sobre la autonomía de la causa de extinción del derecho por vía de aplicación de las causas específicamente previstas en la LISOS conduce lo establecido en el artículo 25 de la norma, que dentro de la Sección dedicada a las infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones, se califica como infracción grave:

"... 3. No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) de esta ley ."

En sentido contrario, en aquellos casos en los que el perceptor del subsidio sí hubiese comunicado a la Entidad Gestora la concurrencia de esos devengos que determinarían la suspensión del derecho, la norma sancionadora no resultaría de aplicación y entrarían en juego las contenidas en el art. 219.2 LGSS .

Sostener lo contrario equivaldría a justificar que en realidad resultaría lo mismo, no existiría diferencia alguna entre dos perceptores del subsidio cuando uno de ellos hubiere cumplido con la obligación de declarar aquellos ingresos que le imponen los preceptos citados y otro no lo hubiese hecho, pues en ambos casos únicamente se produciría la suspensión del derecho como resultado final.

Quinto.

1- Además entendemos que resulta coherente con esa conclusión y dentro del análisis de la dinámica del derecho a la prestación que examinamos, el desarrollo del sistema que para mantener el derecho a la misma se contiene en el actual artículo 219.5 LGSS), en el que se dice que:

"3. Para mantener la percepción del subsidio previsto en apartado 1.3 del artículo 215 de esta Ley, para los trabajadores mayores de 55 años, los beneficiarios deberán presentar ante la entidad gestora una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda.

Dicha declaración se deberá presentar cada vez que transcurran doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de su última reanudación, en el plazo de los quince días siguientes a aquel en el que se cumpla el período señalado.

La falta de aportación de la declaración en el plazo señalado implicará la interrupción del pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social.

La aportación de la declaración fuera del plazo señalado implicará, en su caso, la reanudación del devengo del derecho con efectos de la fecha en que se aporte dicha declaración".

La interpretación armónica de esas previsiones legales en la dinámica del derecho conducen a entender que en ellas se desarrolla la exigencia de que el receptor del subsidio ha de cumplir con la exigencia básica de aportar como elemento determinante del reconocimiento inicial, y después del mantenimiento del subsidio, la documentación en la que se acrediten los requisitos legales, en este caso referidos a la carencia de rentas cuya superación determinaría la suspensión o la extinción del derecho.

Pero esa norma no contiene un sistema autónomo o aislado del bloque normativo que hemos analizado, en orden a fijar los efectos de una ocultación de ingresos relevantes, sino que se refiere a la obligación ordinaria de presentar regularmente, al menos cada doce meses, una declaración de todos sus ingresos para que de esa manera se puedan analizar por la Gestora y determinar si procede o no la continuidad en la percepción, regulándose en ese caso las consecuencias derivadas de la completa ausencia de presentación en plazo la declaración por el beneficiario, lo que excluye por definición aquellos otros casos en los que -como ocurre en el de autos- sí se ha presentado la declaración en plazo (en otro caso la gestora hubiera suspendido el derecho) pero no se ha hecho de manera completa, ocultando aquellos ingresos que, de haberse puesto de manifiesto, hubiesen motivado la suspensión o extinción del derecho.

En el caso que examinamos ahora, consta que el ingreso que tuvo la demandante se produjo el 26 de abril de 2.010 mientras percibía el subsidio por desempleo, y que no fue comunicado al Servicio recurrente, sino que el conocimiento de esa circunstancia se produjo mucho después de que se formulara por la beneficiaria la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio de 2.010, presentada ante la Administración tributaria en el año 2.011, año en el que hubo de presentar también ante la Entidad Gestora la correspondiente declaración a la que se refiere el artículo antes transcrito, así como en la documentación que se correspondía con el año 2.012, que consta unida al expediente administrativo -folio 39- en la que con fecha 10 de abril de 2.012 la interesada afirma que en el periodo de 12 meses anterior no había obtenido ingresos que superasen los límites previstos en las normas citadas para el mantenimiento del derecho al subsidio, lo que motivó que cuando en mayo de 2.012 el SPEE conoció esa circunstancia -más de dos años después del percibo del devengo-, se procediese a la apertura del expediente sancionador que ha dado lugar a estos autos.

Como vemos, no nos encontramos ante una situación en la que la beneficiaria comunicase a la Administración Gestora del Desempleo esos ingresos en la primera ocasión que tuviera de presentar la documentación correspondiente a la renovación del derecho, lo que podría tal vez haber propiciado la pretensión de una interpretación más flexible del artículo 219.5 LGSS, sino que dejó de hacerlo tanto en la que presentó en el año 2.011 como en la de 2.012, obligación que además se contiene con carácter general en el artículo 231. 1 b) y e) LGSS y se desarrolla en el artículo 10.2 del RD 625/1985, de 2 de abril, modificado por el artículo Único, seis, del Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero, en el que se dispone que "El beneficiario del subsidio previsto en el artículo 215.1.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, para los mayores de 52 años, deberá indicar en la declaración de sus rentas a que se refiere el artículo 219.5 de dicha ley, o bien que sus rentas son las mismas que en la declaración anterior, o bien que han variado y sólo en este segundo caso deberá hacer nueva declaración de sus rentas y, en todo caso, cuando lo requiera la entidad gestora, se deberá aportar la documentación acreditativa que corresponda".

2- De lo anterior se desprende que a la situación descrita resulta de aplicación el artículo 25.3 de la LISOS, al no comunicar la beneficiaria la incidencia, la situación determinante de la suspensión o extinción del derecho, situación de hecho contemplada en principio en ese precepto como infracción grave, pero sobre la que incide lo dispuesto en el artículo 47.1 b) de la LISOS, en el que se establece claramente que la sanción prevista en este caso es la de pérdida de la prestación, porque en el artículo 25.3 ya hemos visto que se refiere al supuesto de ausencia de comunicación en los casos en que haya debido hacerse porque concurría una causa de suspensión del derecho, y el citado artículo 47.1 establece que:

"b) Las graves tipificadas en el artículo 25 con pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses, salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente, en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo, así como en la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, en las que la sanción será de extinción de la prestación".

3- Del análisis conjunto de las disposiciones examinadas se desprende en este caso la necesidad de entender que concurrió, tal y como se resolvió en el expediente administrativo sancionador, la causa de extinción del subsidio analizada, pues lo cierto es que, como ya se ha dicho, la demandante no comunicó a la Entidad Gestora el ingreso de los rendimientos netos de 15.433,45 euros (a los que en la declaración de la renta se sumaron 728,91 euros por rendimientos de cuentas corrientes y depósitos) importe aquél que obtuvo en el mes de abril de 2.010 como rendimientos del rescate de tres planes de ahorro -al margen del importe principal de los propios rescates- hecho que objetivamente había de producir alteraciones en la dinámica de la prestación en la manera legalmente prevista y que, tal y como hemos razonado antes, no puede ser otra que la extinción del subsidio por desempleo.

Sexto.

Queda no obstante por determinar el alcance que la extinción del subsidio haya de tener en el caso a efectos de la imputación temporal de esos ingresos como de la devolución de cantidades indebidamente percibidas por la beneficiaria, tal y como se dispone en el artículo 47.3 de la LISOS .

Tanto la sentencia recurrida como la de contraste citan doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en apoyo de las distintas soluciones que ofrecen, con especial mención a la STS de 25 de marzo de 2.014 (recurso 1740/2013), en la que en un caso de incremento patrimonial habido por el beneficiario del subsidio por desempleo como consecuencia de la venta de unas acciones, con una ganancia de 6.215,76 euros no comunicada a la Gestora, lleva a cabo un doble pronunciamiento: por un lado se afirma que de los artículos 215 y 219 LGSS se desprende la suspensión del subsidio, no la extinción. Y por otro que, de cualquier forma, la imputación que ha de hacerse de ese incremento ha de ceñirse al mes en que se produce, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales que en ella se citan. Sucede no obstante que en el supuesto que se resolvió en esa sentencia en ningún momento se denunció la infracción de los preceptos de la LISOS antes citados, manteniéndose el debate en la pura aplicación de las normas de la LGSS, arts. 212, 213, 215 y 219.2 .

El Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo es consciente del alcance interpretativo que en esa resolución se lleva a cabo de los preceptos referidos y ahora, de manera motivada y por las razones ya dichas, se alcanza la conclusión de que la consecuencia jurídica de esas situaciones en las que no hubo comunicación del incremento o del ingreso en el patrimonio del beneficiario, ha de ser -tal y como decidió el SPEE en este caso al imponer la sanción- la de extinción del subsidio, de conformidad con lo previsto en los arts. 25 y 47 LISOS, en consecuencia con lo hasta ahora razonado.

Por otra parte, en estos casos en los que la extinción del derecho trae causa de un expediente sancionador en los que se aplica la sanción prevista en el artículo 47-1 b) de la LISOS, la no declaración de esos ingresos ha de suponer, como acabamos de decir, la extinción del subsidio y no la suspensión imputable al mes en el que se ha producido el devengo, como podría resultar de la aplicación del párrafo segundo del número 2 del artículo 219 LGSS para aquellos casos en los que sí se hubiese puesto en conocimiento de la Gestora la existencia de tales ingresos con los que se rebasan los límites previstos en el artículo 215 LGSS, lo que a su vez exige la devolución de lo indebidamente percibido en los límites fijados en la resolución administrativa sancionadora, tal y como admite la parte actora en su demanda, en la que únicamente solicita que esa devolución de proyecte sobre el mes en que el devengo se produjo, abril de 2.012, no cuestionándose entonces esa competencia de la Entidad Gestora para reclamar la cantidad ni la forma en la que se produjo la decisión administrativa complementaria para la devolución de lo indebidamente percibido, sino únicamente su alcance.

Séptimo.

En el transcurso de las extensas deliberaciones del Pleno de la Sala que han dado lugar a esta sentencia también se debatió intensamente sobre la eventual inconstitucionalidad de las normas sancionadoras citadas, el artículo 47.1 b), en relación con el 25.3 de la LISOS, por ausencia de proporcionalidad que podría incidir en el artículo 25.1 CE en relación con el 14 de la misma, lo que determinaría la necesidad de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al amparo de lo previsto en el artículo 163 de la Constitución .

Como es sabido, se trata de una posibilidad constitucionalmente prevista que puede llevar a cabo el órgano judicial cuando entienda " ... que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución..." . Como viene diciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad "es prerrogativa, exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar". (SSTS 12 de febrero de 2.013 -recurso 242/2.011 -, 18 de diciembre de 2.012 -recurso 195/2.011 -), 2 de junio de 2.013 -recurso 165/2.011 -, 16 septiembre 2014 -recurso 189/2.013 - o 17 noviembre 2014 -recurso 287/2.013 -).

Sin embargo, la Sala en su composición mayoritaria y tras la oportuna deliberación llegó a la conclusión de que tal posible inconstitucionalidad no concurría ni en consecuencia procedía que hiciésemos uso de las previsiones legales que se han citado, por las siguientes razones:

a) Podríamos coincidir en que la regulación legal que se contiene de las causas de suspensión del derecho al percibo del subsidio por desempleo previstas en sus aspectos sustantivos o de Seguridad Social en los artículos 219.2 y 213 LGSS podrían coordinarse de manera más clara con las previsiones sancionadoras de la LISOS, en los términos a que ates hemos hecho cumplida referencia, e incluso podríamos decir que aunque el tipo de conducta sancionable previsto en el número 3 del artículo 25 de la LISOS (...no comunicar salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho ...) aunque contiene los elementos de taxatividad suficientes desde la perspectiva constitucional del art. 25.1 CE, podría ciertamente redactarse de manera más clara en relación precisamente con esas situaciones a las que se refiere y que inciden en la dinámica de la prestación.

b) Dicho esto, también habría que partir de la realidad de que en éste caso no se trataría de medir la proporcionalidad de las previsiones de los citados preceptos de la LISOS en cuanto que incide en un derecho fundamental limitándolo de forma excesiva o innecesaria, lo que determinaría que al final resultase desproporcionada la norma, sino que se trataría de analizar una inconstitucionalidad puramente interna por ausencia de proporcionalidad de la propia regulación legal, que valora en este caso y sanciona la conducta del beneficiario de una prestación asistencial de Seguridad Social, comportamiento de éste que se proyecta directamente sobre los presupuestos de base de las normas que regulan el acceso y mantenimiento del derecho en cuestión, y sanciona a quien mantiene el beneficio al mismo de manera irregular mediante la ocultación de alguno de los elementos patrimoniales que darían lugar a su desaparición.

c) Se trata entonces de una opción normativa plenamente constitucional para el mantenimiento de un derecho reconocido, en la que se exige con toda lógica que el administrado facilite los datos patrimoniales o económicos veraces para ello, porque la ausencia de tal declaración en su alcance económico o cuantitativo real es una acción personal indivisible, única, en la que en no pueden proyectarse factores moderadores distintos de la propia conducta de ocultación. Ocultar poco u ocultar mucho de esta forma -salvo supuestos de absoluta insignificancia de la ocultación que esta Sala ha ponderado en algunas ocasiones- no debe por ello generar necesariamente una respuesta proporcional en la sanción, puesto que se trata en realidad de reconocer en esa conducta de ocultación única el origen de la inexistencia de los requisitos básicos para el acceso o el mantenimiento de la prestación asistencial, que precisamente por ello es única y no proporcional a los distintos ingresos acreditados. O, lo que es lo mismo, si se superan los umbrales legales de ingresos, el derecho al subsidio o no existe o desaparece. De la misma forma si se ocultan dolosa o culposamente los ingresos que impedirían el acceso al derecho, éste debe suprimirse, sin que pueda llevarse a cabo de manera parcial.

d) El principio de igualdad en relación con otras situaciones, otras conductas que se sancionan en la LISOS, y más concretamente en el artículo 47.1 b), debería proyectarse sobre situaciones objetivamente iguales, porque si bien es cierto que las sanciones en materia de prestaciones contributivas por desempleo contributivo o las de incapacidad temporal que se relacionan con conductas similares "únicamente" alcanzan a la eliminación o supresión del máximo correspondiente (de 720 días en desempleo) lo que realmente sucede es que ante la misma conducta la consecuencia también es la misma, la de extinción del derecho, que en desempleo contributivo tiene esa duración máxima.

Octavo.

