

Roj: **STS 868/2017 - ECLI:ES:TS:2017:868**Id Cendoj: **28079140012017100115**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/02/2017**Nº de Recurso: **1563/2015**Nº de Resolución: **154/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 3135/2015,**  
**STS 868/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 22 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Jorge Domínguez Roldán, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Aurelia , contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de marzo de 2015 dictada en el recurso de suplicación nº 355/2014 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid de fecha 29 de enero de 2014 dictada en virtud de demanda formulada por mencionada recurrente contra las citadas Entidades Gestoras, en reclamación por pensión de **Orfandad**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de enero de 2014, el Juzgado de lo Social número 25 de Madrid, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Dña. Aurelia , con DNI NUM000 solicitó el 13-05-2013, pensión de **Orfandad** de sus hijos Rafael , Jose Pablo Y Rosaura , tras el fallecimiento del padre de éstos, D. Amador el 03-04-2013.- SEGUNDO.- Mediante Resolución del INSS, de fecha 16-05-2013, fue desestimada su solicitud POR LAS SIGUIENTES CAUSAS: "Por no hallarse el causante en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del fallecimiento, no ser pensionista de incapacidad o jubilación en la modalidad contributiva, ni estar en situación de invalidez provisional, según lo dispuesto en el art. 172.1.a) de la Ley de la Seguridad Social " añadiendo a continuación que la causa denegatoria concurre igualmente " 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 quince años, de acuerdo con lo establecido en el art. 175.1 de la Ley General de la Seguridad Social ".- TERCERO.-Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna Reclamación en Vía Previa, que fue desestimada nuevamente, mediante Resolución de fecha de salida 02-09-2013, con el siguiente contenido: Por resolución de fecha 15-05-2013, le denegamos la prestación solicitada por no hallarse el causante en alta o en situación asimilada a la del alta en la fecha del fallecimiento y no haber completado el periodo mínimo de cotización de quince años a lo largo de toda su vida laboral.- D. Amador que falleció el 3- 04-2013, se dio de baja en el sistema de la Seguridad Social el 31-10-2011, tienen un total de 4.550 días cotizados.- Al régimen general 4428 días cotizados en diferentes empresas, siendo la ultima PYRAMID CONSULTING S.L en el periodo de 25-01-2010 a 24-07-2010.- También estuvo de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, en el periodo de 1-03-2008 a 31-10-2011, de los que, únicamente, se ha contabilizado para alcanzar la carencia el periodo de 1-03-2008 a 30-06-2008, ya que el resto se encuentra al descubierto en el pago de sus cuotas.- Consultados los ficheros del Servicio Público de Empleo Estatal, D.



Amador percibió la prestación por desempleo de 15-02-2004 a 30-05-2004 y de 24-06-2004 a 21-08-2005. No consta con posterioridad ninguna inscripción en demanda de empleo.- No es posible considerar al causante en situación asimilada a la del alta por paro voluntario por **alcoholismo** como alega en el escrito de reclamación, al no quedar suficientemente acreditado que dicha adicción le impidiera acudir a la oficina de empleo en demanda de trabajo.- En consecuencia, mantenemos el sentido denegatorio de la resolución inicial, ya que el causante, en la fecha en que falleció, no estaba de alta en el sistema de la Seguridad Social, y a lo largo de su vida laboral, acredita un total de 4550 días de cotización, sin alcanzar los 15 años (5475 días).- En el supuesto de estimarse la demanda, la base reguladora sobre la que se calcularía la prestación sería de 2.156,06 euros correspondientes al periodo de 1-08-2003 al 31-07-2005.- CUARTO.- D. Amador acredita 4.550 días cotizados, de los cuales 4.428 corresponden a los días cotizados en régimen general, y 122 días correspondientes al periodo de 01-03-2008 a 30-06-2008, en el cual estuvo cotizando en el régimen de autónomos.- QUINTO.- El fallecido estaba en seguimiento médico por sus dolencias de cirrosis hepática, por abuso de alcohol de forma crónica, con gran deterioro de la función hepática, presentando problemas de coagulación y encefalopatía hepática, habiendo sufrido dos hepatitis agudas etílicas en 2007 y 2009.- Consumía habitualmente hasta 5 litros de cerveza al día.- Desde noviembre de 2012 a febrero de 2013, cumplió periodo de abstinencia con recaída posterior e ingreso hospitalario por vómitos hemáticos.- SEXTO.- La base reguladora de la pensión solicitada es de 2.156,06 euros y la fecha de efectos 04-04-2013".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Dña. Aurelia en nombre y representación de sus hijos Rafael, Jose Pablo y Rosaura frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) sobre **ORFANDAD**, debo declarar y declaro el derecho de Rafael, Jose Pablo y Rosaura, hijos del fallecido D. Amador, al percibo de la pensión de **orfandad** solicitada, con arreglo a una base reguladora de 2.156,03, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la citada prestación, con los topes legales establecidos".

