

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 165/2019, de 5 de marzo de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 4645/2017

**SUMARIO:**

**La protección por desempleo. Reconocimiento de la prestación cuando se ha extinguido el contrato por voluntad del empleador durante el periodo de prueba y antes del transcurso de 3 meses desde que el demandante iniciara el disfrute de una excedencia voluntaria en su anterior empresa.** Cuando el trabajador que se encuentra en excedencia desempeña en tal situación un nuevo trabajo y luego cesa en él contra su voluntad, si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en que le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en situación legal de desempleo. Es cierto que la decisión de cese acaece antes del plazo de 3 meses señalado en el artículo 267.1 a). 7 de la LGSS, pero no puede estimarse que concurre el presupuesto atinente a la extinción de la relación laboral anterior a que se refiere el mencionado artículo, al encontrarse aquél vínculo en situación de suspensión por mor de la excedencia petitionada y concedida por el primer empleador. Por tanto, el trabajador está en desempleo real por el cese en la segunda empresa, pero también por haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa anterior, sin que hubiere transcurrido todavía el plazo inicial para solicitar el reingreso, y sin que tampoco conste dato alguno que permita sostener la concurrencia de una actuación fraudulenta en orden a la obtención de las prestaciones por desempleo. En este contexto, la vía de acceso y cobertura normativa para que el trabajador alcance la prestación demandada es la articulada en el artículo 267.1 a) apartado 3 de la LGSS (y no en el 7), ante el cese acaecido por voluntad unilateral del empleador.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), art. 267.1 a).3º y 7º.  
RD 625/1985 (Protección por desempleo), art. 1.1 k)  
RDLeg 2/2015 (TRET), art. 45.1 k).

**PONENTE:**

*Doña Concepción Rosario Ureste García.*

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA  
Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO  
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4645/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.ª Concepcion Rosario Ureste Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 165/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 5 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D. Obdulio , frente a la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en recurso de suplicación nº 359/2017 , interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de agosto de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pamplona , en autos nº 41/2017, seguidos a instancia de D. Obdulio contra Servicio Público de Empleo Estatal, sobre desempleo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Concepcion Rosario Ureste Garcia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 24 de agosto de 2017, el Juzgado de lo Social nº 1 de Pamplona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debiendo desestimar y desestimando la demanda interpuesta por Don Obdulio frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, debo absolver y absuelvo a la entidad gestora demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra".

#### **Segundo.**

Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El actor Don Obdulio ha venido prestando servicios para la empresa Lys Alimentación, S.A. desde el 27.2.2004 y posteriormente para su sucesora Berlus Alimentación, S.L.U.- Solicitada por el actor a la empresa un periodo de excedencia voluntaria, la misma le fue reconocida con comunicación de fecha 10.8.2016, por el periodo desde el 22.8.2016 hasta el 21.8.2018. (Documentos que obran en autos a los folios 8 y 9).- SEGUNDO.- En fecha 1 de septiembre de 2016 el actor comienza a prestar servicios para la empresa MAIER NAVARRA, S.L.U. en virtud de un contrato indefinido a jornada completa, estableciéndose un periodo de prueba de 6 meses.- En fecha 4 de noviembre de 2016, vigente todavía el periodo de prueba, la empresa Maier Navarra, S.L.U. procede a resolver el contrato de trabajo. (Documentos que obran en autos a los folios 10 y 18).- TERCERO.- En fecha 15 de noviembre de 2016 el actor solicitó ante la entidad gestora demandada la prestación contributiva de desempleo. (Documento que obra en autos al folio 30).- CUARTO.-Mediante Resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo de Navarra de fecha 17.11.2016 se acuerda denegar la prestación solicitada, porque: "su relación laboral se extinguió durante el periodo de prueba, a instancia del empresario, sin que hubiera transcurrido el plazo de tres meses desde la extinción de su anterior relación laboral, lo cual no constituye una situación legal de desempleo". Todo ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 267.1.a)7º TRLGSS. (Documento al folio 35 retro de autos).- QUINTO.- Presentada por el actor reclamación administrativa previa en fecha 13 de diciembre de 2016, la misma fue desestimada con Resolución de 15 de diciembre de 2016. (Documentos que obran en autos a los folios 12 y 19).-

SEXTO.- Desde el 17.3.2017 el actor presta servicio para la empresa BSH Electrodomésticos España, S.A. (Documento que obra en autos al folio 51)".

#### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia, por la representación legal de D. Obdulio , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por DON Obdulio , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° Uno de los de Navarra, en el Procedimiento N° 41/17, seguido a instancia del recurrente contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre Desempleo, CONFIRMANDO la sentencia recurrida. Sin costas".

