

**Pensión de viudedad y situación asimilada al alta:
Baja no seguida de inscripción como demandante de empleo
ante la perspectiva inminente y cierta de un nuevo empleo
(STS 20 enero 2015)**

**Widow's pension and equivalent situation to registered: off
work and no registration as a job-seeker to the imminent and
some perspective of a new employment
(STS 20 january 2015)**

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA*

Resumen

El acceso a la pensión de viudedad está supeditado al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que destaca la necesidad de que el causante esté en alta o en situación asimilada al alta. Estas últimas están enunciadas normativamente, aunque también el Tribunal Supremo ha identificado un buen número de ellas a través de una interpretación flexible del requisito en cuestión. La STS de 30 de enero de 2015, como su precedente STS de 19 de enero de 2010, plantean un supuesto límite de situación asimilada al alta configurada por la baja laboral no seguida de la solicitud de prestaciones por desempleo y consiguiente registro del trabajador como demandante de empleo.

Abstract

Access to the widow's pension needs certain requirements, among which the need for the deceased is registered or in an equivalent situation. These last situations are set out normatively, but also the Supreme Court has identified a number of them through a flexible interpretation of the requirement. The STS January 30, 2015, as the previous STS January 19, 2010, raise a new case study: the possibility to consider as similar situation to registered the off work not followed by the application for unemployment benefits and subsequent registration as unemployed worker.

Palabras clave

Pensión de viudedad; Afiliación y alta; Situaciones asimiladas al alta; Inscripción como demandante de empleo.

Keywords

Widow's pensions; affiliation and registration; Equivalent situations to registered; Registration as a jobseeker.

1. INTRODUCCIÓN

La STS de 20 de enero de 2015 (núm. rec. 507/2014) plantea el problema de la exigibilidad, y posible excepción, del requisito del alta o situación asimilada en orden al reconocimiento de la pensión de viudedad; y más concretamente si dicha exigencia se mantiene en el supuesto de falta de inscripción del causante como demandante de empleo en el momento de su fallecimiento.

Para una mejor comprensión del supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, seguidamente se hará un breve resumen de los hechos. A continuación se recordarán someramente los términos en que nuestro Derecho regula los requisitos de acceso a la pensión de viudedad y, en relación a los mismos, se planteará el problema de la

relativización del requisito de alta y la construcción legal y jurisprudencial de las denominadas “situaciones asimiladas al alta”.

2. LOS HECHOS

La STS de 20 de enero de 2015 viene a resolver el problema planteado por el fallecimiento de cierto trabajador durante un periodo de inactividad laboral en el que, tras la pérdida de un empleo, y ante la expectativa de acceder de manera inmediata a otro nuevo, optó por no solicitar prestaciones por desempleo y, por tanto, tampoco se inscribió como demandante de empleo.

Según se desprende el relato de hechos de la sentencia comentada, el trabajador en cuestión venía trabajando como profesor de cocina en diversos cursos organizados tanto por una corporación local, como por varias empresas. De este modo, entre el 5 de septiembre de 2011 y el 27 de junio de 2012 (año escolar 2011-2012) estuvo vinculado laboralmente con la citada corporación local como profesor de un Programa de Cualificación Profesional Inicial y compatibilizó dicho trabajo con la impartición de varios cursos de cocina para otras empresas, una de ellas adjudicataria del denominado “Centro Joven Municipal”.

Lo que ocurre tras la finalización de estos contratos es lo que genera el problema que finalmente debe resolver el Tribunal Supremo. Esto es, que como relata el Hecho Probado Tercero de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 14 de octubre de 2013 que resolvió el pleito en la instancia, el causante optó por no inscribirse “como demandante de empleo, *debido a los escasos meses que faltaban para el inicio de los trabajos que tenía comprometidos* y falleció repentinamente por causa de un fallo cardíaco”.

