

A VUELTAS DE NUEVO CON LA TEORÍA HUMANIZADORA Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Sentencia TSJ Canarias, de 20 de junio de 2016, rec. núm. 862/2015)

RAQUEL POQUET CATALÁ¹

SUPUESTO DE HECHO: Un trabajador fallece en diciembre de 2013 por causas naturales en una vivienda abandonada y en ruinas. Desde el año 2000 hasta su muerte estuvo afecto de un proceso de etilismo crónico que derivó en su situación de indigente, viviendo en las calles. Anteriormente, había estado casado con una mujer desde enero de 1981 a mayo de 1984. Tanto a su mujer como a sus hijos los había desatendido efectiva y económicamente, siendo la causa de separación del matrimonio el abandono de la familia y los malos tratos contra la esposa. El trabajador había permanecido afiliado y en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde mayo de 1971 a noviembre de 2000, teniendo acreditados un total de 3.505 días, esto es, nueve años, siete meses y diez días. De dichos días, 704 se incardinan en los cinco años inmediatamente anteriores al momento de su fallecimiento. Desde noviembre de 2000 hasta su fallecimiento estuvo de baja en el Régimen General de la Seguridad Social, no figurando como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente hasta el momento de su fallecimiento. En marzo de 2014, la ex esposa solicita al INSS la prestación correspondiente por muerte y supervivencia, la cual es denegada por no haber completado el período mínimo de cotización y no estar en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del fallecimiento.

RESUMEN: La sentencia estima el recurso tras analizar, por un lado, si el causante se encontraba en situación de alta o asimilada al alta en el momento de su fallecimiento y, por otro lado, si se ha cubierto el período de cotización exigido para causar la pensión de viudedad, concluyendo que cabe entender que se cumplen los requisitos. A tal fin realiza una aplicación de la teoría del animus laborandi y del paréntesis, que aplica al tiempo en que el indigente fallecido estuvo enfermo, computando así para el período de carencia, pues el fin protector de la Seguridad Social y las tendencias humanizadoras llevan a entender que el trabajador tuvo que dejar de trabajar por causas ajenas a su voluntad, concurriendo cir-

¹ *Profesora Asociada de Derecho.*

cunstancias excepcionales de suficiente entidad como para presumir que hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social de no haber caído enfermo, sin que pueda penalizarse a su ex esposa de la situación en que se encontraba aquél al tiempo de su fallecimiento.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO
 2. VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO
 3. TEORÍA HUMANIZADORA
 4. CONCLUSIÓN
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO

Las prestaciones de viudedad se caracterizan básicamente por su estrecha vinculación con la concepción de la familia, y en especial con el papel de la mujer dentro de ésta. La regulación de esta prestación se remonta a los años sesenta, período en el que la concepción del papel de la mujer y de la familia era muy diferente al actual, por lo que la doctrina² es unánime en la necesidad de reformar y actualizar la regulación normativa de esta prestación.

Como es sabido, los arts. 219 y 220 LGSS (art.174 LGSS/1994) exigen, para poder causar derecho de la pensión de viudedad a favor de los cónyuges separados, divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, que el sujeto causante estuviese en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento y que hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, exigiéndose el período de carencia únicamente cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común. En los supuestos en que ésta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

Para el caso, como el presente, en el caso de que no estuviese en alta o situación asimilada a la de alta, se requiere un período de cotización de quince años. Además, para el supuesto 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.

² LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las últimas reformas en materia de viudedad”, en *Actum Social*, núm. 29-30, 2009 (versión on line)

Asimismo, se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC. No obstante, como en el caso presente, tienen derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme³. Concretamente, cuando la separación judicial o divorcio sea anterior a 1 de enero de 2008, el reconocimiento del derecho a la pensión no queda condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de pensión compensatoria siempre que entre la fecha del divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante, no hayan transcurrido más de 10 años; que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años; y que además, o existan hijos comunes del matrimonio, o que el beneficiario tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante.

