

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 2559/2018 de 20 Sep. 2018, Rec. 2662/2017

Ponente: García Álvarez, María Begoña.

Nº de Sentencia: 2559/2018

Nº de Recurso: 2662/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Para cobrar el subsidio de desempleo por cargas familiares no es suficiente que haya divorcio con condena alimenticia, sino que se requiere el efectivo pago

SUBSIDIO POR DESEMPLEO. Solicitud de prórroga por agotamiento de la prestación contributiva de progenitor con cargas familiares. Se suspende el subsidio por desempleo al padre que, a pesar de tener una sentencia de divorcio en el que le condena a pagar una pensión alimenticia a su hijo, no ha aportado la prueba de ningún pago y tampoco convive con él. Suspensión del cobro de la prestación y condena a devolver los 2.556 euros indebidamente percibidos.

El TSJ Andalucía estima el recurso de suplicación interpuesto por el SPEE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva en proceso sobre desempleo, revocando la sentencia de instancia y declarando que no procede reconocer al solicitante el derecho a la prórroga del subsidio de desempleo.

RECURSO:2662/17 - FS SENTENCIA Nº 2559/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMA. SRA. DÑA. MARIA ELENA DIAZ ALONSO

ILTMA. SRA. DÑA. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ

ILTMO. SR. D. JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a 20 de Septiembre de 2018

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM.2559/18

En el recurso de suplicación interpuesto por SERVICIO PUBLICO DE EMPLE ESTATAL (SPEE) contra la sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de los de HUELVA en sus autos Nº 110/16; ha sido Ponente la Iltma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) contra Jose Manuel sobre DESEMPLEO se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 29/06/16 por el Juzgado de referencia, estimatoria de la demanda, declarando el derecho del actor a ser beneficiario de la prórroga del subsidio de desempleo desde la fecha de su solicitud hasta su finalización, en la cuantía inicialmente reconocida, condenando al SPEE a estar y pasar por tal declaración, con devolución en su caso, de las cantidades indebidamente reintegradas por el actor, si se hubiera producido.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"I D. Jose Manuel, mayor de edad, con DNI NUM000 solicitó el NUM001.14 en la oficina del SPEE subsidio de desempleo por agotamiento de la prestación contributiva con responsabilidades familiares, (folios 51 y ss por reproducidos) adjuntando sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 2 de Huelva de fecha 04.09.09, en autos 647/09 (folios 54 y ss por reproducidos) acordándose el divorcio de mutuo acuerdo y aprobando la propuesta de convenio regulador de 04 02.08 (folios 58 y ss por reproducidos) en cuyo calusulado se establecía que el matrimonio formado por el actor y la hasta entonces su mujer tenían un Hijo menor de edad (en 2008 contaba con 10 años) imponiendo la obligación al actor de abonar una pensión alimenticia de 250 euros mensuales revisable anualmente conforme al IPC o índice correspondiente.

H El Director Provincial mediante Resolución de fecha 04.03.14 (folio 62 por reproducido) reconoció el derecho solicitado por un rotal de 900 días del 13.02.14 al 12.08.14 sobre una base reguladora diaria de 17.75 euros y un porcentaje del 80%.

III.- El 14.08.14 se acordó mediante Resolución del Director Provincial del SPEE prorrogar la prestación reconocida anteriormente por un total de 900 días sobre una base reguladora de 17.75 euros y porcentaje del 80% desde el 13.08.14 al 12.02.15 (folio 65 por reproducido).

IV.- El 17.02.15 el demandante volvió a interesar la prórroga del subsidio declarando que sus circunstancias económicas y familiares eran las mismas, dictándose resolución de fecha 17.02.15 por el Director Provincial del SPEE que reconocía otros 900 días de subsidio sobre una base reguladora de 17,75 euros y porcentaje del 80% desde el 13.02.15 al 12 08.15 (folio 65 por reproducido).

V.- El 23.06.15 el actor fue citado y requerido por el organismo demandado a fin de que el 13.07.15 se personara en las dependencias del SPEE y aportara transferencia bancaria que reflejara el abono de la pensión a favor de su hijo menor de edad desde agosto de 2014 o declaración jurada y fotocopia del DNI de su ex pareja donde se hiciera constar las mensualidades abonadas en concepto de alimentos a su hijo.