El subrayado es nuestro, y se marca porque en esa afirmación del juzgador “a quo” se encierra todo el problema jurídico que el presente caso plantea. Sin duda, es un hecho que el trabajador, pese a quedar desempleado, no se inscribió como demandante de empleo. Y también es un hecho que falleció repentinamente a causa de un infarto. Posiblemente, incluso, fueran hechos conformes; y, en todo caso, eran fácilmente acreditables en el acto del juicio a través de los medios de prueba regulados en la Ley. En cambio, explicación que el juzgador da a la decisión del trabajador de no inscribirse como demandante de empleo no es un hecho, es un juicio, una valoración de la conducta del trabajador que el juzgador hace –sin duda porque así se afirmó por las demandantes– para dar sentido a la, de otro modo injustificable, desidia del trabajador. Esta es la cuestión esencial sobre la que habrá que volver.

En fin, tras el fallecimiento, la viuda (que había estado casada con el trabajador desde el 9 de septiembre de 2010 hasta el 17 de agosto de 2012, fecha del fallecimiento) solicitó del INSS la correspondiente pensión de viudedad. Y la entidad gestora la denegó porque el causante solo contaba con 4.667 días de cotización, faltándole 808 días para alcanzar el mínimo legal, y no se hallaba en el momento del fallecimiento en situación de alta o asimilada al alta.

Desestimada la reclamación previa, la viuda planteó demanda sobre pensión de viudedad frente al INSS y la TGSS que fue estimada por la ya citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 14 de octubre de 2013. Frente a la misma, el INSS y la TGSS

interpusieron recurso de suplicación estimado por STSJ Castilla y León (Burgos) de 18 de diciembre de 2013. Y contra esta última se interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina que –conviene anticiparlo ya– acaba estimando la ahora comentada STS de 20 de enero de 2015.

3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Las sucesivas reformas del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia en general, y el de la pensión de viudedad en particular, han alterado la original configuración de esta prestación del sistema de Seguridad Social, dificultando sin duda la comprensión del modelo¹.

Por ello, conviene recordar en este momento que, como toda prestación de Seguridad Social, también el reconocimiento y disfrute de la pensión de viudedad se halla sujeto, además de a la acreditación de los requisitos “particulares exigidos para la respectiva prestación”, al cumplimiento de las que el art. 124 TRLGSS denomina “condiciones del derecho a las prestaciones”. Esto es, las personas causantes del derecho a prestaciones deben reunir, en primer lugar, “el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”; y, en segundo término, y cuando así se exija, deben cumplir de determinados períodos de cotización. Bien entendido que no se exigen “períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario”.

Sobre estas reglas generales, el art. 174 TRLGSS, que contiene el régimen legal de la pensión de viudedad², determina los concretos requisitos de acceso y sus posibles excepciones. La regla general contenida en la redacción original del precepto en 1994 es que *“tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en*

¹ No está de más recordar en este sentido que la disposición adicional 54ª Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, ordenó al Gobierno –sin éxito alguno– presentar “ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilita, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante”. Obviamente, no se puede entender cumplido el mandato por las numerosas reformas del régimen jurídico de la pensión de viudedad dispuestas por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social; de manera muy clara porque la misma ley en su disposición adicional 25ª, rubricada “Reforma integral de la pensión de viudedad” anuncia que “el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad”. Como hito más reciente de estos anuncios, habrá que señalar que la Ley 20/2014, de 29 de octubre, ha delegado en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, entre ellos, un nuevo Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

² De su desarrollo reglamentario se ocupan el muy viejo, y por tanto, muy modificado, Reglamento General de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y la igualmente muy antigua y muy reformada Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado el periodo de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización”.