Cabe señalar que, en el fondo, el período de carencia de 500 días es insignificante en relación con las demás pensiones dispensadas por el sistema de Seguridad Social si bien ese período de carencia debe estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, con la excepción del accidente laboral o no, o la enfermedad profesional, en los que no se requiere ningún período de cotización.

El TS⁴ justifica este corto período de carencia en la necesidad de que éste esté comprendido en los cinco años precedentes al hecho causante, habida cuenta de la naturaleza de la contingencia protegida, que priva al beneficiario de unos ingresos de la unidad familiar con los que viene contando de modo esencial. Por ello, la Ley entiende que basta que esta contribución alcance al menos a 500 días comprendidos en los 5 años precedentes, para que se produzca una situación protegible.

Asimismo, cabe indicar que se tiene derecho a la pensión de viudedad desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, con vigencia desde el uno de enero de 2004. Este supuesto fue introducido por la Ley 52/2003⁵, que requiere que el período de cotización de 500 días se encuentre dentro de un período ininterrumpido de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. No obstante, debe señalarse que la actuación administrativa⁶ ya se había acomodado con anterioridad a los criterios sentados

³ Así lo aplica también la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 26 de noviembre de 2015, rec. núm. 4695/2015; Andalucía, de 10 de noviembre de 2015, rec. núm. 171/2015.

⁴ STS de 15 de octubre de 1997

⁵ De 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

⁶ Circular 4/2003, de 8 de septiembre, en donde se señala que: "Período mínimo de cotización de las prestaciones por muerte y supervivencia:

por el Tribunal Supremo, en relación con la doctrina del paréntesis –retrotraer el período del cálculo a la fecha en que se extingue la obligación de cotizar-, en lugar de la fecha del hecho causante.

2. VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En los casos en que el cónyuge del sujeto causante ha sido víctima de violencia de género, debe ser demostrado, aceptándose cualquier medio de prueba admitido en Derecho para acreditar la violencia de género, pues la doctrina judicial⁷ interpreta que no se establece un catálogo cerrado de medios de prueba, siendo una cláusula general que autoriza el uso de cualquier medio.

Este requisito de ser víctima de violencia de género es entendido también en el sentido de que no es necesario que pervivan los actos de violencia de género contra la beneficiaria hasta el momento de dictarse la sentencia de separación o divorcio, sino en el de que se haya sido víctima de violencia de género en un momento anterior a dicha sentencia⁸, como el analizado en el presente caso. Incluso, se ha admitido que se acredite la existencia de violencia de género con

1. El período de cotización exigido de 500 días para tener derecho a prestaciones de muerte y supervivencia, causadas por trabajadores que en la fecha de su fallecimiento, debido a enfermedad común, se encontrasen en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, deberá estar comprendido dentro de los cinco años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

A estos efectos, podrán no tomarse en consideración los períodos de cotización inferiores, en su conjunto, a quinientos días, que medien entre dos situaciones de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.

De igual modo, se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo de esta instrucción a quienes, sin haber completado el período de quinientos días cotizados, causen la pensión desde una situación de alta, con obligación de cotizar, cuando dicha situación proceda de otra inmediatamente anterior de alta o asimilada al alta, pero sin obligación de cotizar.

2. De conformidad con lo establecido en los artículos 174.1, 175.1 y 176.1 de la Ley General de la Seguridad Social, podrán causarse pensiones de viudedad, pensiones de orfandad y prestaciones en favor de familiares, respectivamente, aunque el causante, a la fecha del 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 y, aun no teniendo quinientos días cotizados en los últimos cinco años, acredite los demás requisitos exigidos.

3. También podrán causarse pensiones de viudedad y de orfandad y prestaciones en favor de familiares, aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta y no tuviera quinientos días cotizados en los últimos cinco años, pero hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años y acreditase los demás requisitos exigidos.

Podrán causarse, asimismo, prestaciones de muerte y supervivencia en más de un Régimen de la Seguridad Social cuando, no estando en alta o situación asimilada a la de alta en todos ellos, se acrediten quince años de cotización superpuestos⁷.

