

BASE DE DATOS [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede Málaga)**

Sentencia 1255/2015, de 15 de julio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 823/2015

SUMARIO:

Subsidio por desempleo. Incompatibilidades. Extinción por sanción. El alta del beneficiario en el impuesto de actividades económicas (que grava el ejercicio de actividades profesionales o artísticas) supone la presunción de que realiza una actividad por cuenta propia, pero si se prueba que no desempeña actividad alguna, no es incompatible.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 221.

RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), art. 25.3.

PONENTE:

Don Ernesto Utrera Martin.

Magistrados:

Don ERNESTO UTRERA MARTIN

Don FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

Don RAUL PAEZ ESCAMEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia n.º 16

N.I.G.: 2906744S20140011947

Negociado: UT

Recurso: Recursos de Suplicación 823/2015

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL N.º13 DE MALAGA

Procedimiento origen: Seguridad Social en materia prestacional 864/2014

Recurrente: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Representante: ROSALIA HIDALGO ORTIZ (LDO. SUSTITUTO DEL ABOGADO DEL ESTADO)

Recurrido: Eusebio

Representante: JAVIER HIRSCHFELD COBIAN

Recurso de Suplicación número 823/2015

Sentencia número 1255/2015

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. ERNESTO UTRERA MARTÍN

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

SENTENCIA

En la ciudad de Málaga, a quince de julio de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la presente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número trece de Málaga, de 23 de diciembre de 2014, en el que ha intervenido como parte recurrente EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, representado y dirigido técnicamente por el Abogado del Estado; y como parte recurrida, DON Eusebio, por el letrado don Javier Hirschfeld Cobián.

Ha sido ponente ERNESTO UTRERA MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el proceso de Seguridad Social en materia prestacional seguido en el Juzgado de lo Social número trece de Málaga con el número 864/2013, a instancia don Eusebio contra el Servicio Público de Empleo Estatal, en súplica de que se reanudase la prestación por desempleo que le había sido extinguida, sin dar lugar a devolución de la ya percibida, se dictó sentencia el 23 de diciembre de 2014, cuyo fallo era del tenor siguiente:

Que estimo la demanda interpuesta por DON Eusebio y demandado el SPEE, en el sentido de anular la resolución impugnada, declarando el derecho del actor a la reanudación de la prestación extinguida, anulando asimismo la solicitud de devolución de cantidad alguna.

Segundo.

En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

PRIMERO. En fecha 15.06.14 el actor recibe resolución del SPEE en la que se declara percepción indebida de prestaciones por desempleo por importe de 9.954,20 euros, correspondientes al período 20 de octubre de 2011 al 30 de septiembre de 2013 y extinción de la prestación.

Al actor se le reconoció el subsidio de desempleo en fecha de 22.09.11.

SEGUNDO. Durante dicho período, el actor se encontraba de alta en el IAE bajo la actividad de comercio al por menor de aparatos de uso doméstico.

TERCERO. Durante dicho período el actor no llevó a efecto actividad alguna, ni percibió ingresos.

CUARTO. La parte actora formuló la correspondiente reclamación previa siendo desestimada

Tercero.

El 10 de febrero de 2015, el demandado anunció recurso de suplicación y, tras presentar el de marzo de escrito de interposición, en el que solicitaba que se revocase la sentencia y se confirmase la resolución impugnada, y formularse impugnación de contrario, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

Cuarto.

El 19 de mayo de 2015 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 15 de julio siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Como se ha expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia estimó la demanda, revocó la resolución de la entidad gestora de la prestación por desempleo que había extinguido la concedida al demandado y había declarado indebidamente percibida la cantidad de 9.954,20 euros, por considerarse que la incompatibilidad no derivaba de la situación de alta en el Impuesto de Actividades Económicas sino con la prestación de servicios efectiva (ingresos), que no se daba en el supuesto examinado. Contra dicha sentencia, la entidad gestora interpuso el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se revocase dicha resolución y

se confirmase la decisión administrativa, articulando para ello motivos de revisión de los hechos declarados probados y de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, recurso que ha sido impugnado de contrario, y cuyo examen se abordará en los fundamentos siguientes.

Segundo.

Así, la parte recurrente, al amparo del artículo 193 b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LRJS], interesa que se dé una nueva redacción, por la vía de la adición, al hecho probado tercero, pretendiendo con ello hacer constar que el demandante sí realizó una actividad, aun cuando generase pérdidas, defendiendo lo trascendente de dicha modificación y formulando la siguiente propuesta de redacción alternativa:

«Durante dicho periodo el actor no percibió ingresos, al obtener un rendimiento negativo en su actividad por un importe de 1.245,56 euros».

La parte recurrida impugna dicho motivo, sosteniendo que no percibió ingreso alguno.

El motivo de revisión no puede ser acogido por razones puramente formales, que no son otras que la falta de identificación de la prueba documental o pericial que justifique la modificación pedida, tal como exige el artículo 196.3 de la LRJS, al establecer que en el escrito de interposición habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos declarados probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende.

Tercero.

Ya con fundamento en el artículo 193 c), la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [en adelante, LGSS], por su no aplicación «en relación con las incompatibilidades entre el trabajo por cuenta ajena o propia y las prestaciones por desempleo» así como por la «inadecuada aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, que cita la sentencia de instancia.

La parte recurrida impugna dicho motivo, insistiendo en la claridad de dicha doctrina y en la ausencia de cualquier tipo de ingresos.