**SEGUNDO.-** Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 4 de marzo de 2015, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que **estimando el recurso de suplicación** interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº25 de Madrid, de fecha 29.1.2014, en los autos número 1218/2013, seguidos en virtud de demanda presentada por D./Dña. Rosaura, D.Dña. Jose Pablo y D./Dña. Rafael, en reclamación de Seguridad Social, debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Dña. Aurelia, la cual actúa en representación de sus hijos menores de edad Rafael, Jose Pablo y Rosaura, 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 Galicia de fecha 12 de diciembre de 2012 (Rec. nº 1745/2011).

**CUARTO.-** Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal consideró el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 22 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar, si en supuesto de pensión de **orfandad**, puede considerarse en situación de asimilada al alta el causante que, tras haber cotizado a lo largo de su vida laboral 4.550 días a la Seguridad Social, fallece tras una larga y grave enfermedad, sin estar dado de alta, en la fecha del fallecimiento en el sistema de la Seguridad Social.

**2.** En presente caso, según los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las circunstancias siguientes: a) El causante, a la fecha de su fallecimiento, no estaba de alta en el sistema de Seguridad Social, acreditando a lo largo de su vida laboral 4.550 días de cotización, sin alcanzar los 15 años (5475 días); b) Como consecuencia de su fallecimiento el 03-04-2013, la actora solicitó pensión de **orfandad** para sus tres hijos, que le fue denegada por no encontrarse el causante a la fecha de fallecimiento en alta o situación asimilada al alta y no haber completado el periodo mínimo de cotización de 15 años de acuerdo con el art. 175.1 LGSS; y, c) Consta que el fallecido estaba en seguimiento médico por sus dolencias de



cirrosis hepática por abuso de alcohol de forma crónica, con gran deterioro de la función hepática, presentando problemas de coagulación y encefalopatía hepática, habiendo sufrido dos hepatitis agudas etílicas en 2007 y 2009, consumía habitualmente hasta 5 litros de cerveza al día, y desde noviembre de 2012 a febrero de 2013, cumplió periodo de abstinencia con recaída posterior e ingreso hospitalario por vómitos hemáticos.

3. Formulada demanda, la sentencia de instancia reconoció el derecho a la pensión de **orfandad** solicitada, e interpuesto recurso de suplicación por el INSS y la TSGG, el recurso fue estimado, entendiendo la Sala, que si bien puede considerarse que el causante se encontraba en situación asimilada al alta puesto que de la naturaleza de sus dolencias se puede deducir que no existía un voluntario aparcamiento del mercado laboral, no cumple con la exigencia del periodo de carencia exigido de 15 años.

**SEGUNDO** .- 1. Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la demandante, por entender que sus tres hijos tienen derecho a la pensión de **orfandad** teniendo en cuenta que dada la situación de **alcoholismo** del causante, éste se encontraba en situación asimilada al alta, sin que sea exigible periodo de cotización. Invoca la parte recurrente de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de diciembre de 2012 (recurso 1745/2011 ), en la que consta que el causante acreditaba en el momento del fallecimiento 1.195 días cotizados, necesitando asistencia médica desde octubre de 2007 hasta la fecha de su fallecimiento (agosto de 2009), y teniendo diferentes ingresos hospitalarios por motivo de la hepatopatía alcohólica que padecía desde 2003 y que le produjo hipertensión portal, varices esofágicas, ascitis, hiperesplenismo, anemia grave y cirrosis hepática que determinaron su fallecimiento. Como consecuencia del fallecimiento del causante, la actora solicitó pensión de viudedad y **orfandad** a favor de sus dos hijos, que le fueron denegadas por el INSS por no encontrarse el causante a la fecha del fallecimiento en situación de alta o asimilada al alta y no haber completado el periodo mínimo de cotización de 15 años. En instancia se desestimó la demanda, sentencia revocada en suplicación para reconocer el derecho de la actora a la pensión de viudedad y de sus dos hijos a la de **orfandad**, por entender la Sala que el causante se encontraba en situación asimilada al alta como consecuencia de sus circunstancias personales, que le imposibilitaban para realizar las gestiones oportunas a fin de situarse de forma ininterrumpida como demandante de empleo, por lo que hay que retrotraer el cómputo de la carencia al 30-06-2000, fecha de su última cotización, en que sí consta que había completado el periodo de carencia de 500 días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, puesto que acreditaba un total de 1195 días cotizados.