De todo lo anteriormente razonado se desprende que la decisión del SPEE adoptada en el expediente sancionador de proceder a la extinción del derecho al subsidio por desempleo de la demandante y a la devolución de lo indebidamente percibido, en cuantía de 10.252,40 euros, correspondientes al periodo comprendido entre el 29 de abril de 2.010 y el 30 de abril de 2.012, resulta plenamente ajustada a derecho, tal y como informa el Ministerio Fiscal, lo que supone que la sentencia recurrida no se atuvo a la buena doctrina y determina que hayamos de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SPEE y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de tal clase interpuesto por la beneficiaria del subsidio, para confirmar la sentencia de instancia que desestimó la demanda. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de 19 de junio de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación

núm. 1153/2014, formulado frente a la sentencia de 19 de septiembre de 2013 dictada en autos 1267/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona seguidos a instancia de D^a Irene contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre Reintegro de Prestaciones, y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por la beneficiaria del subsidio, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina María Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jesus Souto Prieto Jordi Agusti Julia

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez y el voto particular formulado por los Excmos Sres. D. Luis Fernando de Castro Fernandez y D. Antonio V. Sempere Navarro, al igual que el voto particular formulado por la Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as D. Fernando Salinas Molina, Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun y D. Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. Luis Fernando de Castro Fernandez Y D. Antonio V. Sempere Navarro,

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora 3035/2014, por entender que si bien la solución de fondo adoptada se conforma con la legalidad aplicable, ofrece razonables dudas acerca de su constitucionalidad. Con absoluto respeto hacia la diversa posición mayoritaria de la Sala, entendemos que tal consideración -posible inconstitucionalidad- debiera habernos llevado a plantear la correspondiente cuestión al Tribunal Constitucional, tal como propusimos -sin éxito- en el Pleno. Como es de rigor, en apoyo de esta posición formulamos las sucintas consideraciones que siguen.

Primero. Carácter concordante del Voto Particular.

Con carácter previo queremos destacar -como se adelantó y es presupuesto de que el presente voto sea concurrente y no discrepante- nuestra plena coincidencia sobre que en plano de legalidad ordinaria el tema debatido no tiene otra solución que la albergada por la sentencia, haciendo gala de impecable y prolijo apoyo argumental. Una lectura coordinada de los preceptos en liza, tanto del TRLGSS aplicable *ratione temporis* [arts. 271, 272, 257.4 y 279.1] como de la LISOS [25.3 y 47.1.b)], lleva a la conclusión de que la no comunicación al SPEE de los rendimientos derivados del rescate de tres planes de ahorro, acaecido el 26 de abril de 2010 y por importe de 15.433,45 euros, constituye infracción grave legalmente sancionable con la pérdida del subsidio de desempleo para mayores de 52 años que venía percibiendo el demandante.

Aceptamos todos y cada uno de los contundentes razonamientos ofrecidos por el texto aprobado, considerando además -frente a lo que se argumentó en el curso de la larga deliberación- que ni tan siquiera es factible seguir una vía interpretativa que consienta acomodación de la norma a la Constitución y con la que evitar el planteamiento de la cuestión inconstitucional (SSTC 105/1988, de 8/Junio ...; 273/2005, de 27/Octubre . SSTS 16/01/12 -rco 13/11 -; 30/04/12 -rco 180/11 -; 19/06/12 -rco 129/11 -; y 23/09/15 -rco 314/14 -). En nuestro sistema no cabe una interpretación correctora de la Ley que -aunque lleve a una solución considerada más justa- comporte su inaplicación y desconocer el obligado mandato de acatarla o de plantear -ex arts. 163 CE, 35 LOTC y 5 LOPJ - la referida cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, de 19/Mayo, FJ 1 ; 73/2000, de 14/Marzo, FJ 16 ; 120/2000, de 10/Mayo, FJ 3 ; 173/2002, de 9/Octubre, FJ 9 ; 58/2004, de 19/Abril, FJ 8 ; 78/2010, de 20/Octubre, FJ 2.a ; y 37/2012, de 19/Marzo, FJ 2).

Pero a la par entendemos que la solución adoptada por el Pleno de la Sala, aunque -repetimos- incuestionablemente legal, puede colisionar con el principio constitucional de proporcionalidad, de preceptiva observancia en el ámbito del Derecho Sancionador, aún haciendo una aplicación ponderada de los principios de culpabilidad e «importancia».

Segundo.

1- El principio de proporcionalidad en el ámbito Europeo-

Doctrina solvente viene explicando que el principio de proporcionalidad supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas. A nuestros efectos interesa ver cuál es su recepción constitucional y su funcionalidad en temas como el que nos ocupa.

El artículo 10.2 CE prescribe que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por eso interesa recordar que este principio ha sido expresamente formulado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia sancionadora:

«En caso de no existir una armonización de la legislación [de la Unión] en el ámbito de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de los requisitos fijados por un régimen establecido mediante dicha legislación, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas. Sin embargo, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho [de la Unión] y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad ». Sentencia Louloudakis (C262/99, EU:C:2001:407), apartado 67.

"Las medidas administrativas o sancionadoras no deben sobrepasar lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y las modalidades de control no deben implicar sanciones tan desproporcionadas con la gravedad de la infracción que constituyan un obstáculo a las libertades reconocidas por el Tratado [FUE] ». Sentencia Comisión/Grecia (C210/91), apartado 20.

En la sentencia Louloudakis (C-262/99, EU:C:2001:407), el Tribunal de Justicia estimó que las sanciones fijadas a tanto alzado sin tomar en consideración una serie de criterios podía «resultar desproporcionada» (véanse los apartados 69 a 71).

Dada la materia sobre la que reflexionamos, mayor interés posee recordar la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

En la sentencia Ismayilov c. Rusia de 6 de noviembre de 2008 (sentencia no publicada en el Recueil des arrêts et décisions, accesible en la página de Internet del TEDH <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89412>) concluyó que «no se ha demostrado de manera convincente y ni siquiera el Gobierno [ruso] ha alegado que esta sanción por sí sola [esto es, la pena privativa de libertad] no baste para alcanzar el objetivo disuasorio y punitivo perseguido y prevenir el incumplimiento de la obligación de declarar. En tales circunstancias, la imposición de una medida de decomiso como sanción adicional era [...] desproporcionada, en el sentido de que imponía al demandante una "carga individual excesiva".

En la sentencia Griffhorst c. Francia de 26 de febrero de 2009, se concluye que «un [...] sistema [como el introducido por la modificación de 2004] permitía preservar un equilibrio equitativo entre las exigencias del interés común y la protección de los derechos humanos fundamentales», mientras que la acumulación del «decomiso y la multa[] resultaba desproporcionada[] en relación con la infracción cometida».

Examinando un supuesto de sanción con multa y decomiso la sentencia Moon c. Francia de 9 de julio de 2009 expone que para que la multa impuesta en caso de incumplimiento de la obligación de declarar sea proporcionada, debe «corresponderse con la gravedad del incumplimiento constatado, es decir, el incumplimiento de la obligación de declarar».

2- El principio en su vertiente constitucional-

Para el Tribunal Constitucional, este principio es inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia proclamado en el art. 1.1 CE (SSTC 85/1992, de 8/Junio FJ 4 ; y 111/1993, de 25/Marzo FJ 9), y aunque su ámbito principal -natural- de actuación son los derechos fundamentales y más en concreto en el supuesto de colisión de derechos, no por ello dejar de ser aplicable en todos los sectores del ordenamiento jurídico, a los que - al decir de la doctrina- atraviesa transversalmente.

Su formulación presenta dos facetas: a) positiva, en tanto que la norma -sancionadora, en el caso- ha de presentar adecuación medios/fin; y b) negativa, la prohibición del exceso y exigencia de igualdad en el sacrificio de derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha resaltado la exigencia de que la medida sea ponderada «por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, de 8/Mayo); y el Tribunal Supremo ha entendido que la medida correctora debe ser externamente proporcionada, de manera que del resultado aplicativo de la medida no debe derivarse un coste social mayor que aquel que se pretende alcanzar con ella (STS 14/07/03 -rec. 11181/98 -).

Básicamente inspirado en el «test alemán de proporcionalidad», se compone de tres subprincipios o juicios: a) idoneidad [la medida restrictiva del derecho no debe ser admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada]; b) necesidad [no puede haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho y que a la par tenga la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida]; y c) proporcionalidad en sentido estricto [las ventajas de la restricción del derecho deben compensar los sacrificios que la misma comporta para su titular].

