

TSJ Galicia, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, de 27 de noviembre de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Guillerma presentó demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 606/2019, de fecha quince de noviembre de dos mil diecinueve.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.-La actora presentó solicitud de jubilación el 30 abril 2019 (folios 9 y ss.), que fue desestimada por resolución de fecha de salida 6 mayo 2019, consignando que "en la fecha del hecho causante, 30/04/2019, tiene 0 días cotizados en los últimos 15 años. No alcanza, por tanto, los 713 días necesarios, de acuerdo con el art. 161.1.b [LGSS]" (folio 13). La actora interpuso reclamación previa el 17 junio 2019 (folios 18-19), que fue desestimada por resolución de 20 junio 2019, que confirma la impugnada consignando que "no se considera situación de paro involuntario, al existir una interrupción en la demanda superior a 24 meses de manera continuada, concretamente entre el 2 diciembre 2011 y el 10 enero 2017. Asimismo le informamos que el período existente como perceptora de subsidio de Mayores de 52/55 años no es válido a efectos del cómputo para acreditar la carencia exigida" (folio 20). SEGUNDO.-A los folios 14 vuelto y ss. obra consulta de períodos de vida laboral de la actora que se da por reproducida. El último día de cotización es el 31 enero 2009. Los mismos datos en informe de vida laboral al folio 23). TERCERO.-Al folio 21 obra consulta de períodos de inscripción del SPEE, en que constan inscripciones del 16 junio 2004 al 23 agosto 2011, del 30 agosto 2011 al 1 diciembre 2011 y del 11 enero 2017 al 20 junio 2019. Al folio 24 obra informe de períodos de inscripción en el SPEE fechado el 2 septiembre 2019 en que constan los siguientes datos:

De a Causa

05/11/2002 12/08/2011 baja por no renovación de la demanda

30/08/2011 01/12/2011 baja por no renovación de la demanda

11/01/2017 02/09/2019 fecha fin informe solicitado

CUARTO.-La actora había solicitado subsidio por desempleo para mayores de 52 años el 27 julio 2006 (folio 27), causando baja por percepción de pensión de viudedad desde el 31 enero 2009 (folios 34 a 37).

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Dña. Guillerma y en virtud de ello absuelvo al INSS y TGSS Y SPEE de las peticiones deducidas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a Guillerma formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 6/03/2020.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 27/11/2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. Alega el recurrente infracción por interpretación errónea de los artículos 205 1.b) y 280.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Como señala el recurrente, la cuestión debatida al igual que ya se planteó en demanda, se circunscribe a dilucidar, si reúne la demandante el requisito de carencia específica, de 723 días cotizados para poder acceder a la pensión de jubilación solicitada, y si son válidas a estos efectos las cotizaciones al subsidio por desempleo.

Las infracciones que se denuncian han de ser examinadas a partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no impugnados en esta Suplicación por

la obligada vía del art. 193 b) y 194 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social; ciertamente y en todo caso fruto del imparcial y fundado criterio judicial de instancia, que ha valorado al efecto, la prueba practicada, facultad legal propia (art. 97.2 LJS) que en el proceso aparece ejercida de modo oportuno. Y de los que se desprende que: la demandante permaneció inscrita como demandante de empleo, desde el 05/11/2002 a 12/08/2011, desde 16 junio 2004 al 23 agosto 2011, del 30 agosto 2011 al 1 diciembre 2011 y del 11 enero 2017 al 20 junio 2019. La actora había solicitado subsidio por desempleo para mayores de 52 años el 27 julio 2006 (folio 27), causando baja por percepción de pensión de viudedad desde el 31 enero 2009 (folios 34 a 37).

Sostiene la demandante que estuvo inscrita como demandante de empleo desde 2002 y que su última cotización es de 2009 (pues percibió subsidio de desempleo para mayores de 52 años y que desde dicha fecha sí reúne la carencia específica y ha de aplicarse en cualquier caso la doctrina del paréntesis tal y como asimismo se alegó en instancia.

SEGUNDO.- Pues bien los planteamientos de la recurrente son los siguientes:

a) El primero de ellos, parte de que dado que la solicitud de pensión de jubilación se realiza el 30 de abril de 2019, el arco temporal para apreciar la carencia específica hay que situarlo entre el 01/05/2004 y el 30/04/2009. Estimando que si atendemos a dicho periodo si reúne el requisito de carencia específica que le es exigible de 713 días. Insistiendo en que resultan acreditados 918 días al subsidio por desempleo para mayores de 52 años y que computado dicho periodo reúne la carencia específica solicitada.

