

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 5872/2018 de 8 Nov. 2018, Rec. 4934/2018

Ponente: Soler Ferrer, Felipe.

Nº de Sentencia: 5872/2018

Nº de Recurso: 4934/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Para cobrar el subsidio por desempleo los padres no son tenidos en cuenta como responsabilidades familiares

SUBSIDIO POR DESEMPLEO. Responsabilidades familiares. Procede el reintegro al SPEE del subsidio indebidamente percibido por la actora porque a tenor de lo preceptuado en la LGSS, pese a convivir con su madre de 84 años enferma que depende en exclusiva de ella, no tiene responsabilidades familiares. Sólo son tenidos en cuenta a estos efectos el cónyuge o hijos, pero no los ascendientes. Tampoco cumple el requisito de tener 55 años de edad. VOTO PARTICULAR.

El TSJ Cataluña desestima el recurso de suplicación interpuesto, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, y declara conforme a derecho el reintegro del subsidio por desempleo percibido.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2018 - 0001018

EMA

Recurso de Suplicación: 4934/2018

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 8 de noviembre de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 5872/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Trinidad frente a la Sentencia del Juzgado Social 12 Barcelona de fecha 27 de abril de 2018, dictada en el procedimiento nº 719/2017 y siendo recurrido INEM. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de septiembre de 2017, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Desempleo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2018, que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimo la demanda formulada por el Servicio Público de Empleo Estatal y en consecuencia se revoca la resolución de 7/09/2015 que reconoce el derecho a la demandada a la percepción del subsidio para mayores de 55 años y se condena a la parte demandada a reintegrar al SPEE la cantidad de 10.057,87 euros más las cantidades que se perciban a partir de la interposición de la demanda de fecha 31/08/2017."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** Doña Trinidad ha percibido, tras agotar la prestación contributiva por desempleo el día 25/05/2008 las siguientes prestaciones de nivel asistencial: subsidio especial entre el período 26 de mayo a 25 de noviembre de 2008; subsidio agotamiento sin responsabilidad familiar de 26 de diciembre de 2008 a 25 de junio de 2009, renta activa de inserción (I) del 2/07/2009 a 1 de junio de 2010; renta activa de reinserción (II) de 3/06/2011 a 2/05/2012 y renta activa de reinserción (III) de 11/05/2013 a 10/04/2014.

SEGUNDO.- Doña Trinidad cumplió 55 años en fecha 13/08/2015 (por cuanto nacida en fecha 13/08/1960) y solicitó el subsidio para mayores de 55 años en fecha 24/08/2015.

TERCERO.- En fecha 7/09/2015 se reconoce por el derecho a la prestación con fecha de inicio el 13/08/2015 y fecha final el 15/08/2021 siendo la BR diaria de 17,75 euros y 14,20 euros de cuota diaria. La última prestación percibida fue en 25 de junio de 2009 y desde entonces no había obtenido cotizaciones. Doña Trinidad reside junto a su madre, doña Begoña (nacida en fecha NUM000/1933), está soltera y no tiene descendencia.

CUARTO.- La parte demandada percibió 10.057,87 euros hasta el 30/07/2017 en concepto subsidio a mayores de 55 años."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La parte demandante formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, que estima la demanda presentada por la entidad gestora (SPEE) y revoca la resolución administrativa que concedió a la actora el subsidio para mayores de 55 años, condenándola asimismo a que reintegre al SPEE la cantidad de 10.057,87 euros, más las cantidades que perciba a partir de la interposición de la demanda de fecha 31 de agosto de 2017.

El recurso, que no ha sido impugnado, consta de un único motivo suplicatorio, de revisión histórica, en el que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho. Se alega en esencia que la sentencia de instancia valora de forma errónea la prueba practicada. Se parte en el recurso de que la actora en momento alguno ha ocultado información o pretendido engañar al servicio público de empleo. Ni tampoco ha ocultado información alguna sobre sus rentas. Añade que ha quedado demostrado que la actora tiene un familiar a su cargo, que es su madre, cuya convivencia con ella está acreditada. El estado de necesidad de la madre y su situación económica no permiten a la actora, según dice, contratar a una cuidadora externa, y que, pese a lo dispuesto en el artículo 275.3 de la Ley General de la Seguridad Social, la madre es un familiar directo según lo dispuesto en el artículo 917 del Código Civil, por lo que la Administración no puede considerar que para unos actos los padres sean familiares en línea directa y para otros no, sobre todo cuando se trata de la protección y asistencia económica a los mayores, como en el caso que nos ocupa. Corresponde, según el recurso, a la Administración el control de los requisitos y condiciones precisos para la concesión de prestaciones y subsidios de seguridad social, por lo que no puede achacarse al beneficiario el error de la entidad gestora. Por todo ello, se concluye, con cita de la STEDH 26/4/2018, que la resolución dictada constituye una carga excesiva para la hoy recurrente dada su falta de ingresos, sus problemas de salud y tener bajo su cuidado y responsabilidad económica a su anciana y enferma madre de 84 años.