VI.- El demandante aportó documentación (folios 70 y ss por reproducidos) consistente en justificación de que su hijo cursaba estudios en Safa Funcadia. facturas de terapia psicopedagógica y logopédica expedidas a su nombre por servicios prestados a su hijo en abril y en mayo de 2015 y declaración de convivencia del actor con su hijo menor en el domicilio de la CALLE000 NUM002- NUM003 de Huelva desde Julio 2013 hasta diciembre de 2014 y marzo 2015.

VII ,- El 30.07.15 se dictó por la Subdirectora Provincial de Prestaciones de la entidad demandada propuesta de extinción de prestaciones y percepción indebida de la misma (folios 89 y ss por reproducidos), entendiéndose que el actor había dejado de tener responsabilidades familiares desde el 01.01.15, por lo que se le comunicaba la posible percepción indebida de 2556 euros por el periodo de 01.01.15 al 30.06.15 por dejar de convivir su hijo, alegado como carga, con él desde el 01.01.15 y no haber acreditado el abono de pensión alimenticia alguna.

VIII.- El 14.08.15 el actor formuló alegaciones mostrando su disconformidad (folios 93 y ss por reproducidos). decidiendo la Entidad Gestora mediante Resolución de fecha 29.09.15 (folios 104 y ss por reproducidos) suspender el subsidio por desempleo por período máximo de 12 meses a contar desde el 01.01.15 hasta que se formalizara su solicitud de reanudación acreditando el cumplimiento de todos los requisitos para su percepción incluirlas, responsabilidades familiares y declararla indebida la percepción de 2556 euros correspondientes al periodo de 01.01.15 al 30.06.15.

IX.- El 13.01.15 el demandante formuló reclamación previa (folios 109 y ss. por reproducidos) adjuntando certificado del Juzgado de Primera Instancia de familia de Huelva en que se constataba que en dicho órgano respecto al procedimiento de divorcio del actor y su ex pareja no mediaba ningún procedimiento de modificación de medidas (folio 112 por reproducidos).

X.- La pretensión actora fue desestimada por Resolución de fecha 04.12.15 (folio 113 y ss por reproducidos).

XI.- La demanda que encabeza estos autos se presentó el pasado 28.01.16."

TERCERO. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone el presente Recurso el SPEE frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda del actor, y declaró el derecho de éste a ser beneficiario de la prórroga del subsidio de desempleo desde la fecha de su solicitud hasta su finalización. Y articula su recurso a través de diversos motivos, con amparo procesal en los apartados b) y c) del art .193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social .

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del art. 193 LRJS , interesa la adición al hecho probado cuarto de lo siguiente:

" dicha solicitud simplificada fue presentada por internet en la que se hizo constar "declaro bajo mi responsabilidad que no han variado mis rentas, ni en su caso, las de los miembros de la unidad familiar o habiendo variado lo han hecho por debajo del 75% del salario mínimo interprofesional, excluidas dos pagas extraordinarias, manifestando que quedo enterado de la obligación de comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal cualquier variación que de los mismos pudiera producirse en lo sucesivo".

Y en el hecho cuarto, igualmente pretende adicionar que se interesó la prórroga del subsidio "mediante solicitud simplificada", y que la Resolución de 17- 02-15 reconocía prorrogar el subsidio.

No proceden por irrelevantes, las adiciones y rectificaciones propuestas, que no hacen sino constatar una obligación legal para el solicitante del subsidio, y que remitiéndose la sentencia a las respectivas solicitudes, que obran en el Expediente, no es preciso incorporar aquí parte de lo incluido en dichas solicitudes. En cuanto a la mención de que se hizo mediante solicitud simplificada, tampoco se aprecia relevancia alguna; todo ello, al margen de que ni siquiera invoca el recurrente los documentos concretos en los que ampara las revisiones, remitiéndose de forma genérica a la documentación presentada en el expediente administrativo.