Pretensión que así formulada merece ser rechazada, por cuanto, como señalamos entre otras en STSJ, Social sección 1 del 08 de mayo de 2009 (ROJ: STSJ GAL 3873/2009 - ECLI:ES:TSJGAL:2009:3873) Sentencia: 2373/2009 recurso: 544/2006, resolviendo precisamente sobre la validez de las cotizaciones por subsidio de desempleo para mayores de 52, a los efectos ahora pretendidos, "..... 2ª.- En la materia litigiosa, el Tribunal Supremo alteró criterio anterior (ss. 30 , 31-1-97) y otorgó (ss. 18-11-97 , 16-2-98) plena validez y eficacia a las cuotas discutidas; doctrina que esta sala reprodujo en diversos supuestos (ss. 2-11-99 , 14-9-2000). 3ª.- Sin embargo, la disposición adicional 21ª de la Ley 50/98 de 30-12 (Medidas fiscales, administrativas y del orden social), desvirtuó esa última jurisprudencia al introducir en la LGSS su disposición adicional 28ª, según la que: "Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2 del , tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta Ley , que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años". Y tal como señala la juzgadora de instancia no pueden ser computadas las cotizaciones

durante el subsidio porque sólo son válidas para el cálculo de la base reguladora y el porcentaje, de conformidad con lo dispuesto en el art. 280.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

b) En segundo lugar, partiendo de esta misma norma, y de una interpretación del espíritu y finalidad de la misma, conforme a las reglas de la equidad del art 3 del Código Civil, sostiene como argumentación el recurrente que el propio artículo 280.1 de la LGSS dice que: En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 205.1.b), que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 274.4 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años.

Y que de conformidad con dicha norma, habiéndosele reconocido el subsidio de desempleo para mayores de 52 años el 28 de julio de 2006, el arco temporal para el cómputo de la carencia específica estaría situado entre el 29/07/91 y el 28/07/06. Periodo en el cual si acredita cotizados los 713 días que se le exigen en concepto de carencia específica.

Y esta interpretación tampoco puede tener favorable acogida, por cuanto, si bien es cierto el argumento del actor, en cuanto al texto del artículo 280.1 de la del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Y que expresamente dice el período mínimo de cotización exigido en el artículo 205.1.b) "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 274.4 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años", ello se entiende que se refiere a un supuesto en que la fecha del hecho causante de la solicitud, se produce en el momento en que deja de percibir el subsidio y pasa sin solución de continuidad a la jubilación, dado que se trata de un subsidio pre jubilatorio, pero no en supuestos como el de autos, en que como señala el hecho probado 4º la actora había solicitado subsidio por desempleo para mayores de 52 años el 27 julio 2006, y causó baja en el subsidio, por percepción de pensión de viudedad, desde el 31 enero 2009. Habiendo estado inscrita posteriormente como demandante de empleo, en los periodos que se señalan también en los hechos probados.

c)Y finalmente se basa en la llamada "teoría del paréntesis". Que excluye del arco temporal afectado por las carencias específicas los periodos de desempleo, sin cotizaciones, con inscripción como demandante de empleo, o con breves intervalos en base a una interpretación flexible. Y que considera se debe aplicar en el supuesto de autos, y el arco temporal afectado por la carencia específica estaría comprendido entre el 06/11/1992 y 30/04/19 en el cual acredita 1.461 días.

Y así formulada la argumentación igualmente merece ser rechazada, por cuanto como señala el juzgador de instancia, tampoco cabe aplicar la doctrina del paréntesis porque

la actora tiene una interrupción en su demanda empleo desde 2011 hasta 2017, siendo su última actividad laboral de 2001 a 30 octubre 2002, percibiendo a partir de entonces prestación y subsidio de desempleo causando baja por percepción de pensión de viudedad desde el 31 enero 2009 y desde el 1 diciembre 2011 hasta el 11 enero 2017, la actora estuvo apartada y no inscrita.

TERCERO.- Y en cuanto a la cuestión de la doctrina del paréntesis, como señala el T. Supremo: "Es doctrina de esta Sala, recordada por la sentencia referencial de 10 de diciembre de 2.001 (rec.561/01) con cita de la de 25 de julio de 2.000 (rec.2808/99), que la garantía para todos los ciudadanos de una protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social en el art. 41 de la Constitución, no puede enervar o desvirtuar, en un ordenamiento de la Seguridad Social fundado en la actividad profesional de los asegurados, los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo.

Pero que, no obstante lo anterior, la interpretación de los preceptos que imponen estos requisitos, que se remontan muchos de ellos a los reglamentos de Seguridad Social de los años sesenta, debe hacerse atendiendo al indicado principio constitucional de protección suficiente. Y que hay que tener en cuenta, además, que los cambios en la "realidad social" del mercado de trabajo y de la vida profesional experimentados desde la fecha de aprobación de la disposición interpretada (circunstancia a considerar, en el empleo de uno de los criterios de interpretación indicados en el art. 3.1 del Código Civil) han sido muy importantes, reduciendo de manera notable la estabilidad de ocupación y aumentando la irregularidad del perfil de la vida activa.

