

El TS considera como una conducta fraudulenta percibir prestaciones por incapacidad y maternidad mientras se trabaja en otra empresa

Desestima la Sala el recurso interpuesto contra la sentencia que confirmó la resolución del INSS que declaró que la actora, médico de un centro de salud público, había percibido indebidamente el subsidio por incapacidad temporal y maternidad por haber compatibilizado el mismo con su trabajo en un centro privado.

No aprecia el Tribunal la denunciada incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, pues la pretensión de que el INSS debió acordar la suspensión del subsidio, y que debió seguir el procedimiento establecido en el art. 52 de la LISOS, no puede prosperar, ya que al resolver la sentencia que se está ante un supuesto de anulación del derecho y no de suspensión, se da una respuesta negativa tácita a la pretensión formulada.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 27/10/2022

Nº de Recurso: 670/2019

Nº de Resolución: 864/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^ª Piedad representada y asistida por el letrado D. Fernando Navarro Pérez contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en recurso de suplicación nº 1064/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, en autos nº 688/2017, seguidos a instancias de D^ª. Piedad contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre prestaciones de seguridad social.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^ª Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo de estimar y estimo la demanda sobre impugnación del alta médica formulada por D^a. Piedad contra el INSS consiguientemente debo de declarar y declaro indebida."

Por auto de fecha 9 de febrero de 2018, se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "DISPONGO: 1.- Proceder a la aclaración de oficio del fallo de la sentencia en el siguiente sentido: Que debo de desestimar y desestimo la demanda formulada por D^a. Piedad contra el INSS y la TGSS absolviendo a la demandada de la demanda formulada de contrario."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"Primero: Que D^a. Piedad , mayor de edad, se encuentra afiliada a la Seguridad Social en el Régimen general con nº de afiliación NUM000 , ostentando la categoría profesional de medico ginecóloga, prestando servicios por cuenta del SAS.

Segundo: Que la actora inicio un proceso de IT el 1-4-13 por amenaza de aborto hasta el 21-11-13, la prestación de incapacidad temporal fue abonada en pago delegado por el SAS por importe de 18.670,09 €

Tercero: Que la parte actora solicito el 5-12-13 prestación por maternidad mas subsidio especial por maternidad parto múltiple, del 21-11-13, fecha parto 21-11-13, en la solicitud consta como domicilio C/ DIRECCION000 nº NUM001 Málaga. La prestación por maternidad fue concedida del 21-11-13 al 26-3-14 por importe de 19.183,92 €.

Cuarto: Que el inspector médico de la inspección provincial de servicios sanitarios de Málaga tras las comprobaciones realizadas con motivo de la ejecución del programa de inspección de situaciones de incompatibilidad en profesionales del SSPA del pan anual de inspección de servicios sanitarios 2014, emitió informe relativo a la actora, concluyendo que se ha constatado que la actora con plaza FEA de obstetricia y ginecología en el centro del SAS Hospital Materno Infantil y perceptora del complemento de dedicación exclusiva , desde el 1-4-13 trabaja en centro privado, centro médico Adeslas Ronda, en calidad de médico especialista en obstetricia y ginecología, desde el 1-1-13 hasta la fecha 3-11-14, por lo que se encuentra en situación de incompatibilidad, considerada como una falta a tipificar, se propone la apertura de expediente disciplinario. A los folios 71 a 40 constan los servicios prestados por la actora como medico de obstetricia y ginecóloga en el centro médico de Adeslas Ronda.

Quinto: Que por el director provincial del INSS se adopto acuerdo ordenando la iniciación del procedimiento para la declaración y el reintegro de las prestaciones de la seguridad social indebidamente percibidas por D^a. D^a. Piedad , domicilio C/ DIRECCION000 NUM001 , Málaga, motivos de la revisión cobro indebido de las cantidades abonadas en concepto por subsidio de incapacidad temporal y maternidad por simultanearlo con el trabajo, el 20-6-16 se expidió comunicación de audiencia en el procedimiento iniciado de reintegro de las prestaciones de la seguridad social indebidamente percibidas del periodo de 1-4-13 a 26-3-14 importe 37.854,01 €, folio 42.

Sexto: Que el 28-7-16 se dicto resolución de declaración de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas percibidas, por importe de 37.854,01 € en concepto de dichas prestaciones IT y maternidad, periodo de 1-4-13 a 26-3-14.