SEGUNDO.- El recurso no puede prosperar. La revisión histórica pedida sólo afecta en parte al hecho probado

primero, para que donde dice "subsidio agotamiento sin responsabilidad familiar" se diga "subsidio agotamiento **con** responsabilidad familiar". Lo que no puede merecer favorable acogida, pues no se cita documento alguno del que pudiera evidenciarse el pretendido error.

Como bien recoge la sentencia recurrida, *para obtener el subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y cinco años el trabajador deberá tener cumplida la edad de cincuenta y cinco años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo; o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio de los supuestos contemplados en los apartados anteriores o cumplirla durante su percepción. Pues bien, la actora agotó el subsidio de desempleo en fecha 25 de junio de 2009, contando entonces con 49 años de edad, por lo que no cumple el requisito establecido en el art. 274.4 LGSS. Y como también señala acertadamente la sentencia recurrida, tampoco le puede corresponder esta prestación para mayores de 55 años por encontrarse la actora en el supuesto de "haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares", pues de acuerdo con el art. 275.3 LGSS los ascendientes no son tenidos en cuenta a los efectos de determinar las responsabilidades familiares. En tal sentido se pronuncia la Sentencia de esta Sala de lo Social de 1-9-2000. Podría ciertamente buscarse un sentido de equidad a la norma, referida al concepto constitucional de familia, en el que estarían todos los obligados a la prestación de alimentos. Pero la literalidad del precepto no ofrece duda y donde la norma es clara no cabe la interpretación, de ahí que los ascendientes a los efectos del subsidio de desempleo no son miembros computables como sujetos a cargo.*

TERCERO. - El Legislador, para privar de todo margen de flexibilidad a los órganos judiciales, a través de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (de medidas fiscales, administrativas y del orden social), añadió un nuevo párrafo tercero al art. 45 LGSS obligando al íntegro reintegro de las prestaciones indebidas, en los plazos que establece, " *con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora*", por lo que quedó sin efecto toda la jurisprudencia flexibilizadora que el TS aplicaba, ponderando las circunstancias concurrentes, a determinados

supuestos que acontecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley 66/1997.

Como recuerda y reitera la STS/IV 22-12-2008 (rcud 508/2008), " *Una vez más debe esta Sala pronunciarse sobre el alcance del art. 45.3 de la LGSS , según la redacción que de dicho precepto ordenó el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre , conforme al cual, la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora. Plazo de prescripción que la Ley 55/1999 , de 21 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, redujo a cuatro años*".

En suma, *la nueva redacción del art. 45.3 de la LGSS (actual art. 55.3 LGSS RDL 8/15), ordenada por el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre , dejó sin efecto la jurisprudencia anterior que permitía ponderar la conducta adoptada por el beneficiario y el organismo gestor en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento en atención al principio de buena fe y a los perjuicios que podían derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida.*

Finalmente, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida refiere que la actora está soltera, no tiene descendencia y reside junto a su madre (nacida en 1933). No consta que tenga mala salud ni que carezca de cualquier tipo de ingreso. De dicho relato no se desprende pues que exista una situación de precariedad económica tal que pudiera afectar incluso a las posibilidades de subsistencia de la actora, que tiene en todo caso la posibilidad de solicitar en el procedimiento recaudatorio ante la Tesorería General de la Seguridad Social el aplazamiento o el fraccionamiento en el pago de la deuda, pudiendo también solicitar la extinción provisional de la deuda por insolvencia probada.