#### **Cuarto.**

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por la representación legal de D. Obdulio , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 19 de febrero de 2013 (rec. 2/2011 ), aclarada por Auto de 27 de junio siguiente, e invocando la infracción de los artículos 262.1 y 267.1.a) 3º de la LGSS , artículo 1.uno apartado K) RD 625/1985 , en relación con el artículo 41 de la CE y con la doctrina jurisprudencial que relaciona.

#### **Quinto.**

Se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Habiéndose personado la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente; la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta del Servicio Público de Empleo Estatal, impugnó el recurso denunciando en primer término su inadmisibilidad, ante la inexistencia de contradicción, y subsidiariamente postulaba su desestimación. Instruida e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de marzo de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La cuestión nuclear sometida a consideración de esta Sala por la parte actora recurrente, consiste en el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo cuando se ha extinguido el contrato por voluntad del empleador durante el periodo de prueba y antes del transcurso de tres meses desde que el demandante inició el disfrute de una excedencia voluntaria en su anterior empresa.

1. La sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fecha 13 de noviembre de 2017 (RS 359/2017 ) confirma la desestimación de la demanda acordada por la resolución de instancia, considerando que el actor no se encontraba en situación legal de desempleo, y aplicando al efecto las previsiones del artículo 267.1.a) apartado 7º del TR de la LGSS (precedente artículo 208.1.g) LGSS ). En esencia, argumenta que la relación laboral anterior se encontraba en suspenso al haber accedido el trabajador a la situación de excedencia voluntaria, y la nueva que suscribe resulta extinguida durante el periodo de prueba, no encontrándose por tanto en situación legal de desempleo.

2. El recurso de casación interpuesto funda la contradicción con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Las Palmas, de fecha 19 de febrero de 2013 (rec. 2/2011 ) e invoca la infracción de los artículos 262.1 y 267.1.a) 3º de la LGSS , artículo 1.uno apartado k) RD 625/1985 , en relación con el artículo 41 de la CE y con la doctrina jurisprudencial que relaciona.

3. El Ministerio Fiscal, en cumplimiento del trámite preceptuado en el artículo 226.3 LRJS , estima improcedente el recurso articulado en función de la aplicación del artículo 267.1.a) 7º TRLGSS que específicamente regula la situación de autos.

La Abogacía del Estado, en la representación que ostenta del Servicio Público de Empleo Estatal, impugna el recurso denunciando en primer término su inadmisibilidad, ante la inexistencia de contradicción, y subsidiariamente postula su desestimación en razón a la falta de cumplimiento de las exigencias del artículo 267.1.a) 7º TRLGSS.

### Segundo.

Procede examinar con carácter prioritario la concurrencia o no del requisito de contradicción dispuesto en el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ).

La jurisprudencia acuñada en esta materia expresa que, la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no exige una identidad absoluta, sí es necesario, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales."

También argumenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Entre las más recientes resoluciones que recuerdan esta doctrina cabe citar las SSTS de fechas 18/12/2018, rcud 710/2017 o 4/12/2018, rcud 3547/2016 .

1. Los datos fácticos a destacar en este momento de la resolución recurrida, ponen de manifiesto que el demandante prestó servicios para la empresa Lys Alimentación, S.A. desde el 27.2.2004 y posteriormente para su sucesora Berlus Alimentación, S.L.U., solicitando un periodo de excedencia voluntaria que le fue reconocida en comunicación de fecha 10.8.2016, por el lapso comprendido entre el 22.8.2016 y el 21.8.2018. En fecha 1 de septiembre de 2016 comienza a prestar servicios para la empresa MAIER NAVARRA, S.L.U. en virtud de un contrato indefinido a jornada completa, estableciéndose un periodo de prueba de 6 meses. Y el día 4 de noviembre de 2016, vigente todavía el periodo de prueba, la empresa Maier Navarra, S.L.U. procede a resolver el contrato de trabajo. La causa de negación por el SPEZ de la prestación solicitada fué el que "su relación laboral se extinguió durante el periodo de prueba, a instancia del empresario, sin que hubiera transcurrido el plazo de tres meses desde la extinción de su anterior relación laboral, lo cual no constituye una situación legal de desempleo".

2. La sentencia referencial hace constar que el demandante solicitó de la empresa el 9 de julio de 2008 una excedencia voluntaria especial de 1 año, al amparo de lo dispuesto por el artículo 31 del convenio colectivo por el periodo 31 de julio de 2008 a 30 de julio de 2009, y que suscribió contrato indefinido a tiempo completo con otra mercantil (Canaragua, S.A.), pactando un periodo de prueba de tres meses y siendo la fecha de inicio el día 7 de agosto de 2008, El nueve de septiembre siguiente, el nuevo empleador comunica al trabajador la no superación del periodo de prueba.