⁷ STSJ Castilla y León, de 23 de febrero de 2016, rec. núm. 2243/2015.

⁸ STSJ Asturias, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 1886/2916.

posterioridad a la sentencia de separación matrimonial, pero con anterioridad a la de divorcio⁹, porque una víctima de violencia de género no deja de serlo aunque haya desaparecido la violencia en el momento de dictarse la sentencia¹⁰.

En este sentido, la doctrina judicial ha entendido que se considera acreditada la condición de víctima de violencia de género, y por tanto, es razonable pensar que al tiempo de la separación concurría la situación de malos tratos no siendo, pues, necesaria la existencia de prestación compensatoria, con la sentencia de separación de la que se infieren los malos tratos¹¹; o con la existencia de actuaciones penales contra el esposo fallecido¹²; o con la sentencia firme de lesiones¹³; con la condena por faltas de coacciones y malos tratos de obra en la persona de su esposa¹⁴; cuando contra la agresión y posterior denuncia contra el esposo en los meses previos al momento de la separación, resulta evidente que la inmediatez de la agresión permite afirmar que la situación de violencia de género se daba en el momento de la separación y es coetánea en el tiempo, y ello a pesar de la posibilidad de denuncia falsa alegada por el INSS¹⁵; a partir de la prueba testifical realizada en el acto del juicio¹⁶; con un certificado de un psicólogo de una entidad oficial como la Oficina Comarcal de Intervención Especializada en Violencia de Género¹⁷; o por la existencia de procedimientos penales previos, por cuanto, la presentación de una denuncia penal con carácter previo a la separación es suficiente si se pone en relación con las circunstancias concurrentes¹⁸.

No obstante, no se ha considerado acreditada la condición de víctima de violencia de género a estos efectos cuando no han quedado probadas las coacciones y amenazas¹⁹; por la simple presentación de las denuncias, pues se requieren más pruebas²⁰; por la ayuda desde el programa de apoyo a las familias debido al alto nivel de conflictividad que existía en relación con su marido²¹; por la solicitud del dictado de medidas provisionales previas a la sentencia de separación, al ser solo

⁹ STSJ Castilla-La Mancha, de 6 de septiembre de 2016, rec. núm. 1282/2015.

¹⁰ STSJ Andalucía, de 23 de junio de 2016, rec. núm. 1865/2015.

¹¹ SSTSJ Galicia, de 16 de enero de 2015, rec. núm. 502/2013; Andalucía, de 24 de enero de 2013, rec. núm. 4013/2011; Andalucía, de 8 de noviembre de 2012, rec. núm. 2095/2012.

¹² STS de 30 de mayo de 2011, rec. núm. 2598/2010.

¹³ SSTSJ Asturias, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 1886/2916; Asturias, de 25 de noviembre de 2010, rec. núm. 1445/2010.

¹⁴ STSJ Asturias, de 30 de marzo de 2012, rec. núm. 3055/2011.

¹⁵ STSJ Cataluña, de 20 de abril de 2012, rec. núm. 1335/2011.

¹⁶ STSJ Cataluña, de 16 de diciembre de 2014, rec. núm. 5591/2014.

¹⁷ STSJ Canarias, de 3 de junio de 2011, rec. núm. 1111/2010.

¹⁸ STSJ Canarias, de 30 de septiembre de 2014, rec. núm. 851/2013.

¹⁹ STSJ Andalucía, de 11 de octubre de 2012, rec. núm. 3452/2011.

²⁰ STSJ Madrid, de 5 de diciembre de 2014, rec. núm. 332/2014.

²¹ STSJ Castilla y León, de 1 de febrero de 2012, rec. núm. 2179/2011.

una manifestación de parte²²; por denuncia con posterior absolucón del causante del delito imputado²³; o por tramitaci3n de unas diligencias por agresión meses después de la sentencia de separaci3n, teniendo en cuenta que finalizaron por sentencia absolutoria ante la falta de comparecencia de las partes²⁴.

