

Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª 07/11/2018

Tribunal Supremo Sala 4ª, 7-11-2018 , nº 3549/2016, rec.954/2018,

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Pte: Blasco Pellicer, Angel Antonio

ECLI: ES:TS:2018:3966

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 27 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO: D. Juan Pedro, DNI nº NUM000, nacido el NUM001 de 1981 y con NASS NUM002, falleció en accidente de tráfico el día 11 de Diciembre de 2014, sobreviviéndole su hija Micaela, nacida el NUM003 de 2003. Dª. Margarita, con DNI nº NUM004, madre de la menor, solicitó pensión de orfandad el 31 de Marzo de 2015 para su hija.

SEGUNDO: El causante acredita diferentes períodos en el régimen especial agrario: desde 01/09/99 a 02/10/09 con un total de 3.420 días cotizados y en el régimen general desde 10/12/2001 a 13/11/2008 con un total de 173 días cotizados, que con la parte proporcional de pagas extras de 590 días hacen un total de 4.183 días de cotización. Tiene diferentes períodos de inscripción como demandante de empleo: 04/04/2007 a 26/06/2007 (84 días); 11/07/2007 a 17/09/2007 (68 días); 03/03/2008 a 13/08/2008 (163 días); 16/10/2008 a 24/11/2008 (39 días); 02/03/2009 a 30/04/2009(59 días); 22/06/2009 a 25/09/2009 (95 días); 12/07/2013 a 29/10/2013 (109 días) y 03/10/2014 a 11/12/2014 (97 días). Y tiene descubiertos en el siguiente período en el REA cuenta ajena: 01/07/2009 a 30/09/2009.

TERCERO: Por Resolución de fecha 31 de Marzo de 2015 del Director Provincial del INSS le fue denegada la prestación de orfandad con fundamento en no encontrarse el causante a la fecha del fallecimiento en alta o en situación asimilada a la de alta y no haber completado el período mínimo de cotización de quince años conforme al art. 175.1 LGSS ; por no reunir el causante un período mínimo de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento según lo dispuesto en el art. 175.1 LGSS y por no hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha del hecho causante de la prestación, según lo dispuesto en el art. 5.3 del Texto Refundido de la Ley del Régimen especial Agrario.

CUARTO: La actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando íntegramente la demanda formulada por Dª. Margarita frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones contenidas en la demanda que dio origen a las presentes actuaciones".

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dª Margarita (quien actúa en nombre de su hija menor de edad Micaela) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, la cual dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2016, en la que, tras añadirse un nuevo hecho probado con el siguiente

tenor literal: "El causante a la fecha de su fallecimiento percibía un subsidio de desempleo para excarcelados, vigentes desde el 17/09/2013 hasta su muerte en accidente de circulación", consta el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Margarita, en nombre de su hija menor Micaela contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Jaén, en fecha 27 de octubre de 2015, en Autos núm. 359/2015, seguidos a instancia de la mencionada recurrente, contra INSS y TGSS, sobre pensión de orfandad, debemos confirmar y confirmamos la misma. Sin costas".

Por la representación de D^a Margarita (quien actúa en nombre de su hija menor de edad Micaela) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en fecha 18/04/01, recurso nº 2468/98.

Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-Constituye el objeto del presente recurso de casación unificadora determinar, a efectos del derecho al reconocimiento de la prestación de orfandad, si el causante se encontraba en situación de asimilación al alta cuando habiendo, fallecido en accidente de tráfico y percibiendo en el momento del óbito un subsidio de desempleo para excarcelados, tuvo un período de desvinculación amplio con el desempleo en fechas anteriores a la percepción del subsidio, habiendo quedado acreditados los requisitos de cotización previa y estar al corriente de sus obligaciones de cotización.