Cuarto.

Antes de abordar el motivo de orden sustantivo, parece adecuado dejar constancia de los hechos sobre los que versa la pretensión formulada, conforme al relato judicial, inalterado por razón del rechazo de la revisión pedida. Así, don Eusebio, durante el periodo en el cual fue beneficiario del subsidio por desempleo permaneció en alta en el Impuesto de Actividades Económicas, bajo la actividad de comercio al por menor de aparatos de uso doméstico, pero sin realizar actividad alguna, ni percibir ingresos. Tales circunstancias llevaron a la entidad gestora a imponerle la sanción prevista en el artículo 25.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto [en adelante, LISOS], consistente en la extinción de aquella prestación, en la declaración de percepción indebida de la misma, por importe de 9.954,20 euros, y a exigirle su devolución.

Quinto.

Y también parece adecuado precisar que, por más que el proceso entablado se considerase como de Seguridad Social en materia prestacional (folio 10 y 11), se está ante la impugnación de un acto administrativo en materia de Seguridad Social, que debe canalizarse a través de la modalidad procesal prevista en la Sección 2ª del Capítulo VII, Título II, del Libro Segundo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LRJS]. Pues en la resolución impugnada (folios 34 y 35) se le imponía al demandante la sanción de extinción de la prestación por desempleo, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1.b) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto [en adelante, LISOS], por considerarlo sujeto responsable de la infracción tipificada en el artículo 25.3 de dicha norma, consistente en: 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.

El aspecto prestacional, que indudablemente tiene la cuestión litigiosa planteada, es meramente accesorio en tanto que aquella extinción de la prestación conlleva el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas,

de acuerdo con el artículo 47.3 de la LISOS . Pero no se está, como pudiera desprenderse del modo en el que se ha encauzado la pretensión, ante un supuesto en el que se ventile el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, a que se refiere el artículo 191.3. c) de la LRJS, para posibilitar el acceso al recurso de suplicación.

Sexto.

El magistrado de instancia argumenta lo siguiente: Conforme los medios de convicción de los que este Juzgador dispuso y la doctrina del TS existente en torno al tema (entre otras STS 20.03.2000), la demanda debe estimarse toda vez que la incompatibilidad que refiere el artículo 25.3 del RD 5/2000 de 4 de agosto, viene establecida con la prestación de servicios efectiva (ingresos) y no con la situación administrativa de alta, al mantenerse la situación de necesidad que significó la concesión de la prestación no contributiva reflejada en el ordinal fáctico.

Séptimo.

Sentado todo lo anterior, el artículo 221 de la LGSS, bajo el epígrafe Incompatibilidades, y en su apartado 1 establece que 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, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

Y en interpretación aplicativa de dicho precepto, y atendiendo a un criterio real y no formal para delimitar la existencia de actividad (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de noviembre de 2011 [ROJ: STSJ CV 9946/2011]), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sentado que, a sensu contrario si el trabajador no realiza actividades por cuenta propia ni por cuenta ajena no existe incompatibilidad, precisando que el hecho de que haya seguido abonando el Impuesto de Actividades Económicas, que grava el ejercicio de actividades profesionales o artísticas no presupone, necesariamente la realización de un trabajo productivo, y la incompatibilidad viene establecida con la prestación de servicios y no con el pago del referido impuesto (sentencia 20 de marzo de 2000 [ROJ: STS 2217/2000]). Así mismo, respecto de la configuración del propio relato de hechos probados, en supuesto de alta en el expresado impuesto en relación con la actividad, se ha señalado que si bien de esa alta se presume, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo a efectos de este Régimen Especial, sería necesario un hecho probado, especificando que no se han prestado servicios retribuidos ni por cuenta propia (sentencia de 30 de abril de 2001 [ROJ: STS 3498/2001]).

Sexto.

La Sala ha de mostrarse necesariamente con la solución dada por la sentencia recurrida, en la medida en que en ésta se sienta -bien que con una formulación negativa, y tras el fracaso de la revisión pedida- que el alta censal no fue seguida de una efectiva y real actividad, por lo que no cabe proyectar sobre ésta el régimen de incompatibilidad invocado como infringido por la entidad gestora.

Quinto.

En consecuencia con todo lo razonado en los fundamentos anteriores, la sentencia de instancia, al estimar la demanda y confirmar la resolución impugnada, no infringió el precepto citado, por lo que el recurso debe ser desestimado, con las consecuencias previstas en los artículos 201 y siguientes de la LRJS, que se precisarán en el fallo de esta sentencia.

FALLO

I- Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número trece de Málaga, de 23 de diciembre de 2014 .

II- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Si la parte recurrente hubiera sido condenada en la sentencia, deberá consignar la cantidad objeto de la condena, bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número 2928

0000 66 069115; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 069115. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena.

Así mismo, habrá de consignar como depósito seiscientos (600,00) euros.

El cumplimiento de los anteriores requisitos de consignación, aseguramiento y constitución de depósito habrá de justificarse en el momento de la preparación del recurso.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social o del importe de la prestación, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por este Tribunal.

En el caso de que la parte recurrente fuese entidad gestora y hubiese sido condenada al abono de prestaciones que no sean de pago único o respecto a periodos ya agotados, deberá presentar certificación acreditativa de que comienza el abono de tal prestación y de que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen por razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social.

Así por esta sentencia, que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.