Por otro lado, al considerarse que la v3ctima de violencia de g3nero tiene derecho a la pensi3n de viudedad a3n sin necesidad de haber sido acreedora de pensi3n compensatoria, quiere decir que se accede a dicha pensi3n tanto si no tuvo derecho a la compensatoria, como si le fue reconocida s3lo temporalmente o lo fue con car3cter indefinido pero se extingui3 por causa legal²⁵. De hecho, fue la Ley 40/2007²⁶ la que introdujo el requisito de que en la fecha del hecho causante la persona demandante de la prestaci3n fuera acreedora de la pensi3n compensatoria del art. 97 CC. Alternativamente, la disposici3n transitoria decimoctava de la LGSS/1994, introducida con efectos de 1 de enero de 2010, exceptionaba el cumplimiento de este requisito para supuestos de separaci3n judicial anteriores al 1 de enero de 2008, cuando entre la separaci3n judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensi3n de viudedad hubieran transcurrido un per3odo de tiempo no superior a diez a3os, siempre que el v3nculo matrimonial haya tenido una duraci3n m3nima de diez a3os y concurren el resto de los requisitos espec3ficamente previstos en la misma. Por tanto, actualmente, queda vedado el acceso a la pensi3n de viudedad a las personas separadas judicialmente que no sean acreedoras de pensi3n compensatoria y no les sea aplicable dicha excepci3n. De esta forma, los tribunales admiten la posibilidad de devengar la pensi3n sin haber sido acreedora de pensi3n compensatoria con anterioridad al 1 de enero de 2010, si ha renunciado a la pensi3n compensatoria como medida de protecci3n al haber sido v3ctima de violencia de g3nero, entendiendo que los efectos son desde la fecha de fallecimiento del causante²⁷.

²² STSJ Castilla y Le3n, de 17 de febrero de 2016, rec. n3m. 2305/2015.

²³ SSTSJ Catalu3a, de 2 de octubre de 2015, rec. n3m. 3662/2015; Catalu3a, de 14 de octubre de 2014, rec. n3m. 4713/2014.

²⁴ STSJ Asturias, de 30 de junio de 2016, rec. n3m. 1014/2016.

²⁵ SSTs de 29 de abril de 2015, rec. n3m. 3082/2013; de 5 de febrero de 2013; rec. n3m. 929/2012.

²⁶ De 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

²⁷ SSTs de 19 de julio de 2012, rec. n3m. 3671/2011; de 30 de mayo de 2011, rec. n3m. 2598/2010.

3. TEORÍA HUMANIZADORA

La doctrina jurisprudencial y judicial, a raíz de diversos litigios enjuiciados, en los que no se cumplen todos los requisitos exigidos legalmente para causar la correspondiente pensión de viudedad por no cumplir el período de cotización o no estar de alta en el momento del hecho causante, ha ido elaborando una doctrina denominada “humanizadora” basada en el “animus laborandi” así como la teoría del paréntesis. El origen de esta teoría se remonta a los años setenta, siendo confirmada con pronunciamientos posteriores.

Por un lado, el término animus laborandi ha sido interpretado como la voluntad o intención del posible beneficiario o causante de una prestación de la Seguridad Social de mantenerse en una situación activa, ofreciendo indicios de su interés de no apartarse del mundo laboral²⁸. Obedece a la voluntad de desear trabajar y se utiliza para justificar una interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones. El fin último o la base sustentadora es, en definitiva, la necesidad de atenderse al principio de protección suficiente del sistema de Seguridad Social, es decir, evitar una interpretación puramente literal de los preceptos que exigen los requisitos de alta o asimilación al alta, atendiendo a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias del caso con el fin de evitar situaciones de desprotección²⁹.