Posteriormente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso la modificación, entre otros, del citado art. 174.1 TRLGSS para 1) precisar que los casos de extinción de la pensión de viudedad podrían ser no solo los establecidos reglamentariamente, sino también los así señalados por una ley (¿no bastaban el principio de jerarquía normativa y los criterios de aplicación temporal de las normas?), y 2) que *“no obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años”.*

La siguiente modificación del apartado 1 del art. 174 TRLGSS fue ordenada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Además de precisar que la excepción al carácter vitalicio de la pensión resulta de la producción de “alguna de las causas de extinción” legal o reglamentariamente fijadas (y no en los “casos” determinados del mismo modo), la reforma llevó al texto de la ley la regla reglamentaria sobre carencia; es decir, concretar en quinientos días, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, el periodo de carencia hasta entonces dejado a determinación reglamentaria³. Además, esta reforma también aclara que si la pensión se causa *“desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar”.*

Por último, y entre una nueva batería de reformas del régimen jurídico de la viudedad⁴, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, también vino a retocar las condiciones de acceso a la pensión de viudedad. En esta ocasión para añadir un nuevo inciso en el art. 174.1 TRLGSS conforme al cual *“en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de*

³ El art. Art. 7.1 b) Orden de 13 de febrero de 1967 exigía, en efecto, desde su promulgación que “el cónyuge causante, si al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, haya completado el período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa de éste sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá este requisito”.

⁴ Nueva “prestación temporal de viudedad” (art. 174 bis TRLGSS); derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho que acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años y la dependencia económica del conviviente sobreviviente (art. 174.3 TRLGSS. STC 40/2014, de 11 de marzo, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso 5º de este apartado); supeditación del derecho a la pensión de las personas separadas judicialmente o divorciadas a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria del artículo 97 CC (véase STS 29 enero 2014, núm. Rec. 743/2013); regulación del supuesto de concurrencia de beneficiarios; posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar en determinados supuestos el importe de la base reguladora del causante.

convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

En definitiva, en lo que ahora más interesa, debe retenerse que para lucrar el derecho a pensión de viudedad es preciso, además de la muerte del causante, que concurra “el requisito general de acceso a las prestaciones del sistema”; es decir, la afiliación y alta o situación asimilada a alta. “Además y según las situaciones (en atención a la causa de la muerte y a si el sujeto no se encontraba en alta o situación asimilada) será preciso acreditar (...) un determinado periodo mínimo de cotización”⁵.

De acuerdo con ello, pueden identificarse tres supuestos típicos:

- a) *Viudedad derivada de muerte por contingencias profesionales*: el causante se considera, “de pleno derecho, en situación de alta” (art. 124.3 TRLGSS) y no se exige “ningún periodo previo de cotización” (art. 174.1, párrafo primero, *in fine*, concordante con art. 124.4, ambos TRLGSS)
- b) *Viudedad derivada de muerte por accidente no laboral*: es preciso acreditar el alta del causante o situación asimilada; pero no periodo previo de cotización (art. 174.1, párrafo primero, *in fine*, concordante con art. 124.4, ambos TRLGSS)
- c) *Viudedad derivada de muerte por enfermedad común*: se exige alta o situación asimilada y la carencia específica de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. No obstante, si el fallecimiento se produce en situación de alta o de asimilada al alta, pero sin obligación de cotizar, este período de quinientos días debe estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar⁶.

En conclusión, el alta o situación asimilada solo se exige en los supuestos de viudedad por contingencias comunes⁷, pero puede eludirse siempre que se acredite que el causante ha completado en la fecha del fallecimiento un período mínimo de cotización de quince años.

Los problemas aparecen, por tanto, cuando, como acontece en el caso ahora estudiado, se pretende lucrar una pensión de viudedad derivada de contingencia común a

⁵ RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pág. 131. Del mismo puede verse también *Prestaciones por muerte y supervivencia: viudedad, orfandad y favor de familiares*, Ediciones Laborum, Murcia, 2009.

