

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 4906/2018 de 21 Sep. 2018, Rec. 3560/2018

Ponente: Vera Martínez, Juana.

Nº de Sentencia: 4906/2018

Nº de Recurso: 3560/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Se deniega la prestación de gran invalidez a un autónomo que cotizó durante 22 años pero que estuvo apartado del sistema durante otros 6

GRAN INVALIDEZ. AUTÓNOMO. Grave accidente de tráfico. El autónomo se dio de baja en el RETA y no se apuntó como demandante de empleo hasta 6 años después. Se entiende que el solicitante no reúne los requisitos de carencia específica para lucrar la prestación porque su situación no es asimilada al alta al tiempo del hecho causante. Para que la situación de paro involuntario sea considerada como de asimilada al alta se precisa que la inscripción no haya sido ininterrumpida. VOTO PARTICULAR.

El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona declarando que no porcede conceder la prestación de gran invalidez.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2018 - 0000544

F.S.

Recurso de Suplicación: 3560/2018

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

En Barcelona a 21 de septiembre de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 4906/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por INSS frente a la Sentencia del Juzgado Social 10 Barcelona de fecha 6 de febrero de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 146/2017 y siendo recurrido/a Felix, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. JUANA VERA MARTINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16-2-17 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Invalidez grado, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2018 que contenía el siguiente Fallo:

Que estimando la demanda formulada por Felix contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la declaro en situación de gran invalidez por enfermedad común, con el derecho a percibir una prestación del 100% sobre una base reguladora de 0€, con un complemento de gran invalidez de 589,13€, y efectos del 25/10/16, con las mejoras y revalorizaciones que procedan.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º) El demandante, nacido el NUM000/61 tiene la profesión habitual de técnico tv antenista. (No controvertido).

2º) El demandante consta inscrito como demandante de empleo con un total de 629

días durante el período entre el 1/1/14 y el 5/12/16, con los siguientes períodos de interrupción:

Período inscripción Causa baja

De 04/04/14 a 11/07/14 No renovación demanda

De 13/04/15 a 16/10/15 No renovación demanda

De 29/12/15 a 05/12/16

(Documento al folio 78 de autos).

3º) El demandante tiene cotizados un total de 8007 días, de los que 581 están comprendidos dentro de los 10 años inmediatamente anteriores. (Expediente administrativo. No controvertido).

2º) Incoado el preceptivo expediente administrativo para valorar la eventual incapacidad el, el ICAM emitió dictamen el 25/10/16 informando en sentido favorable a la presunción de incapacidad permanente, con ayuda y soporte de tercera persona. (EA, folios 38 y 39 de autos).

3º) La Dirección provincial del INSS dictó resolución el 14/11/26 por la que acordó que no procedía declararle en ningún grado de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, denegando el derecho a prestaciones económicas por no hallarse de alta o en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante, y por no reunir el requisito de carencia específica 3 años de cotización para la IPA en situación de no alta, en los diez años anteriores al hecho causante. (Folio 39 de autos).

4º) Contra la anterior resolución formuló reclamación previa, que fue desestimada por nueva resolución. (No controvertido).

5º) De las cotizaciones computables acreditadas por la demandante resulta la base reguladora de la prestación que reclama de 0€ siendo el complemento de gran invalidez de 589,13€. (No controvertido).

6º) Acredita la siguiente patología: "infarto cerebral en territorio de ACM y frontera anterior y posterior izquierdos de etiología aterotrombótica. Secuelas clínico funcionales. Hemiplejía facio-braquio-crural derecha. Hipoestesia en hemicuerpo derecho. Afasia cortico subcortical fluente. Urgencia miccional".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona estimó la demanda formulada por el actor declarándolo en situación de gran invalidez con todas las consecuencias legales.