Pues bien esa interpretación evolutiva, realizada atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección, ha permitido a dicha Sala mitigar el rigor de la pura literalidad de la norma en lo referente a la exigencia del requisito del alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia. Y apreciar la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como "tiempo neutro o paréntesis" excluido del periodo computable, de acuerdo con los criterios que pueden resumirse así:

1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. Así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS - 94, y 36.17 del Real Decreto 84/1996 que aprobó el "Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social". Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada. (s. de 23-10-99, rec. 2638/98).

3) Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales: A) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo (ss. de 29-5-92 (rec. 1996/91) de Sala General, 1-7-93 (rec. 1679/92), 1-10-02 (rec. 4436/99), 25-10-02 (1/02) y 12-7-04 (rec. 4636/03) entre otras) porque esta situación acredita el "animus laborandi", o lo que es igual, como señaló la sentencia de 26-5-03 (rec. 2334/02), "la voluntad de no apartarse del mundo laboral"; B) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar (ss. de 10- 12-1993 (rec. 1091/92), 24-10-1994, (rec. 3676/93) y 7-2-00, (rec. 109/99) entre otras); C) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez (ss. de 28-10-98 (rec. 584/98), 9-12-99 (rec. 108/99), 2-10-01 (rec. 9/2001) y 20 de diciembre de 2005 (rec. 2398/04), en que tampoco se cotiza; D) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales (ss. de 12-11-96, rec. 232/96; 19-7-01, rec. 4384/00; y 26-12- 01, rec. 1816/01). E) La existencia comprobada de una grave enfermedad "que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta" (ss. de 28-1-98 (rec. 1385/97) y 17-9-04 (rec. 4551/03).

4) Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo", que no es revelador de esa "voluntad de apartarse del mundo laboral" (Ss. de 29-5-92 (rec. 1996/91) antes citada, 12-3-98 (rec. 2307/97), 9-11-99 (rec. 4916/98), 25-7-00(rec. 4436/99) y 18-12- 01(rec. 559/01) invocada como referencial). Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de 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. (s. de 19-7-01, rec. 4384/00).

5) "La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su "carrera de seguro", y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal" (s. de 25-7-2000, rec. 2808/99); en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado.(s. de 18-12-01, rec. 559/01)."

Doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, así entre otras SSTs de 14-3-12 (rec: 4674/2010); 4-4-11 (rec: 2129/2010); o 23-3-06 (rec: 5478/2004).

Como situaciones asimiladas al alta, se prevén la de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia (art. 125 LGSS) y el paro

involuntario subsiguiente al desempleo total y subsidiado si se mantiene la inscripción como desempleado en la oficina de empleo (art. 36.2 RD 84/96 de 26-1).

Por su parte, la jurisprudencia (TS s. 14-4-2000) reitera la interpretación humanizadora, flexible, e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de prestaciones, que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando siempre rigideces que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social, lo que ha permitido estimar como situación asimilada al alta aquellos casos en que es breve la ruptura temporal en la situación de demandante de empleo, entendiendo que entonces sigue vivo el "animus laborandi" y no hay voluntad de apartarse del mundo laboral.

El Tribunal Supremo (s. 17-4-2000) afirma que el presupuesto de figurar inscrito como demandante de empleo es un medio acreditativo de la subsistencia de la voluntad del solicitante de permanecer en el mercado de trabajo y de no querer separarse del sistema de la Seguridad Social. De ahí que, si bien en principio, la jurisprudencia (TS s. 1-4-93) exigió que la inscripción oficial como desempleado, que permite conservar la situación de asimilación al alta, debiera mantenerse sin interrupción, lo cierto es que dicho presupuesto encuentra algunas excepciones en las que, a pesar del alejamiento temporal del mercado de trabajo, se entiende que sigue vivo el "animus laborandi" del asegurado. En efecto, con relación al artículo 125.1 LGSS, el Tribunal Supremo (s. 19-11-97) amplía el catálogo de las situaciones asimiladas al alta previstas en aquella norma, al atenuar la exigencia de este requisito como presupuesto de acceso a determinadas prestaciones de Seguridad Social en sentido humanitario, protector e individualizado a las circunstancias del caso concreto y, particularmente, en los supuestos de enfermedad del beneficiario por ser explicable que en tal circunstancia se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta (TS s. 2-10-2001). Pero que no es el supuesto de autos.

Al haberlo apreciado así, el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la sentencia de fecha 15/11/19, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Ourense, en autos 530/19, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 €; en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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