Procediendo por todo ello la desestimación del recurso y la plena confirmación de la sentencia impugnada.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Trinidad contra la sentencia

de 27 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona en sus autos nº 719/2017, en materia de desempleo, y en su virtud confirmamos en todas sus partes dicha resolución. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº NUM003, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº NUM002, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES NUM001. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

VOTO PARTICULAR.-

a la sentencia dictada en autos 4934/2018, que emite el Magistrado D. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

Haciendo uso de la facultad conferida por el art.260.2 de la LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en los autos 4934/2018, por discrepar, con la mayor consideración y respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, y del criterio adoptado por ésta y entender que debió estimarse el recurso presentado por Da Trinidad.

I.- RESUMEN DEL CASO

Se trata de un procedimiento de reintegro de prestaciones iniciado por el SPEE frente a la recurrente, en la que se pretende la revocación de la resolución de la aprobación del subsidio por desempleo para mayores de 55 años de fecha 24/08/2015, y se condene a la demandada a reintegrar al SPEE la cantidad de 10.057, euros correspondientes al período 13/08/2015 a 30/07/2017, más las cantidades que se perciban a partir de la interposición de la demanda.

La sentencia recurrida estima totalmente la demanda interpuesta por el SPEE.

La razón de ello radica en que D^a Trinidad agotó el subsidio de desempleo en fecha 25/06/09, contando entonces con 49 años, con lo que no cumple con el requisito exigido en el art.274.4 LGSS

Además, tampoco cumpliría con el requisito del art.275.2 LGSS, pues a pesar de convivir con su madre de 84 años, no se trata de una responsabilidad familiar, puesto que dicho precepto no contempla a los ascendientes.

No se discute que la resolución de concesión del subsidio para mayores de 55 años fue efectuada de buena fe y sin ocultación de dato alguno por parte de la beneficiaria y que, por circunstancias sólo imputables a la Entidad Gestora del desempleo (SPEE), se le concedió indebidamente.

II.- RECURSO

El recurso pide la revisión de hechos probados, incidiendo en que la beneficiaria del subsidio convive con su madre, que se halla en estado de necesidad y que su situación económica no le permite contratar una cuidadora externa (documento 5); así como que las rentas de la Sra. Trinidad no superan el 75% de SMI.

Afirma, además que su madre es un familiar a su cargo, a pesar de lo que dispone el art.275.3 LGSS y que, conforme a la STEDH 26 de abril de 2018, Caso Cakarevic c. Croacia, la sentencia recurrida constituye una carga excesiva para la recurrente dada su falta de ingresos, sus problemas de salud, por tener a su cuidado y responsabilidad a su madre de 84 años enferma , y que por tanto se vulnera su derecho a la propiedad en el sentido que contempla el Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

III.- VOTO MAYORITARIO.

Coincido con el voto mayoritario en que la actora agotó el subsidio de desempleo en fecha 25 de junio de 2009, contando entonces con 49 años de edad, por lo que no cumple el requisito establecido en el art. 274.4 LGSS. Y como también señala acertadamente la sentencia recurrida, tampoco le puede corresponder esta prestación para mayores de 55 años por encontrarse la actora en el supuesto de "haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares", pues de acuerdo con el art. 275.3 LGSS los ascendientes no son tenidos en cuenta a los efectos de determinar las responsabilidades familiares.

Esta interpretación literal del precepto, que acoge el voto mayoritario, ya fue sostenida por esta Sala en nuestra STSJ Cataluña de 1 de septiembre de 2000 Rec núm. 3784/2000 , que excluyó a los descendientes del beneficiario del subsidio del concepto de responsabilidades familiares del entonces art.215 LGSS 1994 ; criterio mantenido por otras Salas (STSJ Madrid 475/1999 de 18 mayo.) y que luego fue respaldado por la sentencia recaída en unificación de doctrina: STS 5 diciembre 2008 , de la que nuestra sentencia fue sentencia de contraste. **En ella, se dijo:**

*"Es la citada sentencia de contraste (STSJ de Cataluña del 1 de septiembre de 2000 (R. 3784/00), **la que mantiene la doctrina correcta**, sin que resulte aquí de aplicación la tesis que refleja nuestra sentencia de 17 de enero de 2000 (R. 1655/09) y la que en ella se cita (TS 17-3-1997), pues en ambas resoluciones se analizaba la prestación no contributiva de incapacidad permanente, prevista en los arts. 144 a 152 de la LGSS , cuyo cómputo de rentas y los grados de parentesco de los integrantes de la unidad económica de convivencia a tales efectos tiene su propia y muy diferenciada regulación.*