Como se ha dicho, en definitiva, el principio de proporcionalidad constituye una prohibición de trato desproporcionado o, por emplear la terminología alemana, una «prohibición de exceso». En todo caso conviene dejar clara la distinción entre la proporcionalidad y la individualización de la sanción, pues en tanto la primera incumbe primordialmente al legislador, la segunda es más propia de los órganos de aplicación de la norma.

3- Positivización del principio-

A la vista de cuanto antecede cabe afirmar que, en la actualidad, la exigencia de proporcionalidad constituye un auténtico principio general del Derecho. Aunque no se encuentra positivizado de manera expresa en la CE [indirectamente, en el citado art. 1.1], si lo está en el Derecho europeo [arts. 5 y 12 TUE ; arts. 69, 276 y 296 TFUE], de modo que halla fundamento en las declaraciones internacionales asumidas por el art. 10.2 CE y tiene encuadre como una proyección del principio de legalidad [así, STS 09/05/00 Ar. 4763], sin que le falte vinculación con el mandato de interdicción de la arbitrariedad o el principio de razonabilidad [SSTC 99/1987, de 11/Junio ; 6/1988, de 21/Enero ; 70/1988, de 19/Abril ; 5/1996, de 16/Enero ; y 161/1997, de 2/Octubre].

Por lo que se refiere a la legalidad ordinaria, el principio de que tratamos tiene expresa proclamación en el art. 131 LRJPAC, que bajo el inequívoco título de «Principio de proporcionalidad» establece dos significativas prescripciones en orden al mismo: «2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»; y «3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme».

Tercero. Las normas sobre desempleo examinadas.

Las prescripciones legales

Tal como claramente expone la sentencia de que discrepamos, en el examen coordinado de la normativa sobre desempleo contenido en la LGSS y en la LISOS puede distinguirse claramente dos vertientes en la dinámica del subsidio por desempleo, Por un lado, la suspensión meramente interruptiva, como manifestación de la gestión en la protección por desempleo y determinada por simple incumplimiento de la obligación de aportación documental [art. 219.5 LGSS ; art. 276.3 TR/2015-]. Por otro, la extinción como medida sancionadora y para el caso de que -mediante el incumplimiento de la obligación de aportación documental o con incorrecto cumplimiento de la misma- no se comuniquen sin causa justificada las «situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción» [art. 47.1.b), en relación con el art. 25.3 LISOS].

La eventual sanción posee un doble presupuesto: 1.º) Es requisito del subsidio la carencia «de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias» [art. 215.1.1 LGSS ; art. 275.2 TR/2015]. 2.º) «Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional... las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio...» [art. 215.3.2 LGSS ; art. 275.4 TR/2015].

Derivadamente, la falta de declaración respecto del ingreso de cualquiera de los conceptos referidos - muchos de los cuales ni tan siquiera suponen un real incremento patrimonial, sino que lo es tan sólo nominal- en cantidad igual o superior a 474,98 en 2010 [el SMI era de 633,30 €/mes, conforme al art. 1 RD 2030/2009, de 30/Diciembre], comporta -si no media causa justificativa- la completa pérdida del subsidio reconocido, el cual -no hay que olvidarlo- podía haber alcanzado diez años de duración; lo que a su vez, en un contexto de absoluta precariedad laboral y de todavía mayores dificultades para encontrar un nuevo empleo por parte de los trabajadores en edad madura -determinante de una hipotética reapertura del derecho-, significa una más que probable imposibilidad de acceso a la jubilación contributiva.

Detección de la posible falta de proporción

Estando en cuestión el respeto al principio de proporcionalidad por parte del referido cuadro sancionador, la cuestión relevante se desliza hacia el modo en que haya de indagarse si realmente concurre esa tacha. ¿Cómo debiera comprobarse ese eventual defecto de nuestro sistema de protección social?

En la STC 55/1996, con reiteración posterior en la STC 161/1997, se indica que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad [...]. Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción » (fundamento jurídico 3).

De conformidad con estas pautas hemos de abordar ya la afectación que la proporcionalidad pueda recibir al imponerse una sanción de Derecho Público, tanto en sí misma considerada (apartado 3) cuanto respecto de las previstas para supuestos análogos (apartado 4).

Ausencia de proporcionalidad intrínseca.

Al hilo de las medidas represivas contenidas en el Código Penal, la STC 136/1999, de 20 de julio, explicó que el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). Veamos si en nuestro caso puede existir esa anomalía constitucional.

La duración máxima del subsidio alcanza desde los 55 años [art. 215.3 LGSS ; 274.3 TR/2015] «hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación» [art. 216.3 LGSS ; art. 277 TR/2015]. Por tanto, la circunstancia de que toda ocultación de ingresos en los expuestos términos legales comporte automáticamente la extinción del derecho al subsidio, consecuencia establecida sin excepción ni baremación alguna, entendemos que contraría el principio de proporcionalidad más arriba expuesto.

Lo anterior no implica desconocer la necesidad de combatir con la mayor contundencia los supuestos de percepción fraudulenta. Pero la atribución de aquellas drásticas consecuencias [pérdida automática del subsidio por hasta casi diez años y la del consiguiente posible acceso a la pensión de jubilación contributiva], de forma automática por la no declaración -dolosa o culposa- de ingresos a partir de tan sólo 474,98 euros, consideramos que socava la virtualidad del principio de proporcionalidad de las infracciones y sanciones, máxima teniendo en cuenta lo siguiente:

La consecuencia se establece sin distinción entre lo que propiamente es «renta» en sentido civil [incrementos reales del patrimonio, por rendimiento del trabajo, ganancias patrimoniales...] y lo que lo es en sentido tributario [rentas nominales, por compensar escasamente la devaluación monetaria, tales como intereses del capital mobiliario, plusvalías...].

Tampoco se atiende al importe de la cantidad no declarada -escasa o cuantiosa- baremando su posible consecuencia.

En todo se impone la sanción por incumplimientos atribuibles a «simple inobservancia» [art. 130.1 LRJPAC].

Todo ello, si bien presenta la genérica adecuación medios/fin [idoneidad y necesidad] propia de la exigible proporcionalidad, a nuestro entender incurre -cuando menos en determinados supuestos- en ausencia del tercer factor exigible, el de proporcionalidad estricta, alcanzando un indeseable exceso, precisamente porque la norma no consiente individualización alguna y porque puede llevar a que en algunos casos la gravedad de la sanción genéricamente impuesta no se corresponda con la posible entidad menor de la infracción o el grado de culpabilidad.

Piénsese, por ejemplo, en intereses o rendimientos por un determinado capital, que ni tan siquiera llega a compensar la pérdida de valor que el transcurso del tiempo pudo haber supuesto para el correspondiente depósito dinerario; realmente no hay incremento patrimonial alguno, y sin embargo su falta de declaración se sanciona - conforme a la LISOS- con igual rigor que para el supuesto de que se hubiesen obtenido cuantiosas ganancias patrimoniales o rentas en otro empleo.

Ausencia de proporcionalidad relativa

a) La quiebra del principio de proporcionalidad adquiere su vertiente más reconocible cuando una conducta recibe castigo del todo dispar (por elevado) respecto de conductas análogas. Veamos también si eso sucede en nuestro caso respecto de la regulación albergada en la LISOS, según la redacción vigente en la fecha de los hechos litigiosos.

La conducta descrita en el artículo 25.3 LISOS ("no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de

dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación) comporta la imposición de "extinción de la prestación" (art. 47.1.b LISOS).

b) De entrada, la consecuencia se parifica con la atribuida a las infracciones graves que cometan los beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo. Sin embargo, bien pensado, aparece aquí un primer elemento de disparidad en las consecuencias y de vulneración de la proporcionalidad: mientras que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años (art. 215.2 LGSS) puede extenderse hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (art. 216.3 LGSS), la prestación contributiva no supera en ningún caso los 720 días (art. 210.1 LGSS).