⁶ Adviértase que en estos casos de fallecimiento del causante derivado de *enfermedad común*, si la misma no puede calificarse como “sobrevivida tras el vínculo conyugal”, se requiere además desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, “que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes”. No obstante, no se exige este requisito si en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia como “pareja de hecho” que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años. Sobre las dudas que suscita esta regla, puede verse, entre otros, RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La protección por muerte y supervivencia”, en CAVAS MARTÍNEZ, F., (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007*, Ediciones Laborum, Murcia, 2007, págs. 171 y ss.

⁷ Y el doble requisito de alta o situación asimilada y carencia específica solo en los casos de muerte por enfermedad común.

pesar de que en el momento del hecho causante el trabajador no se encontraba en alta o situación asimilada y tampoco acredita el período mínimo de cotización de quince años.

4. LA RELATIVIZACIÓN DEL REQUISITO DE ALTA

Aunque la afiliación y alta de los trabajadores por cuenta ajena es una obligación empresarial cuyo incumplimiento no puede afectar a los derechos que aquellos tienen en materia de Seguridad Social⁸, la variedad de situaciones que en la práctica pueden plantearse ha suscitado numerosos problemas en relación con este requisito y ha obligado tanto al legislador, como a jueces y tribunales a agudizar el ingenio para hacer compatible el mandato de la norma con la evitación de situaciones injustas. De este modo se ha producido una cierta relativización o flexibilización de la exigencia del requisito del alta en relación –además de otras prestaciones del sistema– con la pensión de viudedad. Siguiendo la clasificación propuesta por la doctrina⁹, cabe distinguir entre la existencia de determinadas “previsiones legales que flexibilizan el requisito del alta” y otras “situaciones de creación jurisprudencial y administrativa”.

Entre las primeras se incluyen a) las denominadas “alta de pleno derecho o presunta” a efectos de accidente de trabajo, enfermedad profesionales, desempleo y asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (art. 125.3 TRLGSS) y “alta especial” en los casos de huelga y cierre patronal (art. 125.6 TRLGSS); b) la “supresión del requisito del alta, bien a favor de ciertos colectivos (pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, accidentes sufridos por trabajadores emigrantes en sus desplazamientos o beneficiarios de prestaciones asistenciales), bien en relación con concretas prestaciones a través de sus reemplazo por periodos extra de cotización (vgr. en ciertas prestaciones por muerte y supervivencia); c) la inexigencia del requisito respecto de quien ya es beneficiario de prestaciones económicas de la Seguridad Social y se considera en situación asimilada al alta (perceptor de prestaciones por desempleo) o directamente sujeto causante (beneficiarios del subsidio de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y pensionistas); y d) las “*situaciones asimiladas al alta*”, concepto muy vago e impreciso bajo el que se colocan toda una serie de situaciones de difícil catalogación; entre otras (cfr. art. 36 RD 84/1996, de 26 de enero, 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): suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo, suscripción de convenio especial, desempleo total y subsidiado, paro involuntario subsistente tras el agotamiento de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, periodos de inactividad entre trabajos de temporada, o traslado del trabajador por su empresa fuera del territorio nacional.

Ahora bien, además de los supuestos citados, como tales reconocidos normativamente, existen otras muchas “situaciones asimiladas al alta” de creación judicial

⁸ Con rotundidad, el art. 126.2 TRLGSS deja claro que “el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”.

⁹ RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 133 y ss.

fruto de una “interpretación humana, flexible e individual del requisito del alta”¹⁰. Una interpretación que, como señala la STS 19 de julio de 2001 (RJ 2001, 580), resulta respetuosa del “principio de protección suficiente por el sistema de la Seguridad Social, proclamado en el artículo 41 de la Constitución” y que conduce a interpretar los preceptos legales “mitigando el rigor de su pura literalidad en lo referente a la exigencia del requisito del alta o de la situación asimilada al alta, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia, atendiendo, sobre todo, a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso, con el fin de evitar situaciones de desprotección”.