Séptimo : consta acuse de recibo en C/ DIRECCION000 de 1-7-16 a las 13,24 horas no retirado y de 3-8-16 ausente reparto, folios 44 y 45, publicación en el BOE de la resolución el 7-9-16

Octavo: El 6-6-17 la actora presento escrito reconocida y asumida la conducta que se le atribuye aclara que el periodo que se atribuye la conducta solo corresponde a días sueltos no a todo el periodo, 2013 abril 4 días, mayo 5 días, junio 4 días, julio 5 días, 2014 marzo 4 días, además manifiesta que tras

trasladarse de domicilio lo comunico al centro salud, colegios, Ayuntamiento, bancos, pero no lo comunico al INSS, solicitando se aplique el principio de proporcionalidad , folios 46 y 47.

Noveno: El 7-6-17 se dicto resolución del INSS desestimando la reclamación previa por presentación fuera de plazo.

Décimo: La actora modifiko en el padrón del Ayuntamiento de Málaga el domicilio de C/ DIRECCION000 a C/ DIRECCION001 NUM002 .

Décimo Primero: Consta Escritura de compraventa de inmueble en calle DIRECCION001 de 24-2-14 , firmada por la actora y D. Pio como compradores.

Décimo Segundo : La actora solicito compatibilidad para actividad medica privada, que fue reconocida por resolución de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 15-4-15, consta domicilio de la actora C/ DIRECCION001 nº NUM002 , Málaga."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D^a. Piedad formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2018, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D^a Piedad contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Málaga con fecha 22 de diciembre de 2.017 en autos sobre reintegro de prestaciones, seguidos a instancias de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando la sentencia recurrida."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, la representación letrada de D^a. Piedad interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 21 de mayo de 1996, rec. amparo 973/1994 para el primer motivo del recurso y con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares de fecha 14 de junio de 2000, rec. suplicación 275/2000 para el segundo y tercer motivo.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que procede la desestimación del recurso.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de octubre de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Málaga- de 28 de noviembre de 2018 (Rec. 1064/2018), que confirma la sentencia de instancia que desestimó la pretensión de la actora y confirma la resolución del INSS que declaró indebidamente percibido el subsidio por incapacidad temporal y maternidad por haber compatibilizado el mismo con su trabajo en un centro privado.

2.- Consta en la sentencia recurrida que la actora, médico ginecóloga, prestaba servicios en el SAS, inicio un proceso de Incapacidad Temporal el 1 de abril de 2013 por amenaza de aborto hasta el 21 de noviembre de 2013. El 5 de diciembre de 2013 solicitó prestación por maternidad, más subsidio especial por maternidad parto múltiple. En la solicitud consta un domicilio de Málaga. La prestación por maternidad fue concedida del 21-11-13 al 26-3-14.

El inspector médico emitió informe relativo a la actora , concluyendo que se ha constatado que la actora con plaza FEA de obstetricia y ginecología en el centro del SAS y perceptora del complemento

de dedicación exclusiva, trabaja en centro privado desde el 1 de abril de 2013 hasta la fecha 3 de noviembre de 2014, por lo que se encuentra en situación de incompatibilidad, considerada como una falta a tipificar, se propone la apertura de expediente disciplinario.

Por el INSS se adoptó acuerdo ordenando la iniciación del procedimiento para la declaración y el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas por la actora, domicilio en Málaga (mismo domicilio que en la solicitud) , motivos de la revisión cobro indebido de las cantidades abonadas en concepto por subsidio de incapacidad temporal y maternidad por simultañarlo con el trabajo , el 20-6-16 se expidió comunicación de audiencia en el procedimiento iniciado de reintegro de las prestaciones de la seguridad social indebidamente percibidas del periodo de 1-4-13 a 26-3-14 importe 37.854,01 €. El 28-7-16 se dictó resolución de declaración de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas percibidas, por importe de 37.854,01 € en concepto de dichas prestaciones IT y maternidad, periodo de 1-4-13 a 26-3-14. Consta acuse de recibo en la dirección citada, de 1-7-16 no retirado y de 3-8-16 ausente reparto, publicación en el BOE de la resolución el 7-9-16.