2.-La sentencia aquí recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- de 30 de junio de 2016, rec. 359/2016, confirmó la dictada en la instancia, que desestimó la demanda en solicitud de reconocimiento de pensión de orfandad. El causante, nacido en 1981, falleció en accidente de tráfico el 11 de agosto de 2014, sobreviviéndole su hija, nacida el NUM003 de 2003. El INSS denegó la prestación de orfandad por no encontrarse el causante a la fecha de fallecimiento en alta o en situación asimilada a la de alta y no haber completado el periodo mínimo de cotización de 15 años; por no reunir un período mínimo de cotización de 500 días anteriores a la fecha del fallecimiento; y por no hallarse al corriente en el pago de las cuotas. El causante a la fecha de fallecimiento percibía un subsidio por desempleo para excarcelados, vigente desde el 17 de septiembre de 2013 hasta su muerte.

La Sala, en primer lugar, declara que el causante cumplía con el requisito de hallarse al corriente del pago de las cuotas al tiempo del hecho causante. A continuación, señala que el requisito de cotización previa de 500 días del periodo de cinco años anterior al fallecimiento que se exige para la viudedad ha sido suprimido para la orfandad, (en cualquier caso, si la causa de la muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización). Igualmente asegura que el causante se hallaba al corriente de su obligación de cotización por períodos en los que estuvo de alta en el RETA, por haber prescrito dicha obligación. Finalmente, razona que aun así, dado que es indiscutido que no se llegan a los 15 años de cotización para poder acceder a la pensión de orfandad se debe cumplir con el requisito del alta o asimilada y que, aunque se consideran legalmente situaciones asimiladas al alta a efectos de causar la prestación, entre otras, la situación legal de desempleo y paro involuntario una vez agotada la prestación por desempleo, ello es siempre

que se mantenga la inscripción como demandante de empleo; que en este caso no consta ninguna circunstancia que hiciera fundadamente explicable haber descuidado los resortes legales para continuar formalmente en alta o asimilada o la hiciera inútil durante un largo período que va desde primeros de octubre 2009 hasta que volvió a vincularse al sistema de Seguridad Social en julio de 2013, pues aunque para poder recibir el subsidio de liberados de prisión ha de haber estado privado de libertad por tiempo superior a seis meses, no se ha probado cuál es el tiempo que estuvo en prisión. En definitiva, la flexibilización del requisito de alta o asimilada no puede llevar a la absoluta inexigencia del mismo, lo que impide tener por cumplido dicho requisito.

1.-La parte actora interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina sosteniendo que el causante se hallaba en situación asimilada al alta. Aporta como sentencia referencial, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de abril de 2001 (Rec. 2468/98), que confirmó el reconocimiento del derecho a percibir la pensión de orfandad por la muerte del padre de los menores. El causante cuando falleció el 13 de febrero de 1997 por accidente de circulación, estaba percibiendo subsidio por desempleo para liberados en prisión, desde el 17 de enero de 1997. El INSS denegó la prestación por no hallarse en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del fallecimiento, ni ser pensionista. En suplicación sostiene que faltaba la voluntad de trabajo, como se evidencia por la no inscripción ininterrumpida en demanda de empleo, ya que en los períodos desde diciembre de 1989 a marzo de 1990 y de mayo a octubre de 1990, períodos de excarcelación, no se inscribió en la demanda de empleo.

La Sala desestima el recurso de la Entidad Gestora, partiendo de que no se alega la falta de afiliación al RGSS, ni de carencia, ni la relación paterno filial, y razonando que estaba percibiendo subsidio, por lo que se encontraban situación asimilada al alta, en general, sin distinciones, y cumplía el requisito del art. 174 y por ello del art. 175 de la LGSS, sobre todo a la luz de la interpretación jurisprudencial más flexible y beneficiosa, que no exige estrictamente la inscripción ininterrumpida.

2.-Tal como informa el Ministerio Fiscal, concurre la preceptiva contradicción exigida en el artículo 219 LRJS pues en mérito a hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, se han pronunciado sentencias que contienen doctrina contradictoria que resulta necesario unificar. En efecto, en ambos casos nos encontramos con la pretensión de una prestación de orfandad, fundada en los mismos preceptos legales en los que se discute si existe situación asimilada al alta respecto de unos hechos sustancialmente iguales, ya que en ambos supuestos comparados, nos encontramos con sendos causantes en los que concurren los requisitos necesarios para que sus respectivos hijos puedan ser titulares de la prestación de orfandad, que han fallecido en accidente de tráfico, que ambos se encontraban en ese momento percibiendo el subsidio de desempleo para excarcelados y que presentaban periodos previos de falta de inscripción en el desempleo.