Frente a la sentencia de instancia, se alza en suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través del apartado b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para interesar la revisión fáctica y jurídica de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- A través del primer motivo de recurso, formulado al amparo del apartado b) del artículo 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte recurrente interesa la modificación del hecho probado segundo para adicionar un inciso previo del siguiente tenor literal: "*El demandante causó baja en el RETA el 31 de enero de 2008 (folios 82 y 83). Posteriormente, el demandante consta inscrito como demandante de empleo con un total de ...*", lo que deduce de los folios 82 y 83 y que entiende es relevante porque pone de manifiesto que el actor estuvo sin darse de alta como demandante de empleo más de seis años, desde que cesó en el RETA el 31-01-2008 al 4-4-2016 (en realidad, es el 4-4-2014).

Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que la equivocación que se imputa a la Juzgadora "a quo" resulte patente, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos, de documentos o pericias obrantes en los autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisora; c) que se indiquen suficientemente la pericial o documento hábil del que se desprende la revisión propuesta y que la misma resulte de forma clara, patente y directa de la probanza documental o pericial practicada, a concretar y citar por el recurrente, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas; d) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio de la Juez de Instancia, a quien la Ley reserva la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; e) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para resolución de las cuestiones planteadas, sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar el motivo de suplicación acogido al apartado b) del art. 193 de la LJS conforme a la jurisprudencia recaída entorno al artículo 191b) de la Ley de Procedimiento Laboral de idéntica redacción.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos, debe concluirse que el motivo ha de prosperar por desprenderse el hecho que se pretende adicionar de los documentos que refiere y resultar trascendente en tanto que aporta información sobre la trayectoria laboral del trabajador.

En consecuencia, se acuerda adicionar al inicio del hecho probado segundo la siguiente frase:

" El demandante causó baja en el RETA el 31 de enero de 2008 (folios 82 y 83). Posteriormente,..."

TERCERO.- Entrando en el motivo de censura jurídica formulado al amparo del artículo 193 c) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la Entidad Gestora recurrente denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 165 y 166 del RD Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 195 del mismo texto legal y con el artículo 36.1 y 15 del Real Decreto 86/1996 por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social y en relación con el artículo 69.1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970.

Argumenta la parte recurrente que al actor no puede considerársele en situación asimilada al alta al tiempo del hecho causante porque figuró por última vez de alta el 31 de enero de 2008, transcurriendo más de seis años hasta su inscripción como demandante de empleo, por lo que se ha roto la continuidad exigida por la legislación, además, ocn posterioridad ha figurado como demandante de empleo con dos interrupciones de 9 y 2 meses y medio, no siendo cierto que al tiempo del hecho causante llevaba más de un año interrumpido inscrito como demandante de empleo.

Ciertamente, la sentencia recurrida aplica la doctrina humanizadora entendiendo que el actor se encontraba inscrito como demandante de empleo al tiempo del hecho causante habiendo permanecido inscrito de forma ininterrumpida, durante más de un año antes de la fecha del hecho causante y aunque la parte recurrente sostenga que la sentencia se fundamenta en una falacia porque eso no es cierto, la fundamentación de la sentencia se entiende si se fija el hecho causante en la fecha del reconocimiento del Institut Català d'Avaluacions Mèdiques (el 25/10/2016 (hecho probado 2º), tal y como -entendemos-, hace la sentencia, pues reconoce el grado de gran invalidez como derivado de contingencia común y no de accidente no laboral, siendo lo cierto que del pacífico hecho probado sexto, donde se recogen las secuelas que presenta el actor, no se colige que las mismas se deriven del accidente de tráfico que sufrió el 3-7-2016 (según se recoge en el penúltimo párrafo de la fundamentación jurídica). Por tanto, es cierto que al tiempo del hecho causante el actor llevaba no más de un año, sino casi diez meses, inscrito como demandante de

empleo de forma ininterrumpida, pues se había inscrito el 29-12-2015 y fue reconocido por el Institut Català d'Avaluacions Mèdiques el 25-10-2016, debiendo valorarse si en dichas circunstancias el actor debe ser considerado como en situación "asimilada al alta".