El 6-6-17 la actora presentó escrito, y reconocida y asumida la conducta que se le atribuye, aclara que el periodo que se atribuye la conducta solo corresponde a días sueltos no a todo el periodo , 2013 abril 4 días , mayo 5 días, junio 4 días, julio 5 días, 2014 marzo 4 días, además manifiesta que tras trasladarse de domicilio no lo comunico al INSS, solicitando se aplique el principio de proporcionalidad. El 7-6-17 se dictó resolución del INSS desestimando la reclamación previa por presentación fuera de plazo. La actora modificó en el padrón del Ayuntamiento de Málaga el 23-9-14. Consta Escritura de compraventa de inmueble en la nueva dirección de 24-2-14, firmada por la actora y su pareja como compradores.

SEGUNDO.- 1.- Recurre la parte actora en casación para la unificación de doctrina, articulando su recurso en tres motivos, seleccionando, tras el requerimiento efectuado, una sentencia del Tribunal Constitucional y la misma sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares para los dos últimos motivos, en los términos que oportunamente se dirá.

2.- Procede con carácter previo examinar si concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos de contradicción exigidos en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

3.- El referido artículo 219 de la LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (R. 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [sentencias de 8 de febrero de 2017 (R. 614/2015), 6 de abril de 2017 (R. 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (R. 1201/2015)].

4.- El recurso es impugnado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, interesando la apreciación de

la existencia de contradicción respecto al motivo primero y la desestimación por falta de contradicción de los motivos segundo y tercero; y que examinando el fondo respecto al motivo que se aprecia la contradicción, se desestime.

El Ministerio Fiscal emitió informe en los mismos términos que la representación del INSS, y que se declare la improcedencia del recurso.

TERCERO.- Examen de la concurrencia de contradicción.- 1.- Primer motivo de recurso.-

Tiene por objeto interesar la nulidad de la sentencia por incongruencia omisiva, proponiendo como resolución de referencia para acreditar la contradicción la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de 21 de mayo de 1996 (R. amparo 973/1994).

En la sentencia referencial, se otorga el amparo solicitado por la empresa recurrente, anulando una sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo y devolviendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución, porque la pretensión principal de la recurrente era que no había existido despido de clase alguna, pero la denuncia subsidiaria se dirigía a obtener una calificación de despido improcedente y no nulo. El Tribunal Constitucional entendió que el silencio de esta Sala sobre uno de los motivos articulados en el recurso de casación, precisamente aquel que postulaba la revisión de la calificación jurídica del despido efectuada por los tribunales que habían intervenido en las anteriores fases del litigio, "causó una denegación tácita de justicia".

Teniendo en cuenta la doctrina de la Sala respecto del alcance de la contradicción en infracciones procesales ha de estimarse que existe contradicción entre las sentencias comparadas ya que, en ambos casos existe una omisión de pronunciamiento respecto de lo solicitado en el recurso. La sentencia recurrida no se pronuncia sobre si la falta de expediente sancionador conforme a lo prevenido en el artículo 52 de la LISOS, instruido a la actora produce la nulidad de la resolución recurrida. En la referencial la omisión de pronunciamiento se produjo sobre la pretensión dirigida a obtener una calificación de despido improcedente y no nulo.

En consecuencia, se aprecia la contradicción (art. 219 LRJS) respecto al primer motivo del recurso.

2.- Segundo y tercer motivos de recurso.-

En los motivos segundo y tercero de recurso, la cuestión que se plantea es si el INSS tiene que iniciar un expediente sancionador para suspender una prestación de incapacidad temporal o de maternidad conforme a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en el supuesto de que el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción, y si esta prestación de servicios comporta en ese caso la denegación, anulación o únicamente la suspensión de los subsidios durante el tiempo acreditado de trabajo.

Se analizan conjuntamente los motivos segundo y tercero, por cuanto para ambos se designa como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares el 14 de junio de 2000 (Rec. 275/2000) que estimando parcialmente el recurso de suplicación declara que el beneficiario tiene derecho a recibir el subsidio de incapacidad temporal a partir del 3 de enero de 1997.

En dicha referencial, el actor prestaba servicios como oficial 2º mecánico. Inició una situación de I.T. el 3 de mayo de 1996 al 14 de junio de 1996, y desde el 27 de junio de 1997 en adelante con el diagnóstico de lumbalgia.