Y en tercer lugar, se postula la corrección en el hecho sexto, del error en cuanto a la fecha de los servicios prestados al hijo del solicitante -terapia psicopedagógica y logopédica- que es 2014 en lugar de 2015.

Resultando evidente, de la simple observación de las facturas aportadas, que se trata de servicios de abril y mayo de 2014, y no de 2015, procedemos a rectificar dicho error.

TERCERO.- En sede de censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS , postula el recurrente el examen del derecho aplicado, y denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 215.1 .1 a) y nº 2, art. 219.2 y 231.1 e) del TRLGSS, así como sentencias del Tribunal Supremo de 3- 05-00 y 2-03-15.

Sostiene que de acuerdo con los preceptos y sentencias invocadas, cuando no hay convivencia entre el solicitante o beneficiario del subsidio, para lucrar éste, es necesario acreditar que se sostiene económicamente al hijo a cargo; y que no basta con tener impuesta en sentencia tal obligación, que no sería más que una formalidad, debiendo acreditar efectivamente el cumplimiento de tal obligación de alimentos. Sostiene que el actor disfrutó del subsidio durante el período ahora reclamado como indebido, para dar cumplimiento precisamente a su obligación de atención a los hijos que impone el art .39 CE,, por lo que se vería infringido dicho precepto si se reconociese el subsidio a quien quedase acreditado que desatendió su obligación.

Partiendo de los datos fácticos que recoge la sentencia recurrida, resulta que al actor se le reconoció en Resolución del SPEE el derecho a percibir un subsidio de desempleo por haber agotado la prestación contributiva y tener responsabilidades familiares.

El actor había aportado con su solicitud sentencia de divorcio de 4-09-09, en la que se aprobaba convenio regulador de 4-02-08, estableciendo que la guarda y custodia del hijo del matrimonio, que entonces contaba 10 años, se atribuía con carácter exclusivo a la madre, con la que conviviría en el domicilio familiar, con la obligación del padre de abonar en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 250 euros. Luego no consta que en el momento de solicitar inicialmente el subsidio, el actor acreditase que su hijo menor convivía con él.

Solicitó la prórroga en agosto de 2014, y se le reconoció en Resolución de la misma fecha; y volvió a solicitar la prórroga, en febrero de 2015, declarando que sus circunstancias eran las mismas, y se le reconoció en Resolución de 17-02-15.

Citado el actor el 23-06-15 y requerido por el SPEE para que aportase transferencia bancaria que reflejara el abono de la pensión a favor de su hijo o declaración jurada de su ex pareja haciendo constar las mensualidades abonadas, aporta éste documentación sobre los estudios cursados por su hijo, y facturas de tratamientos de éste, giradas a su nombre, de abril y mayo de 2014; así como declaración de convivencia del actor y su hijo desde julio/13 hasta diciembre/14, y marzo/15. Y el SPEE, tras comunicación de 30-07-15 sobre propuesta de extinción de prestaciones y percepción indebida, dicta Resolución en fecha 29-09-15 en la que acuerda Suspender el subsidio por desempleo por un período máximo de doce meses a contar desde el 1-01-15, hasta que se formalice una solicitud de reanudación, acreditando que se cumplen todos los requisitos para su percepción, incluyendo el de tener responsabilidades familiares. Y declara la percepción indebida del subsidio en cuantía de 2.556 euros correspondiente al período de 1-01-15 a 30-06-15. No procediendo sin embargo a la extinción del derecho por no comunicar la variación de la situación familiar

A la vista de lo expuesto, entiende el SPEE que el actor dejó de convivir con el único familiar alegado como carga para acceder al subsidio, y no consta que dependa económicamente de él desde enero de 2015.

La sentencia recurrida, aplicando el criterio ya sentado por esta Sala, en sentencias de 24-03-14 y 23-06-15, entiende que el actor tiene a su cargo a su hijo menor de edad, respecto del que ha de cumplir las obligaciones legalmente impuestas, fijadas en el convenio regulador, que no ha sido modificado, y por tanto tiene responsabilidades familiares, que le hacen acreedor del subsidio pretendido; por lo que declara no ajustada a derecho la Resolución del SPEE.

