

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO SOCIAL**

Fecha: 21/01/2003

Ponente: Mariano Sampedro Corral

Recurso_Numero_1: 152/2002

MAG: D. Aurelio Desdentado Bonete y D. Manuel Iglesias Cabero y D. Mariano Sampedro Corral y D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea y D. Arturo Fernández López

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D. Carlos Jiménez Padrón, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 30 de noviembre de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 4/2001, interpuesto por el Instituto recurrente contra la sentencia dictada en 7 de julio de 2000 por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid en los autos núm. 292/00 seguidos a instancia de D. MOHAMED EL B., sobre PRESTACION FAMILIAR. Es parte recurrida , representada por el Letrado D. Florencio Ovejero Illescas.

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, contenía como hechos probados: "1º.- El actor nacido el 1.1.1956, en Beni Tonzine (Marruecos), domiciliado en Leganés (Madrid), Plaza de Extremadura, , provisto de tarjeta de residencia X- y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social CON NÚM. 28/0464021722 prestó sus servicios para FUNDICIONES P., S.A. con la categoría profesional de peón metalúrgico hasta que el día 29.12.1992 causó baja por enfermedad común, habiéndose elaborado por el EVI el día 9.8.1994 dictamen proponiendo a la Dirección Provincial del INSS en Madrid la declaración del trabajador en situación de invalidez permanente total por padecer hernia discal intervenida que no le pudo ser reconocida al no acreditar un periodo de cotización suficiente para ello. 2º.- El actor tiene los siguientes hijos menores, residentes en Donar Imnohuane Comune Rurale D'Alef, Provincia de Nador (Marruecos) con su madre D^a Louazna B.: -Abdelhakim, nacido el 18.8.1982. - Anisa, nacida el 16.1.1986. - Nabil, nacido el 14.4.1988. -Sofian, nacido el 14.3.1990. 3º.- Solicitada por el actor prestación por hijos a cargo el día 2.6.1999 en su modalidad no contributiva, con fecha 25.10.1999 se dictó resolución por el INSS denegando la prestación solicitada al hallarse fuera del ámbito de aplicación del art. 7 LGSS. 4º.- Interpuesta reclamación previa el día 1.2.2000, con fecha 1.3.2000 el INSS dictó resolución desestimatoria de la misma reiterando dicho argumento y añadiendo que el demandante carecía de la condición de beneficiario por no residir sus hijos en territorio español. 5º.- No consta que el actor perciba ingresos suficientes a efectos de la prestación ni que se halle en situación de alta o asimilada al alta en SS.". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. MOHAMED EL B. contra el INSS debo absolver como absuelvo a este último de la pretensión deducida en aquella."

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "Que debemos estimar y

estimamos el recurso de suplicación interpuesto por MOHAMED EL B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 24 de los de Madrid, de fecha siete de julio de dos mil, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de PRESTACION FAMILIAR POR HIJO, y, en consecuencia, y con revocación de la sentencia de instancia, debemos declarar y declaramos el derecho de MOHAMED EL B. a percibir la prestación familiar por hijos a cargo, con efectos de la fecha de su solicitud y en la cuantía que legalmente procede, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por tal declaración, abonando la pertinente prestación en los términos arriba expuestos."

TERCERO.- La parte recurrente considera como contradictoria con la sentencia impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 1998 (rec. nº 2844/97); habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 17 de enero de 2002. En él se alega como motivo de casación, la infracción del art. 183 del TRLGSS de 20-6-94 en relación con el art. 7.3 y 5 del citado texto legal y con el art. 41 apartados 1 y 3 del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos firmado el 27-4-76 y adoptado por el Reglamento 2211/78 del Consejo, de 26-9-78.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 10 de junio de 2002, se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 9 de enero de 2003.

PRIMERO.- La cuestión litigiosa -sustancialmente igual en la sentencia impugnada y en la litigiosa- se limita a determinar si un trabajador marroquí, residente en España y afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social, cuyos hijos residen en Marruecos, tiene o no derecho a la prestación no contributiva pretendida por hijos a cargo.