De esta forma, el TS ha considerado que se cumple el requisito de situación asimilada al alta, cuando el alejamiento del sistema obedece a especiales circunstancias como la enfermedad que provoca la declaración de invalidez que ya estaba instaurada y con tal carácter en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo³⁰; cuando se inicia la enfermedad con un desarrollo posterior tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta³¹; cuando aparece antes de la interrupción de la inscripción una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador como “enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas”, que introduce un “desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la oficina de empleo”³²; cuando la inscripción se produce en un momento posterior a una incapacidad laboral transitoria cuya extinción ha sido impugnada en vía judicial, pero cuando aún ha recaí-

²⁸ STS de 23 de diciembre de 2005, rec. núm. 5282/2004.

²⁹ LÓPEZ GANDÍA, J., “La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)”, en *AL*, núm. 11, 2004. p. 1309.

³⁰ STS de 12 de noviembre de 1992, rec. núm. 291/1992; de 9 de octubre de 1995, rec. núm. 1238/1995.

³¹ SSTS de 19 de diciembre de 1988; de 2 de febrero de 1987; de 21 de marzo de 1987.

³² STS de 16 de diciembre de 1999, rec. núm. 1789/1999.

do sentencia firme confirmando o revocando el alta médica³³; o cuando considera que una interrupción en breve duración en la situación de demandante de empleo “no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral”³⁴.

Por otro lado, para aquellos casos en los que se exige un período de carencia, y no se cumplen las circunstancias, se ha acudido a la teoría del paréntesis, que en el fondo se basa en la del *animus laborandi* para justificar su aplicación. Esta teoría consiste en atenuar el requisito del período de carencia a computar, cuando se trata de una carencia específica o computable en un período inmediato al hecho causante, si existen lagunas de cotizaciones. Esta teoría procede a considerar neutros o no computables los períodos en que no se pudo cotizar, no perjudicando al trabajador cuando se le exijan períodos cotizados en un lapso de tiempo.

Así, la doctrina judicial y jurisprudencial han ido elaborando una doctrina en relación con la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como “tiempo neutro o paréntesis” excluido del período computable, pero, sin que en ningún caso cupiera la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos por la normativa. En este sentido, nuestro alto tribunal³⁵ estima que el listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, que los tiempos excluidos del período 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. Concretamente, ha considerado como tales la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo³⁶, porque esta situación acredita el “*animus laborandi*”, o lo que es igual, “la voluntad de no apartarse del mundo laboral”³⁷; la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar³⁸; la percepción de una prestación no contributiva de invalidez³⁹ en que tampoco se cotiza; el período de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad

³³ STS de 26 de enero de 1998, rec. núm. 1385/1997.

³⁴ SSTs de 9 de noviembre de 1999, rec. núm. 4916/1998; de 12 de marzo de 1998, rec. núm. 2307/1997.

³⁵ STS de 23 de diciembre de 2005, rec. núm. 5282/2004.

³⁶ SSTs de 29 de mayo de 1992, rec. núm. 1996/1991; de 1 de julio de 1993, rec. núm. 1679/1992; de 1 de octubre de 2002, rec. núm. 3666/2001; de 25 de octubre de 2002, rec. núm. 2096/2000; de 12 de julio de 2004, rec. núm. 4636/2003.

³⁷ STS de 26 de mayo de 2003, rec. núm. 2724/2003.

³⁸ SSTs de 10 de diciembre de 1993, rec. núm. 647/1993; de 24 de octubre de 1994, rec. núm. 3676/1993.

³⁹ SSTs de 28 de octubre de 1998, rec. núm. 1618/1998; de 9 de diciembre de 1999, rec. núm. 781/1999; de 2 de octubre de 2001, rec. núm. 9/2001.

para el trabajo mediante la realización de servicios personales⁴⁰. Por igual razón, cabe también excluir del período 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”⁴¹; aquella trabajadora que fallece en 2010, cuando su período de cotización había sido desde 1990 a 1999, pero que no obstante permanece inscrita como demandante de empleo hasta su fallecimiento sin haber conseguido puesto de trabajo alguno, pese a su persistencia⁴²; o como aquel trabajador que tras haber perdido su ocupación laboral, pasando a percibir la prestación por desempleo, no obstante, posteriormente no se inscribe como demandante de empleo prestando únicamente servicios laborales durante tres días hasta la fecha de su fallecimiento. El órgano judicial valora que el causante padecía una grave enfermedad con varios ingresos hospitalarios que justifica que no trabajara y no se inscribiera como demandante de empleo, por lo que considera que el causante se encontraba en situación de asimilada al alta efectuando paréntesis y considerando “tiempo muerto” y no computable, el período que va desde que dejó de percibir prestación por desempleo hasta su fallecimiento, para computar la carencia de 500 días exigida legalmente para lucrar la prestación de viudedad⁴³.