Respecto a la prestación que aquí se discute, esto es, el nivel asistencial del desempleo, el primer párrafo (con relación a la interpretación del segundo párrafo -que aquí no se discute- pueden verse las sentencias de esta Sala de 30 de mayo y 27 de julio de 2000 [R. 2717/99 y 1894/99]) del art. 215.2 de la LGSS dispone con claridad que "se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias". Esta Sala ha considerado que deben incluirse, como hijos a cargo, no sólo los comunes del matrimonio y los privativos del solicitante desempleado sino también los privativos de su cónyuge que convivan en la misma unidad familiar (TS 23- 9-1997 , R. 277/97). Pero estando fuera de discusión en el ámbito del presente recurso de casación unificadora que el actor, sin tomar en consideración a su nieta (que, como se ve, en principio, y salvo que estuviera -y no consta que fuera el caso- en el régimen de acogimiento familiar, simple o permanente, previsto en los artículos 172 y siguientes del Código Civil (LA

LEY 1/1889) , no se encuentra entre los parientes que, a estos efectos, describe la norma transcrita), superaba el umbral del 75% del SMI, es evidente que, a salvo de lo que pudiera deparar el análisis del resto de los motivos articulados en el recurso de suplicación, no sólo habría de reintegrar la suma indebidamente percibida por el subsidio sino que, en contra de lo que solicitaba en su demanda, no tendría derecho a reanudar su percepción.

Es verdad que esta Sala, en atención a otras circunstancias que aquí no concurren, y tratando en particular del problema referido al límite del salario mínimo interprofesional al que alude el art. 211.3 de la LGSS para la prestación contributiva de desempleo, ha aplicado criterios de flexibilidad cuando los padres de los menores han fallecido y es el abuelo quien se hace cargo de la guarda y cuidado de aquéllos, teniéndolos en su propio domicilio, conviviendo con ellos y haciéndose cargo del sustento y demás necesidades de tales menores (TS 13-6-1998 , R. 4718/97), pero lo cierto es que, como se decía, **ni en este caso consta que concurrieran ninguna de tales circunstancia ni la claridad de la norma permite efectuar otra interpretación que no sea la literal antes apuntada, sin que pueda la Sala incluir a otros parientes, a través de una interpretación integradora como la efectuada por la sentencia impugnada, porque con ello invadiría, tal como ya hemos advertido en alguna ocasión similar (STS 3-11-2004 , R. 2345/2003), la esfera competencial del legislador.**

Hasta este punto, estoy de acuerdo, como no podía ser de otra forma, con el voto mayoritario.

IV.- OBJETO DE LA DISCREPANCIA.

El disenso con la mayoría proviene de que, con independencia de que, efectivamente, la recurrente no tuviera derecho al subsidio de mayores de 55 años, la condena al reintegro del mismo en cuantía de 10.057,87 euros, a mi entender, supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la propiedad (art.33 CE y art.10.2 CE en relación con el Protocolo 1 del CEDH), teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, e interpretando el derecho de propiedad de acuerdo con el principio rector que obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes, ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art.41 CE).

Hay que partir de que, en su momento, dicho **subsidio se le concedió indebidamente por el SPEE, única y exclusivamente por circunstancias atribuibles a la Entidad Gestora** -extremo que nadie discute.

En segundo lugar, tratándose de un subsidio para mayores de 55 años, en situación de desempleo prolongado, hay que entender que **las cantidades en concepto de subsidio desde 24/08/2015 hasta 30/07/16, cuantificadas en 10.057,87 euros, fueron destinadas a subvenir las necesidades existenciales básicas de una mujer a cuyo cargo y bajo su dependencia se hallaba su madre de 84 años, a quien desde hace 10 años la beneficiaria del subsidio cuida, pues la misma precisaba del soporte para las ABVD (Documento nº 5 de la demandada, f.35).**

Para terminar, hay que recordar que **es requisito para el acceso al subsidio, que el solicitante carezca 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, situación de carencia de rentas, que no se discute y que no consta que se haya modificado tras la interposición de la demanda rectora de este proceso.

V.- PRESTACIONES SOCIALES Y DERECHO DE PROPIEDAD EN LA DOCTRINA DEL TEDH.

El derecho de propiedad, como todos los derechos fundamentales, debe ser interpretado, conforme al art.10.2 CE (STC 36/1991, de 14 de febrero , F.5 y STC 48/2005 , de 3 de marzo).

En este sentido, España ha ratificado el Protocolo Adicional del CEDH (BOE número 11, de 12 de enero de 1991), en cuyo artículo 1 se dice :

"Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para

garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas."