Debe partirse de que uno de los requisitos para acceder a la situación de incapacidad permanente es que el beneficiario se encuentre en situación de alta o asimilada al alta al tiempo del hecho causante, como se desprende del artículo 165.1 Ley General de la Seguridad Social (RD Legislativo 8/2015).

Con relación a cuándo se entiende que el trabajador se encuentra en situación "asimilada al alta", el Tribunal Supremo recopila la jurisprudencia recaída al respecto (con relación a la anterior Ley General de la Seguridad Social, RD Legislativo 1/94 pero trasladable a la actual regulación) en los siguientes términos (Sentencia del Tribunal Supremo 26-05-2009, Rcd. 3031/2008):

" La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2007 (R. C.U.D. 4698/2005), reflejando la doctrina sobre asimilación al alta con cita de las SSTs de 14 de abril de 2000 y 21 de marzo de 2006 (R. C.U.D. 1721/1999 y R. C.U.D. 2003/2004) reitera el siguiente razonamiento: " El artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social establece que "las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario". Añade el artículo 125. 1 que "la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba la prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta".

Este último precepto fue desarrollado por el RD 84/1996 , que establece en su artículo 36 , bajo el epígrafe "situaciones asimiladas a la de alta", que "continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo".

Se configura así una situación alternativa de asimilación al alta, una de las cuales es el paro involuntario para el que se tiene en cuenta como momento inicial el del agotamiento de la prestación contributiva o asistencial, unida al mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo."

Con relación a la flexibilización de dicho requisito, tiene declarado el Alto Tribunal en sentencia de 14 de abril de 2000 (Recurso: 1721/1999) lo siguiente:

" Para que exista situación asimilada al alta es necesario que la inscripción como demandante de empleo se mantenga sin interrupciones. Este criterio se expone, entre otras, en las sentencias de 29 de mayo de 1.992 del Pleno de la Sala , 22 de marzo y 1 de abril de 1.993 . Explica esta última que "la situación asimilada de paro involuntario supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de la prestación o el subsidio de desempleo", y que "la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse normalmente por el mantenimiento de la inscripción actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo. De ahí que no pueda estimarse la continuidad del paro involuntario cuando el transcurso del tiempo sin inscripción pone de manifiesto que ya no subsiste la búsqueda de empleo (.....) porque la situación de paro involuntario no se refiere únicamente al momento del hecho causante de la prestación, sino con carácter general al período que sigue al agotamiento de las prestaciones de desempleo". Cabe afirmar pues que, salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales, la voluntaria y injustificada solución de continuidad entre la baja en Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación, no permiten considerar en situación asimilada al alta a quien solicita luego la prestación de invalidez. Doctrina que no solo conserva actualmente su vigencia, sino que ha resultado reforzada al haber sido recogida por el art. 36.2 del Real Decreto 84/1.996 de 26 de Enero , antes transcrito, puesto que la exigencia que incorpora -- "que se mantenga la inscripción" -- es equivalente a la requerida jurisprudencialmente de que la inscripción permanezca ininterrumpida.