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 situación⁴⁴. “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, y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal”⁴⁵, en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado.

Nuestro alto tribunal también se ha hecho eco de la doctrina del *animus laborandi* aplicándola en diversos casos como a aquella cónyuge cuyo marido tenía cotizados 4.667 días, esto es, casi trece años, y que al terminar su última relación laboral no se inscribió como demandante de empleo por estar pendiente de impartir un nuevo curso, falleciendo, sin embargo, antes. Señala que la ausencia de *animus laborandi* no puede deducirse del hecho de no hallarse inscrito como

⁴⁰ SSTS de 12 de noviembre de 1996, rec. núm. 232/1996; de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

⁴¹ SSTS de 29 de mayo de 1992, rec. núm. 1996/1991; 12 de marzo de 1998, rec. núm. 2307/1997; 9 de noviembre 1999, rec. núm. 4916/1998; de 25 de julio de 2000, rec. núm. 2808/1999.

⁴² STSJ Galicia, de 31 de marzo de 2016, rec. núm. 740/2015.

⁴³ STSJ Andalucía, de 17 de septiembre de 2014, rec. núm. 3077/2013.

⁴⁴ STS de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

⁴⁵ STS de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

demandante de empleo durante un período inferior a dos meses cuando se trata de un trabajador de una dilatada trayectoria profesional y pendiente de nueva ocupación⁴⁶.

Asimismo, en relación con la teoría del paréntesis, también la ha aplicado recordando su anterior doctrina que dispone que “cuando la normativa exige que las cotizaciones acumuladas se acrediten en un período próximo al acontecimiento de la contingencia protegida, la jurisprudencia ha recurrido a reglas de cómputo que descartan el tiempo en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo involuntario” debiendo ser excluida esta situación de desempleo involuntario, como paréntesis no computable⁴⁷. Es decir, se procede a excluir los períodos en los que acreditado el *animus laborandi* no se pudo cotizar.

No obstante, esta teoría del paréntesis debe aplicarse, según nuestro alto tribunal, de una forma flexible, exigiendo la manifestación del *animus laborandi*, que se prueba mediante la inscripción como demandante de empleo y permitiendo, por otro lado, interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, como una enfermedad impeditiva u otros supuestos de infortunio personal, o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la valoración “de la brevedad del intervalo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguir y también, en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal”⁴⁸.

En el caso enjuiciado por la sentencia comentada, el TSJ⁴⁹ vuelve a hacer llamamiento a la teoría humanizadora entendiendo que concurren circunstancias especiales que explican la falta de alta en el momento del fallecimiento del sujeto causante, de forma que puede suponerse racionalmente que el mismo hubiese continuado ligado a la Seguridad Social de no concurrir las mismas.

El TSJ considera que, con motivo de la exigencia hasta el uno de enero de 1998 del requisito del alta o situación asimilada al alta para el acceso a la pensión de viudedad, los tribunales venían dulcificando dicho requisito interpretando la exigencia del alta en sentido humano e individualizador, aunque en todo caso se exigía la afiliación y alta continuada en la Seguridad Social, aunque no se osentase dicha condición por causas no imputables al trabajador en la fecha de su fallecimiento. De este modo, los tribunales para utilizar este criterio humanizador en las contingencias por muerte y supervivencia respecto de la exigencia del

⁴⁶ STS de 20 de enero de 2015, rec. núm. 507/2014.

⁴⁷ STS de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

⁴⁸ STS de 14 de marzo de 2012, rec. núm. 4674/2010.