Precisamente por la inconcreción de estos criterios, por la abundancia de resoluciones judiciales que realizan esta interpretación flexible del requisito del alta y porque, obviamente, siempre se está ante el caso concreto, es muy difícil enunciarlas y sistematizarlas. La doctrina que lo ha intentado propone algunos elementos comunes a todas ellas¹¹; a saber: a) posibilidad de acreditar la larga vida laboral del causante¹²; b) existencia de una causa impeditiva ajena a la voluntad del causante de continuar su actividad laboral y carrera de seguro; y c) la desvinculación con el sistema se produce o mantiene por circunstancias extraordinarias.

Más allá de estos rasgos comunes, resulta difícil avanzar. Pero sí cabe registrar cómo, por ejemplo, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a pensión al viudo cuya esposa no se encontraba en el momento del fallecimiento en situación de alta; y ello porque la baja se había producido cuando llevaba “casi dos años con el proceso que acabó con su vida y que, como es lógico, no le permitía ya realizar una vida activa, siendo explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para estar en alta”¹³. También se ha considerado que existe una situación asimilada al alta a los efectos de lucrar una pensión de viudedad cuando se prueba la existencia de una grave enfermedad “que conduce al hecho causante (y que explica por qué se han) descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta”¹⁴. Bajo análogas consideraciones, se reconoce el derecho a pensión de viudedad y orfandad a la esposa e hijo de trabajador fallecido que no se encontraba en alta en el momento del hecho causante, sino en “situación de paro involuntario después de haber agotado la prestación de desempleo, continuando inscrito como demandante de empleo mientras percibió el subsidio asistencial y con posterioridad habiendo sido dado de baja por la oficina correspondiente, por no haber acudido a un control –a lo que contribuyó su desfavorable estado físico– en cuya situación permaneció durante seis meses, volviendo a causar alta como demandante de empleo, situación en la que se encontraba en el momento de su fallecimiento, (circunstancia que) no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral, ni desvirtúa la consideración de que se encontrase en situación asimilada al alta, al efecto de

¹⁰ RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 148.

¹¹ BARRIOS BAUDOR, G., *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 64 y ss.

¹² Como dice la STS 19 enero 2010 (RJ. 2010, 450), la Sala de lo Social el Tribunal Supremo “ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación del requisito de estar de alta en la seguridad social, o en situación asimilada, y lo ha hecho con un criterio flexibilizador, carente de rigor formalista, para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo activo”.

¹³ STS 19 de diciembre de 1996 (RJ 1997, 1885).

¹⁴ STS 17 septiembre 2004 (RJ 2004, 6320).

lucrar las prestaciones de viudedad y orfandad reclamadas¹⁵. En cambio, STS 14 mayo 2010 (ROJ STS 3466/2010) consideró, en el caso estudiado, que la simple drogadicción no es suficiente para entender que concurre esa asimilación al alta, ni la misma puede reconocerse respecto de quien no manifiesta voluntad alguna de permanecer en el ámbito del mundo del trabajo, valorándose muy especialmente la “gran extensión y alcance del apartamiento del sistema de cotización en el análisis conjunto de su vida laboral, de su carrera de seguro”¹⁶. Más recientemente, en fin, el TS ha considerado que se halla en situación asimilada al alta quien es receptor de la llamada renta activa de inserción al tiempo del óbito¹⁷.

5. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN COMO DEMANDANTE DE EMPLEO ANTE LA PERSPECTIVA INMINENTE Y CIERTA DE UN NUEVO EMPLEO COMO SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA

La sentencia de 20 de enero de 2015 se inscribe con toda claridad en esta corriente jurisprudencial, de la que constituye un magnífico ejemplo; si bien, poco más que ese ejemplo, pues su doctrina es mera reiteración de la previamente formulada por STS de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 450), expresamente señalada por la recurrente como sentencia de contradicción.