2. La representación letrada de las Entidades Gestoras demandadas, en su escrito de impugnación del recurso, entiende que entre las sentencias comparadas no se da la identidad sustancial que exige el artículo 219.1 de la LRJS , criterio al que se opone el Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, estimando que, a la vista de las circunstancias concurrentes en las sentencias objeto de comparación, si concurre la exigible contradicción.

3. Esta Sala comparte la apreciación del Ministerio Fiscal pues a nuestro juicio, en el presente caso, y aun teniendo en cuenta la existencia de algunas diferencias que se destacan en el escrito de impugnación al recurso, como la de que el causante -en la recurrida- tras causar baja en el Reta el 31-10-2011 no se inscribió como demandante de empleo, y si lo hizo el causante en la sentencia recurrida, aunque fue baja por no renovación, la identidad sustancial entre las situaciones descritas es evidente, concurriendo el requisito de contradicción entre sentencias que, para la viabilidad del recurso de casación unificadora exige el artículo 219.1 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se está en presencia de causantes que como consecuencia de su **alcoholismo** no estaban inscritos como demandantes de empleo ni en alta en el momento del fallecimiento. En ambos supuestos además los causantes no acreditaban cotización de 15 años puesto que en la sentencia recurrida lo que se acreditan son 4.550 días de cotización y en el supuesto de la sentencia de contraste acredita 1.195 días de cotización. En relación con las pretensiones, en ambos supuestos lo que se pretende es el reconocimiento del derecho a la pensión de **orfandad**, teniendo en cuenta que si bien el causante no se encontraba en alta o situación asimilada al alta, ello era consecuencia de la situación de **alcoholismo** del causante. Igualmente, en ambos supuestos las Salas reconocen que en determinadas circunstancias, como la que concurre en ambos supuestos de **alcoholismo**, se puede aplicar una jurisprudencia flexibilizadora y humanitaria y por lo tanto puede reconocerse a los causantes en situación asimilada al alta a efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de **orfandad**. Sin embargo, los fallos son contradictorios, puesto que partiendo ambas sentencias de que los causantes se encontraban en situación asimilada al alta por su **alcoholismo**, y habiendo sido denegado en ambos supuestos inicialmente por el INSS la pensión de **orfandad** por no acreditar el periodo de cotización de 15 años, en el supuesto de la sentencia recurrida se deniega dicho derecho partiendo de que si bien se acredita la exigencia de asimilación al alta, no se acreditan los 15 años de cotización, mientras que en la sentencia de contraste se reconoce el derecho a la pensión a pesar de que el causante de la sentencia de contraste acredita un periodo de cotización inferior al del causante de la sentencia recurrida.



Procede, en consecuencia, que la Sala lleve a cabo, tal y como exige el artículo 228 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, su función unificadora de la doctrina, señalando aquella que resulte ajustada a derecho.

**TERCERO.- 1.** La cuestión controvertida se centra en determinar -como ya anticipamos- si en supuesto de pensión de **orfandad**, puede considerarse en situación de asimilada al alta el causante que, tras haber cotizado a lo largo de su vida laboral 4.550 días a la Seguridad Social, fallece tras una larga y grave enfermedad, sin estar dado de alta, en la fecha del fallecimiento en el sistema de la Seguridad Social. Pues bien, a esta cuestión debemos dar respuesta afirmativa, sobre la base de la reiterada doctrina de asimilación al alta que esta Sala ha aplicado a situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante. Al respecto, entre muchas otras, conviene destacar las sentencias de 19-12-1996 (rcud. 1159/1996) o 19-11-1997 (rcud. 1194/97) y 27-5-1998 (rcud. 2460/1997) contemplando supuestos en los que el interesado se hallaba en situación de **alcoholismo** crónico con demencia o con crisis graves de conducta, con abandono personal y perturbación de su personalidad.