⁴⁹ STSJ Canarias, de 20 de junio de 2016, rec. núm. 862/2015.

alta o situación asimilada al alta exigían que el sujeto causante reuniese diversos requisitos, cuales son, un largo período de cotización efectiva; caer gravemente enfermo estando en alta de forma que no pueda trabajar⁵⁰; abandonar el trabajo y causar baja en la Seguridad Social, por motivos, por ejemplo, de alcoholismo, o bien dejar de cotizar a causa de una enfermedad sin acudir al propio sistema de protección; y que tal situación no está causada voluntariamente.

En resumen, “se exige la concurrencia de circunstancias especiales que expliquen la falta de alta en el momento del fallecimiento del sujeto causante, de forma que pueda suponerse racionalmente que el mismo hubiese continuado ligado a la Seguridad Social de no concurrir las mismas; con ello, se trata de evitar perjuicios a los familiares del sujeto causante como beneficiarios de las pensiones de viudedad y orfandad”⁵¹.

El TSJ concluye que el sujeto causante, después de una prolongada vida laboral activa con casi diez años de cotizaciones, y debido a motivos ajenos a su voluntad viéndose obligado a dejar de trabajar y, consiguientemente, de cotizar, cabe considerarlo como situación asimilada al alta, y la larga y penosa enfermedad padecida son circunstancias excepcionales de suficiente entidad como para explicar su no inscripción ininterrumpida como demandante de empleo y, por tanto, presumir que el mismo hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social.

Con anterioridad, ya existía una larga línea judicial que ha aplicado esta teoría humanizadora, en supuestos similares. Así, en otro caso se atiende al tiempo de vida activa del asegurado, a su “carrera de seguro”, que aunque no estaba inscrito en el servicio de empleo público estatal como demandante de empleo, se tiene en cuenta que durante dicho período de inactividad laboral estuvo cursando estudios con la finalidad de su reconversión y su reinserción laboral, cumpliendo así con una de las finalidades propias de la acción pública contra el desempleo, “lo que, dadas las notorias dificultades de acceder a un empleo de cualquier naturaleza en estos momentos históricos de grave recesión económica, demuestra un interés e iniciativa para mantenerse en el mercado de trabajo, en el que ha estado inserto con continuidad acreditada hasta la agudización de la crisis económica actual. Por ello, debe concluirse que el causante se encontraba en situación asimilada a la de alta al tiempo de producirse su fallecimiento”⁵². Del mismo modo, para aquel trabajador autónomo que fallece trece días después de su baja, debido a una enfermedad grave que hace imposible que cumpla los requisitos formales que le permitan seguir vinculado al sistema, por lo que debe considerarse que el

⁵⁰ STS de 23 de julio de 1998, rec. núm. 5170/1997.

⁵¹ STSJ Canarias, de 20 de junio de 2016, rec. núm. 862/2015.

⁵² STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de octubre de 2013, rec. núm. 684/2013.

causante se halla en situación de asimilada al alta⁵³; para aquel trabajador que debido a su grave enfermedad no estaba en situación de alta o asimilada al alta considerando que, en base a la teoría humanizadora, cabe estimar que estaba en situación asimilada al alta⁵⁴; o para aquel trabajador que después de una prolongada vida laboral activa con más de once años de cotización, debido a un proceso de deterioro físico y psíquico causado por alcoholismo crónico y una grave dolencia respiratoria se ve obligado a dejar de trabajar y, consiguientemente, de cotizar, pues entiende el órgano judicial que la larga y penosa enfermedad y el proceso de marginación son circunstancias excepcionales de suficiente entidad como para explicar su no inscripción ininterrumpida como demandante de empleo y permitir presumir que el mismo hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social⁵⁵; o para aquel trabajador que se suicida debido a la grave enfermedad psíquica que padece, teniendo en cuenta que había cotizado 4.607 días, y que cesa en el trabajo pero inscribiéndose como demandante de empleo fuera del plazo reglamentario⁵⁶.