Ambas resoluciones enfrentan verdaderamente supuestos de hecho análogos: trabajadores con una larga carrera de seguro, aunque inferior a los 15 años que exige el art. 174.1 TRLGSS, y que ante la extinción de contrato de trabajo no solicitan las correspondientes prestaciones por desempleo y, por tanto, tampoco se inscriben como demandantes de empleo¹⁸. En el caso ahora resuelto, ante una expectativa de inmediata recolocación; en el de la sentencia de contrate, por la realización de un curso formativo vinculado al empleo anterior¹⁹. En ambos casos, en fin, la fatalidad hace que fallezcan precisamente en ese momento intermedio entre el anterior y el nuevo empleo en que ninguno de los dos trabajadores está percibiendo prestaciones por desempleo ni inscrito como demandante de empleo.

El examen de ambos casos a la luz de los criterios que según la doctrina sintetizan la jurisprudencia sobre flexibilización del requisito del alta en las prestaciones por muerte y supervivencia parece ratificar la solución alcanzada tanto por la sentencia comentada como por la que le da soporte doctrinal. En efecto, a) ambos causantes acreditan una larga vida laboral, b) en ambos es reconocible el *animus laborandi*, pues su voluntad probada era la de emplearse o la de formarse para mejorar sus expectativas laborales, y c) son circunstancias extraordinarias las que determinan la muerte a las pocas semanas de extinción de los contratos (51 días en un caso y dos meses en el otro). Y es, sin duda, esta identidad fáctica lo que explica por qué la sentencia de 20 de enero de 2015 simplemente se limita a declarar

¹⁵ STS 12 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2565).

¹⁶ Cfr. SSTS 27 mayo 1998 (RJ 1998, 5700), 22 octubre 1999 (RJ 1999, 8738), 27 noviembre 2002 (RJ 2002, 1932).

¹⁷ STS 5 mayo 2014 (RJ 2014, 2847).

¹⁸ Recuérdese que conforme al art. 207 d) TRLGSS “estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente” es un requisito para el nacimiento y el mantenimiento del derecho a las prestaciones del nivel contributivo (cfr. art. 209 TRLGSS). Para el asistencial, art. 215.4 TRLGSS.

¹⁹ La trabajadora causó baja voluntaria en la autoescuela en que prestaba servicios como auxiliar administrativa para obtener la titulación de profesora de autoescuela.

ahora, tras unas breves citas de la STS de 19 de enero de 2010, que “las circunstancias concurrentes en ambos casos son semejantes y de ellas no se desprende, en el ahora enjuiciado, una voluntad de separarse del sistema, deduciéndose del relato de la sentencia recurrida que se debió sólo al destino que el trabajador no se reinsertase en muy breve período de tiempo en la Seguridad Social y que, por el contrario, el pensamiento de que así sería es lo que le indujo a entender que no precisaba registrarse como demandante de empleo, lo que implica que la ausencia de ese requisito en tales condiciones, dadas, por otra parte, las demás positivas ya enumeradas, no debe impedir el acceso de su viuda a la prestación litigiosa”.

Y sin embargo, pese a lo que a primera vista parece, la solución no es en absoluto tan sencilla. Básicamente porque asimiladas al alta solo están a) la “*situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia*” (art. 125.1 TRLGSS); y b) 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*” (art. 36.1 1ª RD 84/1996, de 26 de enero, 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).

Es decir, nuestras normas de Seguridad Social no acogen –como una lectura apresurada de la STS de 20 de enero de 2015 podría dar a entender– la situación asimilada al alta consistente simplemente en la “inscripción ininterrumpida como demandante de empleo”. Lo que el citado Reglamento de afiliación tipifica es, en cambio, la situación de agotamiento en el disfrute de una prestación por desempleo y subsiguiente mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo. Y precisamente es el rigor en la exigencia de esta continuidad de la inscripción lo que ha sido objeto de una sensible atemperación por parte del Tribunal Supremo, de modo que pueda apreciarse la existencia de situaciones asimiladas al alta aunque dicha inscripción haya sufrido interrupciones siempre que éstas no sean significativas²⁰.