Principios generales sobre el Derecho de Propiedad

Según la jurisprudencia del TEDH, el artículo 1 del Protocolo núm. 1, que garantiza en sustancia el derecho de propiedad, contiene **tres normas distintas** (ver, concretamente, Sentencia James y otros contra Reino Unido de 21 febrero 1986 [TEDH 1986, 2], serie A núm. 98-B, pg. 29-30, ap. 37):

- la primera, que se expresa en la primera frase del primer apartado y reviste un carácter general, enuncia el principio del respeto a la propiedad;
- la segunda, que figura en la segunda frase del mismo apartado, trata de la privación de la propiedad y la somete a ciertas condiciones;
- la tercera, consignada en el segundo apartado, reconoce a los Estados el poder, entre otros de reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general. La segunda y la tercera, que aluden a ejemplos concretos de vulneración al derecho de propiedad, deben interpretarse a la luz del principio consagrado por la primera. (STEDH 27 mayo 2004, Caso OGIS c. Francia).

Partiendo de ello, el TEDH recuerda que el **concepto de "posesiones" a que se refiere la primera parte del artículo 1 del Protocolo núm. 1, tiene un significado autónomo que no se limita a la propiedad de bienes físicos** y que es independiente de la denominación formal que reciba, e incluye ciertos otros derechos e intereses que constituyen activos y que también pueden considerarse como "derechos de propiedad" y, por lo tanto, como "posesiones" a los fines de la citada disposición (véase, entre otras: Iatridis v. Greece [GC], n. 31107 / 96, § 54, ECHR 1999-II, y Depalle v. France [GC], n. ° 34044/02, § 62, ECHR 2010).

Continúa razonando el TEDH que, aunque el artículo 1 del Protocolo núm. 1 se aplica únicamente a las posesiones existentes de una persona y no crea un derecho a adquirir bienes; en determinadas circunstancias también **puede gozar de la tutela del artículo 1 del Protocolo núm.1 una "expectativa legítima"** de obtener un activo (ver, entre muchas autoridades, Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], n. ° 73049/01, § 65, ECHR 2007-I, y Béláné Nagy v. Hungary [GC], n. ° 53080/13, § 74, ECHR 2016).

En este sentido, el TEDH precia que **una expectativa legítima debe ser algo más concreto que una mera esperanza y basarse en una disposición legal o acto jurídico, como una sentencia**. La esperanza de que un derecho de propiedad largamente extinguido pueda ser revivido no puede considerarse como una "posesión"; como tampoco puede serlo una obligación condicional que ha caducado como resultado del incumplimiento de la condición. Además, no puede decirse que surja una "expectativa legítima" cuando existe un conflicto en cuanto a la interpretación y aplicación correctas de la legislación nacional, y las presentaciones del solicitante sean posteriormente rechazadas por los tribunales nacionales. El mero hecho de que un derecho de propiedad esté sujeto a revocación en determinadas circunstancias no impide que sea una "posesión" en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1, al menos hasta que se revoque (véase Béláné Nagy, citado anteriormente, § 75, Beyeler v. Italia [GC], n. ° 33202/96, § 105, ECHR 2000 I, y Krstic v. Serbia, n. ° 45394/06, § 83, 10 de diciembre de 2013).

La propiedad y las pensiones o prestaciones sociales.

El TEDH, en su STEDH 6 noviembre 2008, Caso Kokkinis c. Grecia, **(ap.29)**, recuerda que si bien **el derecho a una pensión no está garantizado como tal por el Convenio**, sin embargo, el TEDH ha precisado, no obstante, que **desde el momento en que un Estado contratante establece una legislación que prevé el pago automático de una prestación social - dependa o no su concesión del pago previo de cotizaciones -, se ha de considerar que esta legislación crea un interés patrimonial que pertenece al campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 para las personas que cumplen sus condiciones** (Decisión Stec y otros contra Reino Unido [GS], núms. 65731/2001 y 65900/2001, 6 julio 2005, ap. 54, TEDH-2005-X).

En la STEDH de 12 abril 2006, Caso Stec y otros c. Reino Unido, Tribunal subraya que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 **no implica un derecho a adquirir bienes. No limita la libertad que tienen los Estados Contratantes para decidir si conviene o no establecer un régimen de seguridad social o escoger el tipo o nivel de prestaciones** a conceder en concepto de dicho régimen. Desde el momento, no obstante, de que un Estado decide crear un régimen de prestaciones o pensiones, debe hacerlo de forma compatible con el artículo 14 del Convenio (ver la Decisión de admisibilidad en este caso, aps. 54-55, TEDH 2005-...).