4. CONCLUSIÓN

La teoría humanizadora pondera las circunstancias de cada caso y tiene como fin evitar situaciones de desprotección, como consecuencia de los cambios en el mercado de trabajo, sorteando, de esta manera, una interpretación rigorista de la norma, tratando de atemperarla a la realidad social, pero con la tarea arduo difícil de no desvirtuar los requisitos de cotización y de alta o asimilados exigidos en el nivel contributivo para el reconocimiento de las prestaciones⁵⁷.

El TS⁵⁸ tiene declarado al respecto que la garantía para todos los ciudadanos de una protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social y económica en el art. 41 CE, no puede enervar los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo. Asimismo, teniendo presente los cambios sociales, y atendiendo a criterios teleológicos y humanizadores, deben ponderarse las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección. Así, pues, esa severidad de la literalidad de la norma se ha venido viendo atenuada fundamentalmente en lo referente a la exigencia del requisito del alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones

⁵³ STSJ Comunidad Valenciana, de 27 de junio de 2000, rec. núm. 500/1997.

⁵⁴ STSJ Comunidad Valenciana, de 22 de septiembre de 2015, rec. núm. 257/2015.

⁵⁵ STSJ Canarias, de 20 de septiembre de 2004, rec. núm. 440/2002.

⁵⁶ STSJ Andalucía, de 28 de enero de 2016, rec. núm. 1723/2015.

⁵⁷ STS de 25 de julio de 2000, rec. núm. 2808/1999.

⁵⁸ STS de 23 de diciembre de 2005, rec. núm. 5282/2004.

por muerte y supervivencia. Se ha apreciado la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como “tiempo neutro o paréntesis” excluido del período computable, pero, sin que en ningún caso cupiera la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos por la normativa.

En el fondo, el *animus laborandi* es aquella voluntad que se supone para poder apreciar la concurrencia de alta o situación asimilada al alta cuando no concurre dicho presupuesto, para lo cual se atiende al cumplimiento de la finalidad del mismo, que es la selección como beneficiarios de las prestaciones contributivas de aquellos asegurados que han mantenido su voluntad de permanencia en el mundo del trabajo a través de las distintas etapas de su vida⁵⁹. Para un sector doctrinal, la admisión del *animus laborandi* por la jurisprudencia como una modalidad más de situación asimilada al alta, cuando existe una situación de desempleo involuntario sin la debida inscripción como demandante de empleo, constituye una manifestación del ejercicio del arbitrio judicial entendido como complemento necesario del ordenamiento jurídico⁶⁰.

En conclusión, esta figura judicial del *animus laborandi* y la teoría del paréntesis parte de interpretar de forma flexible y humanizadora los requisitos necesarios para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, siempre y cuando se acredite la conexión del asegurado al mercado laboral. El requisito, pues, de encontrarse en alta o situación asimilada al alta se suple con la justificación del *animus laborandi*, a valorar en conjunción con la vida laboral del beneficiario o causante de la prestación. La justificación del período de carencia puede efectuarse con la aplicación de la teoría del paréntesis, consistiendo en no computar los períodos en que no existan cotizaciones siempre que se constate el citado *animus laborandi*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ GANDÍA, J., “La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)”, en *AL*, núm. 11, 2004.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las últimas reformas en materia de viudedad”, en *Actum Social*, núm. 29-30, 2009 (versión on line)
-

⁵⁹ SÁNCHEZ CARRETERO, R.M., “El *animus laborandi* en las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Diario La Ley*, núm. 8559, 2015 (versión on line)

⁶⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Interpretación flexible de los requisitos para obtener las pensiones de viudedad y orfandad (Comentario a la STS 25 de julio de 2000)”, en *RL*, núm. 8, 2001. p. 1067.

- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Interpretación flexible de los requisitos para obtener las pensiones de viudedad y orfandad (Comentario a la STS 25 de julio de 2000)”, en *RL*, núm. 8, 2001.
- SÁNCHEZ CARRETERO, R.M., “El animus laborandi en las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Diario La Ley*, núm. 8559, 2015 (versión on line).