²⁰ Por todas, STS 19 de julio de 2001 (RJ 2002, 580). La idea que late en el fondo de esta construcción es que la situación asimilada de paro involuntario supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de las prestaciones o del subsidio de desempleo. Y “la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse normalmente por el mantenimiento de la inscripción actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente Oficina de Empleo. De ahí que no pueda estimarse la continuidad del paro involuntario cuando el transcurso del tiempo sin inscripción pone de manifiesto que ya no subsiste la búsqueda de empleo (...) porque la situación de paro involuntario no se refiere únicamente al momento del hecho causante de la prestación, sino con carácter general al período que sigue al agotamiento de las prestaciones de desempleo” (SSTS 22 de mayo de 1992, 22 de marzo de 1993, 1 de abril de 1993). Por ello, y salvo en supuestos excepcionales, la voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación, no presupone la asimilación al alta de quien solicita prestaciones después de haber estado en tal situación. Ahora bien, la citada STS 19 julio 2001, con apoyo, entre otras en STS 14 de abril de 2000 y STS 7 de mayo de 1998, explica como, conforme a un criterio humanizador, el TS “ha mitigado el rigor en la exigencia de los requisitos para el reconocimiento de prestaciones que protejan situaciones de necesidad, eludiendo el resultado a que conduciría la interpretación literal, para considerar como más razonable que, pese a rupturas temporales, sigue vivo el *animus laborandi* o la voluntad decidida de seguir trabajando, pese a carecer de empleo, entendiéndose que se cumple el requisito de la situación asimilada al alta cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias”. Véase también, STS 19 diciembre 1996 (RJ 1997, (...))

Ahora bien, la realidad enseña que existen todavía situaciones más extremas que desbordan manifiestamente el marco normativo de referencia y respecto de las que el Tribunal Supremo se ve puesto a prueba para, en su caso, llevar al límite su vocación humanizadora.

Un extraordinario ejemplo de ello es el que ofrece la STS 30 de enero de 2007 (RJ 2007, 1360), que reconoce el derecho a las pensiones de viudedad y orfandad reclamadas en un caso en que la trabajadora fallecida había estado de alta y cotizado al RETA un total de 1035 días y luego, tras cesar en su actividad en abril de 2001, se inscribió como demandante de empleo (sin derecho a prestaciones, obviamente), situación en la que permaneció, con alguna interrupción, hasta su fallecimiento acaecido en julio de 2003. La imposibilidad apreciar la existencia de una situación legal de desempleo o de paro involuntario subsiguiente al agotamiento de una prestación contributiva o asistencial, que en ningún caso pudo percibirse, no representa para el Tribunal Supremo un “obstáculo” que impida apreciar “tal asimilación respecto de los asegurados en el RETA, que carecen del derecho a las mismas”. Y ello porque “de acuerdo con el canon de interpretación finalista, es tal carencia de protección, y no el origen de la misma por agotamiento del periodo de protección, lo verdaderamente relevante a efectos de la asimilación al alta prevista en la citada disposición reglamentaria”.

Y algo parecido ocurre en los casos enjuiciados por SSTS de 19 de enero de 2010 y de 20 de enero de 2015. Aunque –como ya se ha dicho– una lectura poco atenta de ambas resoluciones puede hacer pensar que fundan su fallo en la suposición de que la mera inscripción como demandante de empleo constituye una situación asimilada al alta cuya falta de mantenimiento en los casos estudiados sería disculpable, no es así en absoluto. Conoce bien la Sala que la situación asimilada al alta que normativamente deriva de aquella inscripción consiste en estar en el disfrute de las prestaciones económicas por desempleo o en haberlas agotado. En cambio, nuestro Derecho no considera asimilada al alta la situación de quien simplemente está inscrito como demandante de empleo, pero no tiene, ni ha tenido derecho a prestaciones económicas. Y tampoco la de quien, pudiendo lucrar tales prestaciones económicas, no las solicita y no se inscribe como demandante de empleo.