Dicho abiertamente: el derecho cuya pérdida se prescribe solo puede extenderse dos años en un caso y hasta trece en el otro. El séxtuplo de consecuencias desfavorables para una conducta calificada con la misma gravedad, y en la misma situación de necesidad (desempleo), parece difícilmente compatible con las exigencias de la proporcionalidad relativa incluso teniendo en cuenta que en un caso se trata de prestaciones contributivas y en el otro la naturaleza es mixta.

c) Pero si ponemos la atención en las anomalías cometidas por quienes son beneficiarios de pensiones no contributivas la conclusión es similar. Se trata de comparación muy ilustrativa puesto que, al igual que en el subsidio, aquí también opera el presupuesto de carencia de ingresos; y la duración (puesto que hablamos de pensiones) ya no está limitada temporalmente.

Pues bien, la disparidad de consecuencias sancionadoras en este supuesto no puede resultar más palmaria: frente a la pérdida del derecho a percibir el subsidio (que puede afectar hasta a 13 años de disfrute) lo que prescribe el artículo 47.1.b) LISOS es la "pérdida" de la pensión durante un período de tres meses. La dispar consecuencia es tan obvia que no consideramos necesario extendernos acerca de la misma.

d) Nótese asimismo que en el supuesto de infracciones muy graves (no meramente graves, como las contempladas en el artículo 25 LISOS y que procede aplicar en el presente caso) la consecuencia atribuida por el artículo 47.1.c) LISOS es la pérdida de la pensión durante un período de seis meses.

En consecuencia: ni siquiera los comportamientos identificados como de mayor gravedad transgresora pueden abocar a una consecuencia tan severa cual la derivada de haber cometido una infracción menos grave en materia de subsidio por desempleo.

e) En fin, sin ánimo ni necesidad de agotar esta vertiente de reflexión, nótese asimismo que la extinción del subsidio por desempleo puede ser una consecuencia comprensible cuando se ha incurrido en una infracción grave y la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social duraba el tiempo previsto en el artículo 216.1 LGSS para el resto de casos: 18 meses (en general), 24 o 36 meses (mayores de 45 años en ciertos casos), 6 o 21 meses (en otros casos).

Sin embargo, recordemos que aquí hablamos del subsidio que, pese a su denominación, en algunos casos se aproxima más (por el tiempo promedio de su duración) a una pensión que a una prestación temporalmente acotada a un máximo de 24 o 36 meses.

Cuarto. Incidencia correctora del principio de culpabilidad-

Igualmente se manifiesta la referida desatención al principio de proporcionalidad en el hecho de que el art. 130.1 LRJPAC tampoco requiere expresamente -como veremos- que la infracción administrativa no sólo sea imputable desde el punto de vista de su causación material [imputación objetiva], sino que también lo sea desde su atribuibilidad volitiva [imputación subjetiva]. Dispone tal precepto que «[s]ólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia». Aunque de manera tangencial, hemos de llamar la atención sobre la dificultad de conciliar esta última expresión (admitiendo la imputación objetiva) con el principio de culpabilidad -íntimamente ligado al de proporcionalidad-, que no tiene expresa consagración en la CE, pero que el Tribunal Constitucional ha inferido de los principios de legalidad y proporcionalidad [art. 25 CE] y de las exigencias inherentes al Estado de Derecho [STC 76/1990, de 26/Abril].

Por ello la doctrina ha venido sosteniendo que la desafortunada fórmula [«simple inobservancia»] ha de equipararse a la similar -pero más correcta- de «simple negligencia» utilizada por el art. 77 LGT/1985 y respecto de la que ha sostenido el Tribunal Constitucional que «con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción ... sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente». Coherentemente, tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria admiten a tales efectos -culpabilidad- la relevancia del error [de tipo y prohibición], en cuya determinación de vencibilidad o invencibilidad se han seguido varios criterios y entre ellos: a) el de diferenciar los supuestos de normas confusas que puedan dar lugar a diversas interpretaciones igualmente razonables, de aquellas otras formuladas con claridad y susceptibles de una sola interpretación [SSTS -III- 06/07/95 -rec. 6456/93 -; 28/02/96 Ar. 1764 ; 03/10/98 -rec. 8920/92 -; y 24/10/98 -rec. 5803/92 -]; b) el de atender a los conocimientos -jurídicos y técnicos- de quien dice padecer el error (así, SSTS -V- 18/10/02 - rec. 89/02-; -III - 09/12/05 -rec. 253/03 -; y - V-

20/12/05 -rec. 76/05 -); c) cuando la norma presenta «indudable dificultad técnica» debe dar lugar a la exoneración de responsabilidad (SSTS -III- 20/04/02 -rec. 491/97 -; 29/06/02 -rec. 4138/97 -; 23/09/02 -rec. 6703/97 -; y 15/10/02 -rec. 8094/97 -).

Mediante esta interpretación -acorde al principio constitucional de culpabilidad- se corrige la extrema desproporción -e injusticia- que supondría sancionar en los términos ya vistos a quien objetivamente y sin culpabilidad incumpliese la obligación de comunicar ciertos hechos al SEEP. Ahora bien, pese a todo -por no establecer distinción alguna la norma- se sigue desconociendo el principio de proporcionalidad cuando se sanciona en igual manera a una ocultación dolosa de cuantiosos ingresos que a la no comunicación por culpa leve e incluso por negligencia levísima de mínimas y esporádicas rentas; siempre que alcancen ese listón del 75 por 100 del SMI.

Quinto. Significativa operatividad del principio de insignificancia.

En último término nos parece obligada una referencia a un principio que -aparte de guardar relación innegable con la tipicidad- también incide en el ya tratado principio de proporcionalidad, permitiendo atemperar aquélla -la tipicidad- y por lo mismo facilitar -al operador jurídico- una aplicación más ajustada de la proporcionalidad, pero -entendemos- sin llegar a eliminar su vulneración en muchos otros casos.

Nos referimos en concreto al llamado «principio de insignificancia», conforme al cual no pueden considerarse típicas las acciones que, aunque formalmente encajan un tipo y son antijurídicas, tienen una relevancia mínima. Principio de justicia del que hicimos aplicación -aun sin expresamente denominarlo- en algunas ocasiones, como en las SSTS 27/04/15 [rcud 1881/14], 12/05/15 [rcud 2683/14] y 14/05/15 [rcud 1588/14 -], que en supuestos de realización de cometidos agrícolas por parte de desempleados, excluyeron la rigurosa aplicación de su legal incompatibilidad con la percepción del subsidio de desempleo [art. 221.1 LGSS : «[] la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social...»] y toda relevancia sancionadora, atendiendo a la consideración del escaso contenido económico de la actividad llevada a cabo y acudiendo a un presumible destino -en gran medida- de autoconsumo, ajeno a lo que -con cierta propiedad- ha de calificarse como verdadero «rendimiento económico».

Principio que habría de aplicarse -también- en supuestos de no declaración al SPEE de escasos o nimios ingresos o rendimientos que hubiese tenido el desempleado, y cuya consideración típica -ex arts. 25.3 y 47.1.b) LISOS - comportaría, en el supuesto de subsidio para mayores de 52 años, la desproporcionada consecuencia - como ya hemos resaltado- de que haya de reintegrarse el subsidio ya percibido, se prive de su percepción futura - prevista hasta cumplir la edad para jubilarse- y con ello se dificulte en grado sumo el propio acceso a la pensión de Jubilación. Pero si bien con ello -«insignificancia»- se proporcionaría adecuada solución en muchos supuestos, el principio de proporcionalidad seguiría estando ausente en muchos otros en que la severidad de la infracción se pondría de manifiesto en la desigual consideración que -a la vista de los valores en juego- merecen la relativa -en su caso- entidad de la infracción cometida y el importante sacrificio que -siempre- se impone al infractor.