En la STEDH 18 febrero 2009, Caso Andrejeva c. Letonia ,(f.76), el TEDH recuerda que ya en el Caso Stecc, abandonó la distinción entre prestaciones contributivas y no contributivas, a los efectos de la aplicabilidad del art.1 del Protocolo 1; desde entonces, cuando el Estado instaura un sistema de pensiones, los derechos y los intereses individuales derivados del mismo se hallan bajo el ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo 1

En cuanto a la reclamación retroactiva de pensiones indebidamente percibidas, el TEDH, considera, también en el Caso Kokkinis (ap.31), que " *no está llamado a pronunciarse in abstracto sobre la regla que limita la reclamación retroactiva como tal de los derechos a pensión contra el Estado. En cualquier caso, nada en la jurisprudencia del Tribunal da a entender que la fijación de plazos de prescripción sea por sí misma incompatible con las exigencias del Convenio (en este sentido, Sentencias Stubbings y otros contra el Reino Unido, 22 octubre 1996, ap. 52, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-IV y J.A. Pye (Oxford) Ltd y J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra el Reino Unido [GS], núm. 44302/2002, aps. 68-69, TEDH 2007-...*) Esta doctrina se ha seguido luego, entre otras, en STEDH 26 junio 2012, Caso Kostadimas y otros c. Grecia .

El necesario juicio de proporcionalidad: El TEDH recuerda, ante todo, que **una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes ha de guardar un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales de la persona**(ver, entre otras, Sentencia Sporrang y Lönnroth contra Suecia de 23 septiembre 1982, serie A núm. 52, ap. 69). El deseo de asegurar tal equilibrio se refleja en toda la estructura del artículo 1 del Protocolo núm. 1. En particular, debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido por toda medida que prive a una persona de su propiedad (Sentencia Pressos Compania Naviera S.A. y otros contra Bélgica, 20 noviembre 1995, ap. 38, serie A nº 332).

En este sentido, dicha doctrina se ha reiterado en STEDH 27 mayo 2004, Caso OGEC c. Francia (**ap.84**).

El juicio de proporcionalidad en los supuestos de reintegro de prestaciones indebidas de desempleo. El caso Cakarevic: la STEDH de 26 de abril de 2018, Caso, Cakarevic c. Croacia , **efectúa un juicio de proporcionalidad en un caso como el que nos ocupa.**

Se trata de un **supuesto de reintegro de prestaciones indebidas de desempleo derivado de un error de la Oficina de Empleo** . La beneficiaria de la prestación estaba en el paro, sin percibir renta alguna y con problemas de salud. A pesar de que el pago de las prestaciones se debió a razones imputables exclusivamente a las autoridades croatas, que son quienes por error le abonaron la prestación durante alrededor de tres años más allá del período máximo previsto por la ley; sin embargo, es a la Sra. Aurora a quien se le ha exigido devolver las cantidades recibidas con el pago de los intereses legales.

A la vista de tales circunstancias, el TEDH concluye que las autoridades croatas vulneraron sus derechos al imponerle una carga excesiva que ha vulnerado el derecho a la propiedad, previsto en el artículo 1 del Protocolo 1 de la CEDH .

El estándar de enjuiciamiento que marca el TEDH en estos casos, pasa por los siguientes hitos.

- 1) Existencia de una expectativa legítima.**
- 2) Injerencia en el derecho de propiedad legalmente prevista.**
- 3) Proporcionalidad de la injerencia.**

1) Existencia de una expectativa legítima

En este sentido, para empezar, considera el TEH que la cuestión de **si el art.1 del Protocolo 1 es aplicable por razón de la materia,debe analizarse teniendo en cuenta si, en las circunstancias concretas del caso, podía decirse que la demandante tenía una expectativa legítima, en el sentido autónomo del CEDH , de poder retener las cantidades ya recibidas como prestaciones de desempleo sin que el derecho sobre las prestaciones pasadas se cuestionase de forma retroactiva.**

El TEDH subraya que la concesión de las prestaciones dependía de varias condiciones legales, cuya apreciación dependía en exclusiva de la Seguridad Social, que en el caso de autos, decidió extender la concesión de las prestaciones y continuó efectuando su pago más allá de la fecha en que la beneficiaria tenía derecho, de conformidad con el límite legalmente establecido.