Pues bien, en el caso de las sentencias últimamente citadas no estamos ante un supuesto de interrupción justificable en la continuidad de una inscripción como demandante de empleo, sino ante la pura y simple inexistencia de inscripción. Y es que lo que plantean las SSTS de 19 de enero de 2010 y de 20 de enero de 2015 es algo radicalmente distinto y original: la posibilidad de afirmar una nueva situación asimilada al alta que acogería los supuestos extinción de contrato sin la subsiguiente formalización de la situación legal de desempleo por expectativa de una inminente recolocación²¹.

1885). En la doctrina, entre otros, BLASCO LAHOZ, J.F., “El acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social desde una situación de inactividad laboral o profesional”, *Aranzadi Social*, núm. 18/2010 (BIB\2009\2049).

²¹ Conforme al art. 209.1 TRLGSS, las personas que cumplan los requisitos legalmente establecidos “deberán solicitar a la Entidad Gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo (y) deberá mantenerse durante todo el periodo de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción (...)”.

El pilar sobre el que se levanta toda la construcción es, muy claramente, la insatisfacción ante una regulación legal que, sin consideración a las particulares carreras de seguro, deja desprotegido a todo trabajador que, por las razones que fuere, no liga sin solución de continuidad el fin una relación laboral con la formalización de su situación legal de desempleo. Y de acuerdo con ello la argumentación del Tribunal Supremo se proyecta en tres direcciones diferentes.

En primer lugar, trata de convencer de la injusticia de la solución normativa aplicada en un caso en que los “datos revelan el cumplimiento riguroso por la causante de la situación de alta y cotización a la Seguridad Social durante el periodo de actividad laboral, (así como su) decidida voluntad de continuar en el mundo laboral, mejorando sus expectativas”.

En segundo lugar, observa cómo, en realidad, no puede hablarse propiamente de una laguna normativa, sino quizá de una regulación demasiado compleja y poco ágil. Y es que, precisamente para evitar lagunas de cotización y otros perjuicios –como el que ahora se analiza–, nuestro sistema de Seguridad Social ofrece al trabajador cuyo contrato se extingue y no pasa a situación legal de desempleo la posibilidad de suscribir un Convenio Especial que le hubiera mantenido en situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia. Por tanto, desde este punto de vista, lo que debe cuestionarse es si resulta o no disculpable su no formalización, sobre todo atendiendo al escaso periodo de tiempo transcurrido en los casos comentados entre el fin de los contratos y el fallecimiento²².

Y, en tercer lugar, hace ver el distinto tratamiento que nuestro ordenamiento dispensa en situaciones análogas a trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. Y es que, conforme al art. 29.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, los trabajadores que causen baja en dicho Régimen Especial “quedarán en situación asimilada a la de alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora”. Sin duda, esta diferente regulación se explica por la tradicional inexistencia de protección por cese de actividad de este colectivo; pero en ningún caso justifica la desprotección del trabajador por cuenta ajena en análoga situación.

Estas razones, que la STS de 19 de enero de 2010 expone y que la STS 20 enero 2015 asume y hace suyas, especialmente la valoración del hecho de que los causantes de las pensiones fallecieron antes del transcurso de los 90 días siguientes a su baja en la Seguridad Social, justifican la solución dada a los casos estudiados. Sobre todo, porque como advierte la primera, al hacerlo están interpretando y aplicando las normas Seguridad Social “no de forma aislada, atendiendo a su pura literalidad, sino poniéndolas en relación de manera concurrente e integradora, con las que tienen una misma o análoga finalidad, atendiendo a la realidad social en que se aplica el precepto”.

²² Importa mucho subrayar que conforme al art. 5.2 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, la solicitud del convenio especial puede presentarse “dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha del cese en la actividad o en la situación que determine la baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social (...) y) surtirá efectos desde el día siguiente a aquél en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente (...).