En la correlativa fundamentación entiende que no ha concurrido una extinción de la relación laboral como exigía el precepto de cobertura (anterior art. 208.1.1.g) LRJS ), sino una suspensión derivada de la situación de excedencia voluntaria, de forma que, al no existir prueba de fraude alguno, se trataría de un cese por decisión unilateral del empleador, "lo que constituye el supuesto general de situación legal de desempleo."

3 . De la necesaria puesta en comparación de las pretensiones deducidas, del capítulo fáctico en las que se sustentan y los correlativos fundamentos, se infiere la concurrencia de una identidad sustancial, en aras al cumplimiento de las exigencias del art. 219 LRJS .

En ambos supuestos los actores, con contrato indefinido, se sitúan en excedencia voluntaria (de un año y dos respectivamente). Inmediatamente, sin lucrar prestación por desempleo, suscriben un nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido con periodo de prueba (de diferente duración en uno y otro supuesto). En ambos casos se extingue unilateralmente por el empleador el contrato de trabajo dentro del periodo de prueba, y en ambos la

duración del segundo vínculo contractual es inferior a tres meses (en uno de poco más de un mes y en otro de poco más de dos meses).

Sin embargo, los fallos alcanzados son opuestos, ya que la sentencia recurrida aplica el artículo 267.1. a) 7º LGSS señalando que no procede el reconocimiento del acceso a las prestaciones contributivas por desempleo, con fundamento en que la relación laboral se extinguió durante el periodo de prueba, a instancia del empresario, sin que hubiera transcurrido el plazo de tres meses desde la extinción de su anterior relación laboral, lo que no constituye una situación legal de desempleo, mientras que la referencial, por el contrario, declara aplicable el artículo 208.1.1.c) LGSS 1994 (hoy artículo 267.1. a) 3º LGSS concluyendo que procede el reconocimiento de las prestaciones por desempleo al tratarse una pérdida involuntaria de ocupación laboral y excluyendo la aplicación del artículo 208.1.1.g) LGSS 1994 (hoy artículo 267.1. a) 7º LGSS ).

Los diversos datos temporales que arriba se explicitan, en los que se funda la alegación de inadmisión del SPEE, resultan en este caso insuficientes para enervar la conclusión avanzada de concurrencia de una identidad sustancial entre los supuestos objeto de comparación. Se apertura, en consecuencia, el examen de la cuestión de fondo deducida en este recurso de índole extraordinaria, ante la necesidad de una unificación doctrinal.

### Tercero.

1. Invoca la parte actora recurrente la infracción de los artículos 262.1 y 267.1.a) 3º de la LGSS , artículo 1.uno apartado k) RD 625/1985 , en relación con el artículo 41 de la CE y con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala de fechas 6 de febrero de 2003 y 29 de diciembre de 2004 , para sostener que la pérdida de la ocupación laboral por desistimiento del empleador en el periodo de prueba, encaja en el supuesto habilitante relativo a que el cese se produzca por causas ajenas a la voluntad del trabajador.

2. El punto 7.º del artículo 267.1.a) TRLGSS dispone que se encontrará en situación legal de desempleo el trabajador que vea extinguida su relación laboral: " Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción ." Por su parte, el punto 3º de la letra a) del apartado 1 del mismo art. 267 del TRLGSS contempla la situación correlativa en supuestos de extinción de la relación laboral por despido.

3 . La sentencia de esta Sala de fecha 24 de marzo de 2001 (rcud 749/2000 ), respecto de un supuesto parecido, argumentaba lo que sigue: "cuando el trabajador que se encuentra en excedencia...desempeña en tal situación un nuevo trabajo y luego cesa en él contra su voluntad, si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en que le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en la situación de desempleo". En otro de sus pasajes seguía razonando que "es claro que no se encuentran en situación legal de desempleo quienes "no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente"; mandato éste que tiene una relación evidente con los casos de excedencia voluntaria mencionados. Ahora bien, la persona que se encuentra en excedencia voluntaria no siempre puede solicitar, de forma válida y eficaz, su reingreso al servicio activo , puesto que tal clase de solicitud sólo podrá formularse con respecto al momento en que termine el plazo por el que se le concedió dicha excedencia , o en aquellos casos, muy poco frecuentes, en que se pacta explícitamente la posibilidad de solicitar el empleado en cualquier momento el reingreso al servicio activo , sin restricción temporal alguna en tal sentido. Pero si el plazo de la excedencia convenido todavía no está próximo a su fin, la solicitud de reingreso del trabajador carece por completo de efectividad, pues la empresa no está obligada a tomar en consideración tal clase de peticiones hasta el momento en que ese plazo haya concluido. Precisamente por eso, el mencionado art. 208-2-4 se preocupa de hacer referencia expresa a "los casos y plazos establecidos en la legislación vigente".