Durante el período de I.T. fue asimismo tramitado el despido del trabajador que fue declarado procedente, consignándose en hechos probados la realización de trabajos durante los días 5 y 6 de septiembre de 1996.

Como consecuencia de los despidos efectuados por la empresa, las prestaciones de I.T. fueron suspendidas y/o anuladas por la empresa y, a continuación, por el INSS, como sigue: el actor solicitó la prestación correspondiente desde el inicio si bien que el primer despido derivara en la declaración de la improcedencia supuso el abono de salarios de tramitación, y una vez subsanado el defecto formal, la baja en la S.S. fue dada el 2 de enero de 1997, a la par que el segundo despido, presentando petición de pago directo con los siguientes resultados: la prestación de I.T. fue anulada por el INSS por la realización de actividades laborales incompatibles, siendo desestimada su reclamación previa.

Tramitado expediente de invalidez por el INSS, de forma simultánea, aun cuando el E.V.I. el 22 de julio de 1997 propuso según un cuadro clínico que padecía el trabajador, la calificación de I.P.T., no fue concedida por no estar de alta o asimilado a esa fecha por efecto de la resolución del INSS de 3 de abril de 1992 relativa a la anulación del derecho al subsidio.

En suplicación el actor alegó que el art. 132.1 b) LGSS no especifica los criterios de gradación para su distinta calificación en orden a la denegación, anulación o suspensión del subsidio, lo que atentaría contra la exigencia de tipicidad y supondría dejar en manos de la Administración la sanción aplicable. La Sala declaró que dicho artículo debe ponerse en conexión y completarse con la L. 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, toda vez que el art. 17 de ésta califica de infracción grave el hecho de efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, siempre que exista incompatibilidad, legal o reglamentariamente establecida; conducta que el art. 46.1.1 sanciona con pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses. Se sigue de aquí, pues, que el mero hecho de trabajar en situación de incapacidad intemporal no admite mayor sanción que la suspensión del subsidio por plazo máximo de tres meses. La Entidad Gestora, además, sólo puede acordar dicha suspensión previa instrucción del necesario expediente (art. 1.2 L. 8/1988), en el que constituye trámite esencial la previa audiencia del interesado (art. 51.2).

De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, toda vez que los hechos acreditados son distintos, lo que justifica las diferentes consecuencias jurídicas alcanzadas por las dos resoluciones. En efecto, en la sentencia recurrida la actora inició un proceso de incapacidad temporal por amenaza de aborto solicitando la prestación por maternidad más subsidio por parto múltiple hasta su reincorporación al trabajo y consta acreditado que desde el mismo momento en que inició el periodo de incapacidad temporal trabajó en un centro médico privado, por lo que la sala entiende que se vacía de contenido la finalidad protectora del embarazo y revela que el riesgo no existía desde el principio. Estas circunstancias, de gravedad en la obtención fraudulenta del subsidio y la ejecución de un trabajo de forma continua no concurren en la referencial en la que, el trabajador, tras ser despedido, estando en situación de incapacidad temporal, prestó servicios, de forma esporádica, durante dos días.

Por otro lado, consta que en la sentencia recurrida se inició un procedimiento para la declaración y el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas por la actora habiéndose seguido el trámite de audiencia al interesado. Esta circunstancia no concurre en la referencial.

En consecuencia, como se ha adelantado, no se aprecia la existencia de la contradicción exigida para los motivos segundo y tercero del recurso.

CUARTO.- Examen del primer motivo de censura jurídica.-

1.- En relación al primer motivo de recurso, único respecto al que se ha apreciado la existencia de contradicción, se denuncia por la recurrente la infracción de lo dispuesto en los arts. 201 de la LRJS y art. 218 de la LEC, en relación con los arts. 25.1, 47.1.b) y 52 de la LISOS. Estima la recurrente que la sentencia recurrida adolece del vicio de incongruencia omisiva, en razón a que -según manifiesta- en

la sentencia recurrida no se hace pronunciamiento alguno sobre el motivo cuarto del recurso de suplicación, en lo relativo a la necesidad de instruir el oportuno expediente sancionador conforme a lo establecido en la LISOS.