CUARTO.- El art. 215.1 a) de la LGSS, invocado por el recurrente, establece que serán beneficiarios del subsidio:

"Los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, y careciendo 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, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

..a) Haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares".

En el número 1.2 del mismo precepto se aclara:

"A los efectos de lo previsto en este artículo, 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."

Y el propio precepto en su apartado 3 señala que *"a efectos de determinar el requisito de carencia de rentas y , en su caso, de responsabilidades familiares a que se refiere el apartado 1 de este artículo:*

..1) los requisitos deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas en el presente artículo".

El art. 219.2 LGSS declara aplicable al subsidio por desempleo los artículos 212 y 213, relativos a la suspensión y extinción del derecho. Y el art. 231.1 e) LGSS obliga a los beneficiarios de prestaciones por desempleo a 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.

QUINTO.- La sentencia de instancia estimó la demanda del actor, con invocación de sentencias precedentes de esta Sala, (Recursos 1521/12 y 2530/14), en las que se hacía un análisis de la normativa aquí aplicable, llegando a la conclusión que si bien el requisito de la convivencia no es imprescindible para entender que un hijo esté a cargo del progenitor , habida cuenta que éste ha de cumplir las obligaciones que le impone el art. 39.3 CE

(" Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los caso en que legalmente proceda") y más específicamente el art. 154 CC , la expresión "tener a cargo", debe interpretarse en sentido gramatical como "expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla".

Se trata simplemente de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste, situación que, por lo demás, es harto frecuente en el caso de los trabajadores migrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales, sin que el requisito de la convivencia pueda constituir un obstáculo formal a la concesión del subsidio, pues la finalidad de éste no es en ningún caso fomentar la convivencia, sino proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos.

Y lo cierto es que en el presente supuesto, el actor es padre de un hijo menor con el que convivió desde julio de 2013 hasta diciembre de 2014; pero que desde enero de 2015 el menor vive con su madre y por tanto, el actor debía pasarle 250 euros mensuales en concepto de pensión alimenticia, según figuraba en el Convenio regulador, revisables anualmente conforme al IPC.

Por ello, es requerido por el SPEE para que, no existiendo ya la convivencia que había determinado la existencia de "responsabilidades familiares" para lucrar el subsidio, aportase transferencias bancarias en las que acreditase que venía abonando la pensión alimenticia de su hijo, o una declaración jurada de su ex pareja, haciendo constar las mensualidades abonadas; extremos éstos que si concurrían en las sentencias invocadas previas de esta Sala. Y el actor se limita a aportar facturas y otra documentación relativa a gastos correspondientes al año 2014, mas no la prueba de que viene atendiendo, desde enero de 2015, a los pagos de la pensión de alimentos de su hijo, que legalmente tenía impuesta. Y no acreditado el sostenimiento económico del citado hijo pese a tener impuesta tal obligación en sentencia, no puede entenderse, como señala el SPEE recurrente, que el actor deba lucrar el subsidio pretendido, al no acreditar que tiene responsabilidades familiares. Lo que nos lleva a la estimación del recurso, con revocación de la sentencia recurrida, ratificamos la Resolución del SPEE de 29-09-15, que suspendía el subsidio por desempleo por un período máximo de doce meses desde el 1-01-15, y declaraba la percepción indebida del subsidio en la cuantía de 2556 euros, y desestimamos íntegramente la demanda formulada por el actor, absolviendo al SPEE de las pretensiones deducidas en su contra.

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

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) contra la sentencia de fecha 29/06/16 dictada por el Juzgado de lo Social número DOS de los de HUELVA en virtud de demanda sobre DESEMPLEO formulada por Jose Manuel contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y ratificando la Resolución del SPEE de 29-09- 15, que suspendía el subsidio por desempleo por un período máximo de doce meses desde el 1-01-15, y declaraba la percepción indebida del subsidio en la cuantía de 2556 euros, desestimamos íntegramente la demanda formulada por el actor, absolviendo al SPEE de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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