1.-Denuncia la recurrente infracción de los artículos 174 y 175 LGSS (en la actualidad 219 y 224), alegando sustancialmente que el causante se encontraba en situación asimilada al alta como consecuencia de ser perceptor de un subsidio de desempleo para excarcelados, reseñando que la inscripción como desempleado es requisito imprescindible para la percepción de tal subsidio, que percibió hasta el día de su fallecimiento, existiendo -por tanto y como consecuencia de mandado legal- situación asimilada al alta derivada de la inscripción como demandante de empleo y consiguiente percepción del aludido subsidio.

2.-Centrado el objeto del recurso en la determinación de si el causante se hallaba en situación asimilada al alta en el momento de su fallecimiento ya que el resto de requisitos para que pueda causarse la prestación de orfandad se consideran concurrentes por la sentencia recurrida, corresponde examinar los supuestos legales que determinan dicha situación de alta asimilada, así como nuestra jurisprudencia al respecto. Así, con carácter general, el artículo 166.1 LGSS dispone que la situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Por otra parte, el artículo 36 del RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de

datos de trabajadores en la Seguridad Social, dispone que "Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 1º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo".

La situación de asimilación al alta procede únicamente en los supuestos normativamente previstos y sólo respecto a determinadas contingencias, no existiendo un catálogo cerrado. En el momento presente aparecen enumeradas en el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social y en la norma transcrita anteriormente que, como ha quedado reseñado, considera situación asimilada al alta la de quienes se encuentren en situación de desempleo total y subsidiado. Expresión que comprende la de aquéllos desempleados que estén percibiendo cualquiera de los subsidios de desempleo previstos normativamente (SSTS de 9 de noviembre de 1999 y de 10 de noviembre de 2003, Rjud. 1308/2002), Rjud. 1789/1999). Específicamente, por lo que hace referencia a la prestación de orfandad, resulta de aplicación a la previsión de asimilación al alta de la situación de desempleo total y subsidiado que, como se ha dicho, se refiere, también, a las situaciones de percibo del subsidio de desempleo en cuestión, habida cuenta de que para el acceso al subsidio de desempleo, en cualquiera de sus modalidades, se requiere -con carácter general- la condición de estar parado y figurar inscrito como demandante de empleo, sin que el artículo 274.2 LGSS -relativo al subsidio de desempleo de los liberados de prisión- establezca nada que condicione o modifique el citado requisito general.

3.-Desde otra perspectiva, aunque no se declare expresamente probado en la sentencia recurrida, resulta perfectamente explicable que la falta de inscripción como demandante de empleo que se produjo en fechas anteriores a la percepción del subsidio para excarcelados, se debiera -precisamente- a la permanencia del causante en prisión, ya que -de otro modo- resultaría inexplicable el disfrute de este especial subsidio, no pudiendo presumirse que existiera una voluntad de abandono del sistema o una voluntad de apartamiento de la búsqueda de empleo.

1.-La aplicación de cuanto se lleva razonado determina que la buena doctrina se encuentra en la sentencia de contraste, lo que implica que en el supuesto contemplado - tal como informa el Ministerio Fiscal- haya que estimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina y, en consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida con las consecuencias legales inherentes consistentes en el reconocimiento de la prestación de orfandad a la solicitante. Sin costas.

FALLO

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

:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Margarita (quien actúa en nombre de su hija menor de edad Micaela), representada y asistida por el letrado D. Alberto Manzaneda Ávila.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en el recurso de suplicación núm. 359/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén, de fecha 27 de octubre de 2015, recaída en autos núm. 359/2015, seguidos a instancia de D^a. Margarita, frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre pensión de orfandad.

3.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y, en consecuencia, estimar la demanda origen de las presentes actuaciones y reconocer a D^a. Micaela el derecho a las prestaciones de orfandad derivadas del fallecimiento de su padre Juan Pedro.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.