2.- Sobre la denunciada incongruencia omisiva, la STS de 27 de septiembre de 2008 (Rec. 1/37/2006), recordando a su vez a la de esta Sala de 8 de noviembre de 2006 (Rec. 1/135/2005) con cita de la doctrina constitucional, señalaba lo siguiente: " se ha afirmado que la incongruencia omisiva o ex silentio se produce

cuando "el órgano judicial deja sin respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" (SSTC 16/1998, de 26/Enero, FJ 4 ; 215/1999, de 29/Noviembre, FJ 3 ; 86/2000, de 27/Marzo, FJ 4 ; 124/2000, de 16/Mayo ; 156/2000, de 12/Junio, FJ 4 ; 33/2002, de 11/Febrero, FJ 4 ; 186/2002, de 14/Octubre ; 6/2003, de 20/Enero ; 91/2003, de 19/Mayo; 92/2003, de 19/Mayo ; 218/2003, de 15/Diciembre ; 250/05, de 10/Octubre ; 264/05, de 24/Octubre . SSTS 28/09/04 -cas. 29/03 -; y 05/05/05 -rec. 18/05 -). De forma que presupone la existencia de un pronunciamiento judicial que resulta incompleto, por no darse respuesta a la pretensión o a alguna de las pretensiones formuladas por la parte, dejándola imprejuizada (SSTC 83/2004, de 10/Mayo, FJ 3 ; 146/2004, de 13/Septiembre, FJ 3 ; y 106/2005, de 9/Mayo , FJ 3). Y que son notas esenciales que identifican la infracción: de un lado, que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; por otra parte, que el órgano judicial en su resolución no dé respuesta a la misma; y como tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales, ha de señalarse la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la cuestión planteada". Y "en estas circunstancias la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en una denegación tácita de justicia y resulta por lo tanto contraria al artículo 24.1 CE " (SSTC 53/1991, de 11/Marzo ; y 85/1996, de 21/Mayo . STS 13/05/98 -cas. 1439/97 -). O lo que es igual, para que una sentencia incurra en el vicio de incongruencia por omisión es preciso que se dé una falta de respuesta razonada en la resolución judicial al planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes para fijar el fallo; sólo así se daría una denegación tácita de justicia contraria al art. 24.1 CE [STC 53/1991, de 11/Marzo] (SSTS 13/05/98 -cas. 1439/97 -; y 25/04/06 -cas. 147/05 -)."

2.- En el supuesto examinado, se constatan las siguientes circunstancias a considerar:

En el motivo cuarto de suplicación, formulado al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c), se denunciaba la infracción de lo dispuesto en los arts. 175 y 180 de la LGSS, en relación con los arts. 25.1, 47.1b) y 52 de la LISOS, sosteniendo que nos encontraríamos ante un supuesto de suspensión de la prestación y no de denegación, y que habría de seguirse el procedimiento establecido en el art. 52 de la LISOS para acordar la suspensión.

Pero ciertamente, como señala la representación del INSS en su escrito de impugnación del recurso, no estamos ante una pretensión autónoma, articulada de modo separado, ya que la tramitación del expediente a que se refiere el precepto se condiciona a que se estime que estamos ante un supuesto de suspensión, lo cual no sucede en el presente caso, resolviendo la sentencia recurrida que nos encontramos ante un supuesto de anulación y no de suspensión. Con ello puede darse por cumplida la respuesta al motivo cuarto de suplicación.

En definitiva, la pretensión de que el INSS debió acordar la suspensión del subsidio, y que conforme al art. 25.1 de la LISOS y que debió seguir el procedimiento establecido en el art. 52 de la LISOS, ha de decaer, en tanto que es una pretensión subordinada a la anterior y que parte de que estamos ante

una conducta merecedora de suspensión y no de denegación o de anulación. Al resolver la sentencia que estamos ante un supuesto de anulación del derecho y no de suspensión, se da una respuesta negativa tácita a la pretensión formulada, que, conforme a la doctrina expuesta, en modo alguno constituye la incongruencia omisiva denunciada.

Procede por ello la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- Por cuanto antecede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia recurrida. Sin pronunciamiento sobre costas.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Fernando Navarro Pérez, en nombre y representación de D^a. Piedad .

2º.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Málaga- de 28 de noviembre de 2018 (rec. 1064/2018), dictada en el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga de 22 de diciembre de 2017, dictada los autos núm. 688/2017, seguidos frente al INSS y TGSS, en materia de prestaciones de Seguridad Social.

3º.- Sin pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.