Sexto. Conclusión.

Los AATC 20/2015 y 111/2015 recuerdan que "cuando se aduce la existencia de un trato desproporcionado, debe primero alegarse en qué medida se afecta, además, al contenido de otros derechos constitucionales, pues sólo cuando la desproporción suponga vulneración de dichos derechos cabrá, en su caso, declarar la inconstitucionalidad de la norma [SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3 ; y 136/1999, de 20 de julio, FJ 22].

En el presente caso es evidente que entre en juego la no discriminación y el trato igual (art. 14 CE) en conexión con la dispar consecuencia que una misma conducta posee para unos u otros beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social. Atendiendo exclusivamente al subsidio por desempleo, que es la materia abordada en el procedimiento de base, resulta que se trata de la modalidad percibida por quienes tienen más de 52 años, lo que hace que deba conjugarse la virtualidad del principio de proporcionalidad de las sanciones de Derecho Público con la protección propia de la no discriminación por razón de edad.

Es evidente que solo quienes ya han cumplido ese número de años pueden verse afectados por una privación del subsidio por desempleo que vaya más allá de unos meses y llegue hasta más de diez años. Adicionalmente, nótese que está en juego la protección frente al desempleo, precisamente la única situación de necesidad específicamente mencionada por el artículo 41 de la Ley Fundamental al identificar las que debe proteger el sistema de Seguridad Social.

Consideramos, en suma, que el juego de los preceptos de la LISOS mencionados (artículos 25,2 y 41.1.b) comporta la infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones de Derecho Público, vulnerando el artículo 25.1 de la Constitución en conexión con el artículo 14.

Entendemos que no está a nuestro alcance modular las consecuencias sancionadoras (por analogía con lo previsto para pensiones no contributivas o para el resto de subsidios por desempleo) derivadas de que se haya cometido una infracción grave por el beneficiario de un subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

La norma en cuestión (el artículo 47.1.b LISOS) es portadora de una consecuencia inconstitucional (respecto de supuestos como el presente) y resulta claramente decisiva para la decisión del procedimiento judicial entablado en su día.

Por todo ello, consideramos que esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo debiera haber trasladado la cuestión al Tribunal Constitucional, con los efectos previstos en el artículo 163 CE y normas concordantes.

Madrid, 19 de febrero de 2016

adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun y D. Jordi Agusti Julia,

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 3035/2014.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.

Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección en el ámbito de la Seguridad Social pública, en un tema tan sensible como es el de la protección de la situación de desempleo y, más concretamente, el desempleo de trabajadores mayores de 52 años, que han visto extinguida la prestación de desempleo y a los que se reconoce el subsidio.

En efecto, como más adelante se verá, la interpretación que se venía efectuando por esta Sala de los artículos 25.3 y 47.1 b) del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en adelante LISOS, era más favorable, que la que efectúa la sentencia de Pleno, al entender que procede la extinción del subsidio de desempleo y no la suspensión del mismo, en el supuesto de que no se comunique al Servicio Público de Empleo Estatal, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho.

Segundo.

Los hechos que han de tomarse en consideración para resolver la cuestión debatida son los siguientes:

-A la actora se le reconoció el derecho al percibo del subsidio de desempleo, para mayores de 52 años, del 28/03/2009 a 23/05/2021.

-El 26/04/2010 rescató tres planes de ahorro, de los que obtuvo un rendimiento de 15.433,45 €, lo que no comunicó al Servicio Publico de Empleo Estatal.

-En la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas presentada en el año 2011, correspondiente al ejercicio 2010, declaró dicho ingreso, más 728,91 € de intereses de cuentas o depósitos.

-El 4 de mayo de 2012 la Entidad Gestora requirió a la actora para que aportase los datos correspondientes, momento en el que dicha Entidad tuvo conocimiento de los citados ingresos.

-El 04/06/2012 la Entidad Gestora dictó resolución en el expediente sancionador tramitado, imponiendo la sanción de pérdida del derecho al subsidio por no comunicar el referido ingreso. Sanción confirmada por resolución de 25 de septiembre de 2012.

Tercero.

La normativa de aplicación, teniendo en cuenta la fecha en la que sucedieron los hechos -con anterioridad a la aparición del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social- es la siguiente:

Ley General de la Seguridad Social. Título III: "Protección por desempleo":

Artículo 212. 1: "El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora en los siguientes casos: a) Durante el periodo que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social ."

Artículo 219.2: "Serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213.

Asimismo el subsidio se suspenderá por la obtención, por tiempo inferior a doce meses, de rentas superiores a las establecidas en el artículo 215, apartados 1.1, 2, 3 y 4 y 3 de esta Ley y por dejar de reunir...Tras dicha suspensión el trabajador podrá reanudar la percepción del subsidio siempre que acredite el requisito de carencia de rentas y, en su caso, el de responsabilidades familiares, en los términos establecidos en el artículo 215.3.1 de esta Ley. En el caso de que la obtención de rentas o la inexistencia de responsabilidades familiares, recogidas en el párrafo anterior, se mantenga por tiempo igual o superior a doce meses, se extinguirá el subsidio. Tras dicha extinción, el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio si vuelve a encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1.1,2,3 y 4 del artículo 215 de esta Ley y reúne los requisitos exigidos"

Artículo 231.1.e): "Son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo...e) Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones "

Artículo 232: "En materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el presente Título y en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto".

RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social:

Artículo 25: "Son infracciones graves: ... 3. No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación". Posteriormente se ha añadido el inciso "siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) de esta ley".

Art. 47.1: "En el caso de los solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo...las infracciones se sancionarán...b) Las graves tipificadas en el artículo 25 con pérdida de la prestación o pensión durante un periodo de tres meses, salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente, en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo...en las que la sanción será de extinción de la prestación".

Cuarto.

1- Hay que poner de relieve una espinosa cuestión que se plantea al examinar la normativa aplicable al asunto controvertido, en concreto, la sanción que corresponde a la infracción imputada -"No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación..." -(artículo 25.3 de la LISOS)- ya que aparece una clara discordancia entre dos bloques de preceptos que, en principio, pudieran resultar de aplicación, previéndose en uno la suspensión del subsidio (artículos 212 y 219 de la LGSS) y, en otro, la extinción (artículo 47.1 b) de la LGSS).

Así el artículo 212 de la LGSS, encuadrado en el Título III de la Ley "Protección por desempleo" establece: "1- El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora en los siguientes casos: a) Durante el periodo que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social."

El artículo 219.2 de la LGSS prevé la suspensión de la percepción del subsidio por la obtención, por tiempo inferior a doce meses, de rentas superiores a las establecidas en el artículo 215, apartados 1.1, 2, 3 y 4 y 3 de esta Ley .

Por su parte el artículo 47 de la LISOS, encuadrado en la subsección 4ª, bajo el epígrafe: "Sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de desempleo y de Seguridad Social" dispone: "1- En el caso de los solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo ... las infracciones se sancionarán: ... b) Las graves tipificadas en el artículo 25 con pérdida de la prestación o pensión durante un periodo de tres meses, salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo ... en las que la sanción será de extinción de la prestación".

2- Los dos bloques normativos resultan, en principio, aplicables al supuesto examinado ya que, no solo la LISOS regula la materia sancionadora, sino también la LGSS que, expresamente, señala en el artículo 232 que en materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el presente Título y en la LISOS. Esta discordancia normativa en la entidad de la sanción que corresponde imponer -extinción o suspensión de la prestación- casa mal con las exigencias que el propio concepto de ordenamiento jurídico conlleva.