En la de fecha 29 de diciembre de 2004 (rcud 5582/2003), referenciada por el recurrente, el núcleo debatido ante ésta Sala IV versó sobre la concurrencia o no de la situación legal de desempleo de quien estando en excedencia voluntaria en una empresa, trabaja luego para otra y es cesado en esta última por decisión empresarial, sin que previamente hubiere solicitado el reingreso en la empresa inicial. Con alusión al precedente transcrito, señala que la Sala ha otorgado respuesta de esta forma a la problemática que entiende derivada de "la especial situación" de quien disfrutando de una excedencia voluntaria, "es despedido o cesa por cualquier otra causa legal en la nueva empresa" antes de finalizar el período de excedencia, "puesto que el trabajador se encuentra en desempleo real por el cese en la segunda entidad, pero también por haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa

anterior; y el problema se concreta en determinar si a pesar de hallarse voluntariamente en excedencia puede aceptarse que se halle en situación legal de desempleo teniendo en cuenta que la LGSS sólo protege de la contingencia de desempleo - art. 203.1 LGSS - a quienes "pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo", o lo que es igual, a quienes hayan perdido un empleo y carezcan de él por razones ajenas a su voluntad", concluyendo el derecho a la prestación del entonces actor, al no poder serle exigido "para destruir la condición de desempleado involuntario el previo intento de reincorporarse a la empresa cuando carece de todo derecho a ello".

4. El caso enjuiciado en la presente Litis debe obtener análoga respuesta, atendido que tampoco había transcurrido aún el inicial plazo para solicitar la reincorporación al trabajo precedente, e igualmente el trabajador ha resultado cesado -en este supuesto concreto durante el periodo de prueba- por decisión unilateral del empleador.

Es cierto que esta decisión acaece antes del plazo de tres meses -requisito objetivado en virtud de la reforma del mercado laboral llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril (Ley 22/1992 de 30 de julio), y así lo recordaba el Tribunal Constitucional (en Auto 229/1999, de 28 de septiembre de 1998), al decidir la cuestión de inconstitucionalidad promovida con relación al precedente art. 208 LGSS, "en el marco la política de racionalización del gasto público, la lucha contra el fraude en la contratación laboral y la percepción de las prestaciones por desempleo y la promoción de la competitividad mediante el favorecimiento de cierta permanencia en el puesto de trabajo que se ocupa o en la estimulación en la búsqueda del mismo"- en el actual artículo 267.1.a) 7º TRLGSS, pero tampoco concurre el presupuesto atinente a la extinción de la relación laboral anterior.

Aquél vínculo se encuentra en situación de suspensión por mor de la excedencia petitionada y concedida por el empleador (ex artículo 45.1.k) ET), de forma que resulta de aplicación el criterio jurisprudencial que acabamos de recordar, puesto que el trabajador está en desempleo real por el cese en la segunda empresa, pero también por haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa anterior, sin que hubiere transcurrido todavía el plazo inicial para solicitar el reingreso, y sin que tampoco conste dato alguno que permita sostener la concurrencia de una actuación fraudulenta por parte del demandante en orden a la obtención de las prestaciones por desempleo.

La vía de acceso y cobertura normativa para que el trabajador alcanzase la prestación demandada, es la articulada en el punto 3º del mismo precepto (art. 267.1.a) TRLGSS), ante el cese acaecido por voluntad unilateral del empleador.

5. La doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste, procediendo, en consecuencia y oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida para dictar otra que se acomode a la buena doctrina unificada. Y resolviendo en trámite de suplicación el recurso de tal naturaleza interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en la instancia, revocamos dicha resolución para estimar la demanda y declarar el derecho del actor a percibir las prestaciones por desempleo en su día reclamadas.

No procede imponer las costas al recurrente por no concurrir las exigencias establecidas para ello en el art. 235 de la misma LRJS .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D. Obdulio, contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en recurso de suplicación nº 359/2017 que casamos y anulamos; y resolviendo en trámite de suplicación el recurso de tal naturaleza interpuesto en su día por el demandante contra la sentencia dictada en la instancia, debemos revocar como revocamos dicha resolución para estimar la demanda y declarar el derecho de D. Obdulio a percibir las prestaciones por desempleo reclamadas, condenando a su pago al Servicio Público de Empleo Estatal. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.