La sentencia de suplicación -dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de noviembre de 2001- ahora recurrida, reconoce el derecho del actor a la prestación solicitada, en aplicación del artículo 41.1 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, aprobado por Reglamento CEE 2211/78, que incluye en su ámbito de aplicación las prestaciones no contributivas, conforme a las sentencias de la Sala de 30 de marzo de 1999 (rec. 2410/1998) y 28 de octubre de 1999 (rec. 4458/1998):

Respecto del requisito de convivencia de los hijos a cargo con el beneficiario, la sentencia recurrida lo interpreta flexiblemente y aprecia que aquellos están a cargo del trabajador aunque no exista efectiva convivencia efectiva, una vez que existe dependencia económica y responsabilidades familiares.

Por el contrario, la sentencia de contraste, -pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 1998- deniega la prestación solicitada por no concurrir el requisito de convivencia de los hijos con el beneficiario de la prestación en territorio de la Unión Europea.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión controvertida guarda analogía con la resuelta por sentencia de esta Sala de 11 de abril y 3 de mayo de 2000 (recursos, respectivamente, 2770/1999 y 331/1999), que reconoció el derecho al desempleo asistencial al trabajador marroquí, cuya familia reside en Marruecos, al considerar que el hecho de que la esposa del beneficiario, que carece de ingresos de toda clase, viva en el extranjero y por lo tanto, no conviva con el marido en España, no afecta al requisito de que el cónyuge "está a cargo del beneficiario". Mutatis mutandi se debe aplicar esta doctrina al supuesto litigioso, y, ello, porque, también, los hijos del beneficiario, aún residentes en Marruecos, de los que no se ha acreditado tener bienes de cualquier clase, constituyen "cargas" o carga para el beneficiario.

2.- Son, pues, de aplicar los argumentos contenidos en las sentencias citadas, que justifican que la resolución impugnada no ha infringido, como el recurrente pretende el artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante L.G.S.S.) en relación con el artículo 7.3 y 5 de la misma, ni el artículo 41, apartados 1 y 3, del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, firmado el 27 de abril de 1976 y adaptado por el Reglamento 2211/78 del Consejo de 26 de septiembre de 1978; normas que, en la tesis del recurrente, exigen que para el reconocimiento de la prestación no contributiva litigiosa es necesario que "los miembros de la familia residan dentro de la Comunidad Europea". En efecto:

1. La dicción legal "asignación económica por hijo a cargo", a que se refiere el artículo 183 L.G.S.S. a falta de interpretación auténtica, debe entenderse en su sentido gramatical como "expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla", tal como la define el Diccionario de Uso del Español. 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. Y no es pensable que el legislador haya simplemente olvidado consignar el requisito de la convivencia, en el apartado b) de dicho artículo 183, -que establece el requisito de "tener" hijos a cargo de quienes concurren las condiciones establecidas en el artículo anterior- sino que su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos.

2.- Es cierto que el artículo 183 a) concede el derecho debatido para quienes "residan legalmente en territorio español", pero a falta de norma más expresa, ha de entenderse que el requisito de residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con estos en el territorio español. La eliminación de la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de la que aquí se trata resulta también del art. 1.g) del Convenio número 157 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre el "Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social" de fecha 21 de Junio de 1982, que forma ya parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 de la Constitución española), por cuanto fue ratificado por España el día 26 de Julio de 1985. Establece el precepto citado que <<la expresión "miembros de la familia" designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se

conceden las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado>>>.

TERCERO.- En el presente caso nadie ha puesto en duda que la causa de rechazo administrativo de la prestación es que los hijos del beneficiario viven con su progenitora en la provincia de Nadar (Marruecos); y por ello, conforme a los razonamientos anteriores, debe desestimarse el recurso, en cuanto la sentencia recurrida no infringe la ley, ni quebranta la unidad de doctrina. Sin costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.1 L.P.L.

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D. Carlos Jiménez Padrón, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 30 de noviembre de 2001 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 4/2001, interpuesto por el Instituto recurrente contra la sentencia dictada en 7 de julio de 2000 por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid en los autos núm. 292/00 seguidos a instancia de D. MOHAMED EL B., sobre PRESTACION FAMILIAR. Sin costas.