Tal y como ha puesto de relieve la reciente sentencia de esta Sala -en la que se abordó también la discordancia entre la regulación de las sanciones por desempleo en la LGSS y los artículos 25.3 y 47.1c) de la LISOS - adoptada en Pleno, el 21 de abril de 2015, recurso 3266/2013: " Esa situación de discordancia, cuando no abierta contradicción, pugna con las exigencias que el propio concepto de ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) comporta. La complejidad del panorama normativo, sus dificultades interpretativas o su inestabilidad pueden explicar el resultado; pero ello en modo alguno implica que pueda dejar de exigirse la nota de coherencia que cuadra al referido concepto. "Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten " (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre ; 150/1990, de 4 de octubre ; 222/2006, de 6 de julio). De este modo, el intérprete ha de obviar la incoherencia que pueda presentar el ordenamiento buscando la interpretación más acorde a la Constitución y, claro está, sin desbordar sus propias atribuciones".

3- La duplicidad normativa ha de resolverse con una interpretación integradora de las normas, que permita alcanzar un resultado coherente y acorde con nuestro ordenamiento jurídico.

Tal reflexión nos conduce a afirmar que ha de ser aplicada la regulación contenida en el bloque prestacional y, por lo tanto, la conducta infractora ha de ser sancionada con la suspensión de la prestación, no con la extinción.

Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primera: Es más respetuosa con la Constitución, que ha de ser la guía en la interpretación y aplicación de las leyes que hagan los Jueces y Tribunales (artículo 5 LOPJ). En efecto, el artículo 41 de la Constitución contempla la protección de las situaciones de necesidad "especialmente en caso de desempleo".

Segunda: Evita la inseguridad jurídica que se desencadena si se mantiene la posibilidad de aplicar dos bloques normativos con regulación diferente y, especialmente, con previsión de sanciones distintas a aplicar a una misma conducta infractora.

Si aparecen como posibles dos consecuencias -suspensión o extinción de la prestación- ofrece mayor seguridad jurídica aplicar la que aparece en el bloque regulador de las prestaciones de desempleo -suspensión- que, entre otros, regula la dinámica de la citada prestación.

Tercera: Aplica el principio de proporcionalidad, que rige el derecho sancionador. En efecto, es contrario a dicho principio que se imponga la sanción máxima - extinción del subsidio- por la comisión de una infracción grave, siendo así que, en aras del principio de proporcionalidad, a una infracción grave no puede corresponderle la sanción máxima, que ha de estar reservada para las infracciones muy graves. Desde esa misma óptica hay que poner de relieve que también resulta manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad que se imponga la misma sanción -extinción del subsidio- a una infracción grave que a una muy grave, ex artículo 47..1 c) de la LISOS, que sanciona conductas tales como actuar fraudulentamente para obtener prestaciones, convivencia con el empresario para la obtención de dichas prestaciones...

En el supuesto examinado la comunicación tardía al Servicio Público de Empleo Estatal, si bien a requerimiento de éste, de la obtención de rentas por importe de 16.162,36 € -15.433,45 € dimanantes del rendimiento de tres planes de ahorro y 728,91 € de intereses de cuentas o depósitos- acarrea, a tenor de la aplicación de la LISOS, la extinción del subsidio de desempleo que se le había concedido a la actora por un periodo de doce años; la imposibilidad de acceder durante dicho periodo a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido y la no cotización durante dicho periodo por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación.

Cuarta: Atiende al principio de especialidad. El tratamiento otorgado por la LGSS - artículo 219. 2, párrafos segundo y tercero- a la obtención por el beneficiario del subsidio de rentas superiores a las establecidas en el artículo 215, apartados 1.1, 2, 3 y 4 y apartado 3 de la LGSS, supone la distinción de dos supuestos diferentes - obtención de rentas por tiempo inferior o superior a doce meses- que acarrean consecuencias también diferentes - suspensión o extinción del derecho, respectivamente- lo que implica un tratamiento minucioso, casuístico, detallado y ponderado del hecho y sus consecuencias, ausente del tratamiento indiferenciado, genérico y sin matices que el artículo 47.1 b) de la LISOS dispensa al mismo hecho.

Quinta: La complejidad normativa que incide en el derecho al mantenimiento del subsidio, en supuestos como el ahora examinado, torna en casi imposible entender que la conducta del beneficiario encaja en el tipo del artículo 25.3 de la LISOS .

Esta cuestión ha sido examinada por la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2014, recurso 2135/2013, que contiene el siguiente razonamiento: " Como poníamos de relieve en nuestra STS/4ª de 29 octubre 2003 (rcud. 4767/2002), ese deber está reforzado en el 25.3 LISOS. Éste tipifica como infracción grave la conducta de " No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a

su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación " (según el texto vigente aplicable al caso, previo a la reforma introducida por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social).

Por su parte, el art. 47.1 b) LISOS señala que las faltas graves tipificadas en el art. 25 se sancionan "con pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses, salvo las de su número 3 en las prestaciones y subsidios de desempleo en que la sanción de extinción de la prestación ".

Decíamos en esa última sentencia citada que, "interpretado estrictamente, como corresponde al principio de tipicidad, la conducta de infracción descrita en el precepto es la omisión de comunicación de información trascendente en el mantenimiento de la prestación de desempleo".

Y sosteníamos allí lo siguiente: " La formulación literal del complejo de disposiciones que incide sobre la decisión del caso parece indicar, al insistir en que el beneficiario «solicite» y «comunique» la «baja en las prestaciones de desempleo», que el deber de éste de poner en conocimiento de la entidad gestora las circunstancias económicas o familiares que pueden tener repercusión en el mantenimiento del derecho a prestaciones de desempleo ha de ir precedido y acompañado de un estudio o valoración por parte del propio beneficiario de la pertinencia de la «baja» solicitada o comunicada. Sin embargo, esta configuración del deber de comunicación a la entidad gestora no parece realista, ni se sostiene tampoco a la vista de los criterios de la interpretación lógica y de la interpretación sistemática".

Por eso, poníamos de relieve que "... es a la entidad gestora y no el beneficiario a quien corresponde legalmente la atribución de reconocer, y mantener en su caso, el derecho a las prestaciones de desempleo (art. 226.1 LGSS), llevando a cabo los complicados y dificultosos cálculos y operaciones interpretativas que lo determinan; complicación y dificultad que se acrecientan seriamente, por cierto, debido al acelerado cambio normativo experimentado en este sector del ordenamiento. El papel del beneficiario se debe limitar lógicamente a colaborar en la efectividad de la regla de evaluación continua del derecho prevista en el art. 215.1 LGSS, proporcionando información inmediata o «momentánea» de los cambios de circunstancias económicas, profesionales o familiares que puedan tener relevancia en la decisión de la entidad gestora; una decisión que, por otra parte, habrá de ser revisada de nuevo si sobreviene otro cambio de circunstancias de distinto signo".

Finalmente, concluíamos que "La valoración y calificación de tales posibles cambios de circunstancias como «baja» o «alta» en prestaciones de desempleo no es, en suma, carga del beneficiario sino competencia de la entidad gestora. En cualquier caso, como ya se ha dicho, aunque se extienda el deber de comunicación en los términos señalados, la sanción de la omisión del mismo con pérdida del derecho ha de limitarse, de acuerdo con el principio de tipicidad, a las omisiones de información con trascendencia en el mantenimiento del derecho a prestaciones" .