En este sentido, el TEDH considera que cualequier persona tiene derecho a confiar en la validez de una resolución administrativa definitiva dictada a su favor , así como en la medidas dirigidas a implementarla , teniendo en cuenta que ni la beneficiaria, ni nadie por cuenta de ella, contribuyó o propició que tal resolución se adoptase erróneamente o que fuese equivocadamente implementada.

En conclusión , aunque una resolución administrativa puede estar sujeta a revocación en el futuro (ex nunc), la expectativa de que no se debe cuestionar retroactivamente (ex tunc) debe reconocerse en general como legítima , a menos que haya razones de peso para sostener lo contrario fundadas en el interés general o de terceros

2) Injerencia legalmente prevista : toda injerencia de una autoridad pública disfrute pacífico de las posesiones debe estar amparado por la ley.

En particular, el párrafo segundo del art.1 del Protocolo nº1, en tanto que reconoce a los Estados el derecho a regular el uso de la propiedad, sujeta tal derecho a la condición de que se ejercite en cumplimiento de las leyes. Además, el principio de legalidad presupone que las disposiciones aplicables de las leyes nacionales sólo suficientemente accesibles, precisas y previsibles en su aplicación.

3) Proporcionalidad de la injerencia: El TEDH debe examinar si la injerencia satisface el requisito de una justa ponderación entre el interés público y las necesidades de protección del derecho de la demandante al pacífico disfruta de sus posesiones, y si impuso una carga desproporcionada y excesiva a la demandante.

En particular, hay que recordar la doctrina del TEDH relativa aquí los errores atribuibles exclusivamente al Estado, en principio no deberían remediarse a expensas de los particulares afectados, especialmente cuando vaya intereses privados en conflicto (vid. *mutatis mutandis*, Platakou v. Greece, no. 38460/97, § 39, ECHR 2001-I; Radchikov v. Russia, no. 65582/01, § 50, 24 May 2007; Freitag v. Germany, no. 71440/01, §§ 37-42, 19 July 2007; Gashi, cited above, § 40; and Simecki v. Croatia, no. 15253/10, § 46, 30 April 2014).

VI.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Aplicando la doctrina del TEDH al caso concreto.

1) Existencia de una expectativa legítima: en el caso de autos, la concesión por el subsidio de desempleo de mayores de 55 años a la beneficiaria , por una resolución administrativa firme del SPEE, generó razonablemente en la misma una expectativa legítima, sin que en ningún momento, ni ella, ni nadie por su cuenta, indujera a error a la Entidad Gestora del Desempleo en la concesión del subsidio, ocultando datos u obrando de cualquier forma fraudulenta o de mala fe.

2) Injerencia en el derecho de propiedad legalmente prevista: la posibilidad de exigir el reintegro de prestaciones indebidas cuenta con un soporte legal, en concreto, el art.146 de la LRJS contempla la revisión de actos declarativos de derechos (en concreto, en su apartado segundo las relativas a las prestaciones por desempleo), y el art.55 de la LGSS dispone en su apartado primero que " *Los trabajadores y las demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe*"

3) Proporcionalidad de la injerencia.

En el caso de autos, atendiendo la conducta del SPEE, que cometió un error al conceder el subsidio de mayores de 55; considerando que la beneficiaria carecía de rentas superiores al 75% del SMI y era una desempleada de larga duración con una madre de 84 años a quien cuidaba, y valorando muy especialmente que las cantidades que percibió fueron -por su propia finalidad- destinadas a subvenir necesidades básicas de subsistencia, considero, como hizo el TEDH en el caso Cakarevic, que la actuación de la Administración ha resultado desproporcionada y que, por lo tanto, se ha producido una vulneración del derecho de propiedad de la beneficiaria del subsidio de desempleo para mayores de 55 años.

Como quiera que la legislación interna del Reino de España no contempla mecanismos para que los órganos jurisdiccionales apreciemos, en el caso concreto, la proporcionalidad de la obligación del reintegro de prestaciones, entiendo -con respetuosa discrepancia del voto mayoritario- que debería haberse planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, de conformidad con lo que dispone el art.163 CE , en relación con el art. 35 a 37 de la LOTC y 5.2 LOPJ .

Barcelona 12 de noviembre de 2018.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.