En este sentido, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 19 de noviembre de 1997 (rcud. 1194/1997) se razona que, *"La actora invoca en su recurso la doctrina flexibilizadora y no rigorista sustentada por esta Sala que matiza la exigencia legal de estar de alta o en situación asimilada en determinados supuestos; cita las sentencias de 23 de Junio de 1.969, 5 de Mayo de 1.971, 6 de Abril de 1.973, 2 de Junio de 1.975 y 5 de Noviembre de 1.977; a ellas se pueden agregar las de 2 de Febrero de 1.987, 21 de Marzo, 12 de Julio y 13 de Septiembre de 1.988 y la reciente de esta Sala dictada en unificación de doctrina de 12 de Diciembre de 1.996 (que contempla un supuesto en el que la sentencia de contraste se refería a un caso de intoxicación etílica); varias de estas sentencias se refieren al supuesto de **alcoholismo** crónico cuando, como consecuencia del mismo, el causante se encuentra realmente incapacitado para trabajar y para gestionar su permanencia dentro del sistema de la Seguridad Social. Declarando la última sentencia citada que hay que entender cumplido el requisito de alta cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la Seguridad Social, ya que es explicable que en tal circunstancia se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta; debiéndose añadir que los familiares mas cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social provocada por una enfermedad degenerativa y adictiva como es el **alcoholismo** crónico. Todo lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución que obliga a mantener un régimen público de la Seguridad Social que garantice prestaciones ante situaciones de necesidad"*.

**2.** La aplicación de esta doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la estimación del recurso, debiendo entenderse que concurre el presupuesto de encontrarse el causante en situación de asimilado al alta a los efectos de acceder la demandante a la prestación de **Orfandad** reclamada. En efecto, en el presente caso, el causante estaba en seguimiento médico por sus dolencias de cirrosis hepática por abuso de alcohol de forma crónica, con gran deterioro de la función hepática, presentando problemas de coagulación y encefalopatía hepática, habiendo sufrido dos hepatitis agudas etílicas en 2007 y 2009, consumía habitualmente hasta 5 litros de cerveza al día, y desde noviembre de 2012 a febrero de 2013, cumplió periodo de abstinencia con recaída posterior e ingreso hospitalario por vómitos hemáticos que mantuvo hasta su fallecimiento y que se había iniciado de forma trascendente antes de producirse la baja en la Seguridad Social, siendo evidente, en su consecuencia, que estaba imposibilitado por su enfermedad para personarse en la oficina de empleo, bien para inscribirse inicialmente en la misma, bien para pasar las revistas periódicas reglamentarias. Por su estado psico-físico, estaba, en suma, realmente imposibilitado para desarrollar una actividad productiva, por lo que es fundadamente explicable que pudiera haber descuidado los resortes legales para continuar en alta en la Seguridad Social, a través de su inscripción formal como demandante de empleo, no pudiendo en definitiva presumirse un abandono por parte del mismo del sistema de Seguridad Social, y siendo de destacar que el causante acreditaba cotizado 4550 días al Sistema de la Seguridad Social, muy superior al exigible legalmente en las situaciones de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social.

**CUARTO.- 1.** Los razonamientos precedentes nos llevan a afirmar -de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal- que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta, lo que comporta que, estimando el recurso de casación unificadora interpuesto, debamos casar y anular la sentencia recurrida; y resolviendo el debate en suplicación, procedamos a desestimar el recurso de tal clase interpuesto por las Entidades Gestoras, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas ( art. 235.1 LRJS ).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Jorge Domínguez Roldán, obrando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Aurelia, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social



del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 4-marzo-2015 (recurso 355/2014 ), recaída en recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid en fecha 29-enero-2014 (autos 1218/2013), en proceso seguido a instancia de la referida recurrente contra las citadas Entidades Gestoras, en reclamación por pensión de **Orfandad**. Casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el referido recurso y confirmamos la sentencia de instancia, sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