4. La cuestión de la obtención de unas rentas percibidas en un momento preciso y mediante un único ingreso no ha de llevar a considerar el alcance de esa comunicación en tanto que, como hemos visto, la obligación de efectuar la misma se hace depender de la ulterior incidencia que el importe de las rentas en cuestión haya de tener en la pervivencia de la prestación.

La complejidad puesta de relieve -y constatada por la doctrina jurisprudencial numerosa sobre el modo de computar este tipo de ingresos- impide sostener que la falta de comunicación en el momento mismo en que el ingreso se produce pueda suponer la pérdida definitiva de la prestación. Téngase en cuenta que, en todo caso, los ingresos se reseñan en la ulterior declaración tributaria, que sí se comunica a la Entidad gestora del desempleo y que es, por tanto, el análisis de las cantidades y de la naturaleza de las rentas la que deberá llevar a la declaración de percepción indebida, si es que se hubiera superado el límite.

Sexta: Respeto la jurisprudencia de esta Sala. La sentencia de 30 de abril de 2014, recurso 2135/2013, ha entendido que procedía la suspensión, y no la extinción de la prestación, en un supuesto en el que la beneficiaria del subsidio por desempleo percibió una póliza de seguro por importe de 10.296,23, ingreso que no comunicó al Servicio Público de Empleo Estatal, por lo que le impuso la sanción de extinción de la prestación en aplicación de los artículos 25.3 y 47.1 b) de la LISOS .

Por su parte, en fecha reciente, en concreto en sentencia de Pleno, de 21 de abril de 2015, recurso 3266/2013, se ha examinado la discordancia entre la regulación de las sanciones en materia de desempleo en la LGSS y en la LISOS, abordando la cuestión referida a la sanción a imponer a un trabajador por ausentarse de España por tiempo inferior a 90 días, sin comunicarlo a la Entidad Gestora (en fecha anterior al RD Ley 11/2013), conducta tipificada en el artículo 25.3 de la LISOS y a la que se aplicaba por el SPEE -al igual que en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala- la sanción prevista en el artículo 47.1 b) de la LISOS . La sentencia, que entiende es aplicable la regulación contenida en la LGSS, contiene el siguiente razonamiento:

"A) La necesidad de eliminar incoherencias normativas.

Siempre por referencia al momento en que se producen los hechos litigiosos (mediados de 2009), nos encontramos con que la misma conducta es contemplada por un bloque normativo (el sancionador) como causa de extinción de la prestación, mientras que para otro conjunto de normas (prestacionales) se trata de circunstancia que conduce a la suspensión (con arreglo, precisamente a nuestra jurisprudencia).

Esa situación de discordancia, cuando no abierta contradicción, pugna con las exigencias que el propio concepto de ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) comporta. La complejidad del panorama normativo, sus dificultades interpretativas o su inestabilidad pueden explicar el resultado; pero ello en modo alguno implica que pueda dejar de exigirse la nota de coherencia que cuadra al referido concepto. "Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incommunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten " (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre ; 150/1990, de 4 de octubre ; 222/2006, de 6 de julio). De este modo, el intérprete ha de obviar la incoherencia que pueda presentar el ordenamiento buscando la interpretación más acorde a la Constitución y, claro está, sin desbordar sus propias atribuciones.

Pues bien, entendemos que la superposición normativa reseñada quedaba bien resuelta por nuestra jurisprudencia, partidaria de atender a la perspectiva prestacional y no a la sancionadora. De ese modo se salvaba también la proporcionalidad de las consecuencias asignadas al incumplimiento del deber de comunicar la salida al extranjero pues cuadra mal con él que tuviese el mismo trato una ausencia de 16 que de 89 días. No olvidemos que el artículo 41 de la Constitución postula la protección de las situaciones de necesidad y que pide que ello se haga "especialmente en caso de desempleo", marcando así un canon interpretativo que, en la medida en que concuerda con la legalidad ordinaria, debe aplicarse.

La coherencia también conduce a pensar que si la ausencia de comunicación del viaje desemboca en la suspensión de la prestación (descartándose la extinción de la misma), mal podría sostenerse que se llegase al resultado opuesto (extinción de la prestación, devolución de todo lo percibido) por la vía de las sanciones.

B) La evitación de consecuencias alternativas.

Razonamiento complementario al anterior se extrae de la contemplación del principio de seguridad jurídica, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución . Dicho principio viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10 ; 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4 ; 126/1987, de 16 de julio, FJ 7 ; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 10 ; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6 ; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 ; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3 ; y 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2). Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). En suma, sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 ; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4 ; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15).

También la interpretación que venimos patrocinando quiere alinearse con la mejor defensa posible de las exigencias expuestas. Porque si aparecen como posibles dos consecuencias, no cabe duda de que ofrece mucha mayor seguridad estar a aquella que aparezca contemplada (tácitamente, según nuestra jurisprudencia) en el bloque regulador de las propias prestaciones que se disfrutaban. Razones de contigüidad topográfica, facilidad de conocimiento y dinámica prestacional así parecen avalarlo.

C) Proscripción indirecta de discriminaciones y especialidad.

Que la misma Entidad Gestora pudiera poner en marcha dos tipos de actuaciones bien heterogéneas frente a una misma conducta abona la existencia de discriminaciones objetivas en la aplicación de las leyes. Quiere decirse que el deficiente diseño legal comportaba la posibilidad de sancionar en un caso y suspender la prestación en otro.

No se trata de que el SPEE pretendiera tratar de modo diverso a unas y a otras personas en función de factores de discriminación (nacionalidad, raza, sexo, etc.) sino de que el mismo organismo tenía a su disposición posibilidades heterogéneas de actuar ante una misma situación. Basta estudiar las sentencias que esta Sala ha dictado, algunas ya mencionadas, para comprobar que en unos casos la ausencia sin comunicar desembocó en la

imposición de una sanción y en otros en la extinción de la prestación como medida de gestión; en ocasiones se actuaba sobre la base de la LISOS y en otras sobre la LGSS o su desarrollo reglamentario.

Descartando la posibilidad de imponer una sanción a lo que el ordenamiento contempla como causa de suspensión de la prestación se consigue, de manera indirecta, abortar la existencia de tratamiento distinto a casos iguales.

Adicionalmente, también cabe hablar de la mayor especialidad que poseen las normas sobre prestaciones de desempleo que las sancionadoras sobre todo tipo de prestaciones de Seguridad Social.

D) Principio de proporcionalidad.

Tal y como nuestra sentencia de contraste apunta, las circunstancias de cada caso deben influir en las sanciones administrativas a aplicar a beneficiarios de la prestación de desempleo que incumplen los deberes de información y documentación. Las previsiones de la LISOS no permiten matiz alguno, porque desembocan en la extinción del derecho; lo mismo da que se omita comunicar una circunstancia que genera la extinción que la de otro hecho que solo arrastre la suspensión.

Escapa a nuestra competencia la inaplicación de una norma con rango de Ley, sin perjuicio de que optásemos por trasladar la cuestión al Tribunal Constitucional (art. 163 CE). Pero sí está a nuestro alcance resolver la concurrencia normativa de referencia del modo expuesto y comprobar que la modulación de consecuencias desfavorables para quien se traslada al extranjero siendo beneficiario de prestaciones por desempleo acaba siendo coherente con el referido principio de proporcionalidad."

Esta doctrina ha sido aplicada en posteriores sentencias, entre otras, las de 26 de mayo de 2015, recurso 1982/2014 y 24 de junio de 2015, recurso 2896/2014.

Quinto.

Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió desestimar el recurso formulado por el Servicio Público de Empleo Estatal, en el sentido de que no procede la extinción del subsidio por desempleo sino la suspensión del mismo.

Madrid, 19 de febrero de 2016

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