No obstante, esta Sala ha realizado siempre una interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de prestaciones que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando así rigideces que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social. Y ello le ha permitido eludir el criterio general expuesto para considerar que, pese a esas rupturas temporales, sigue vivo el "animus laborandi" y consiguientemente se cumple el requisito de situación asimilada al alta, cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias, entre las que cabe destacar las siguientes: A) La enfermedad que provoca la declaración de invalidez ya estaba instaurada y con tal carácter en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo. En este caso se considera cumplido el requisito, no ya de situación asimilada, sino de alta (sentencias de 12 de noviembre de 1.992 y 9 de octubre de 1.995). B) La situación de alta en S. Social existe cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo es tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta (entencias de 2 de Febrero de 1987 , 21 de Marzo , 12 de Julio , 13 de Septiembre y 19 de diciembre de 1998). C) Aparece, en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción, una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador - enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas, etc.- que, en expresión de la sentencia de 16 de diciembre de 1.999 , "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". Se hacen eco de esta doctrina, además de la última citada, las sentencias de 2 de diciembre de 1.996 , 19 de noviembre de 1.997 , y 27 de mayo , 8 y 10 de octubre de 1.998 . D) La inscripción como demandante de empleo se produce en un momento posterior a una incapacidad laboral transitoria cuya extinción ha sido impugnada en vía judicial, pero cuando aun ha recaído sentencia firme confirmando o revocando el alta medica.(sentencia de 26 de enero de 1.998). E) Un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo, "no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral" (sentencia de 12 de marzo de 1.998 y 9 de noviembre de 1.999)."

Por tanto, en el apartado B) recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente transcrita (STS 14-04-2000) se resume la jurisprudencia sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo 3 de junio de 2014 rcud. 2566/2014, conforme a la cual " *el requisito del alta y las situaciones asimiladas a ella han sido interpretados de modo no formalista por esta Sala, estimando en general que sí concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido* "".

Descendiendo al supuesto de autos, se concluye que se ha producido la infracción denunciada, por cuanto conforme al tenor literal del artículo 36 del RD 84/1996 , el actor no se encontraba en situación de "asimilada al alta" al tiempo del hecho causante pues para que la situación de "paro involuntario" sea considerada como de "asimilada al alta" se precisa que la inscripción no haya sido ininterrumpida y, en este caso, consta inscrito como demandante de empleo de forma ininterrumpida únicamente durante los diez meses anteriores a la revisión del ICAM, pues con anterioridad ha estado inscrito desde el 4-4-2014 hasta la fecha del hecho causante con dos interrupciones, la primera, de más de nueve meses y, la segunda, de dos meses, sin que se justifique en modo alguno las razones que llevaron al actor a separarse del mercado laboral, no pudiendo tener su causa en el accidente de tráfico " *que le produjo la patología posterior*" pues éste acaeció con posterioridad a las referidas interrupciones, el 3-7-2016, ni se aprecie una larga carrera de seguro, pues estuvo apartado del mercado laboral desde el 31-1-2008, en que se dio de baja en el RETA, al 4-04-2014, fecha en que se inscribió como demandante de empleo.

Atendidos los argumentos expuestos procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida pues no encontrándose el actor en situación asimilada al alta al tiempo del hecho causante, no tiene derecho a la prestación solicitada por no tener carencia específica, tal y como se fija de forma incontrovertida en la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona de fecha de 6 de febrero de 2018, recaída en el procedimiento núm. 146/2017, seguido a su instancia de D. Felix frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestación por incapacidad permanente, debemos revocar la resolución recurrida absolviendo

a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA ILMA. SR. MAGISTRADA D^a MATILDE ARAGÓ GASSIOT:

Respetando la valoración de la mayoría de la Sección de la Sala, el criterio que entiendo que debía prosperar en el caso debatido, era el de confirmar la sentencia del juzgado de lo social, respecto a la declaración de gran invalidez del demandante, por lo que, en base al art. 260 de la LOPJ , emito voto particular, en base a las razones que se exponen a continuación:

PRIMERO. Partimos del hecho de que no se discute el requisito de grado de gran incapacidad, atendidas las lesiones que el actor padece (hecho probado 6º), ni tampoco la carencia genérica para tener derecho a la prestación, puesto que el demandante, nacido el 21-04-61, acredita más de 21 años de cotización (8007 días). Que los únicos motivos por el que se denegó por el INSS la prestación de gran incapacidad, fue la carencia de dos requisitos, a saber: a) no estar en situación de alta o asimilada, y b) no acreditar la carencia específica de 1095 días dentro de los 10 años anteriores al hecho causante.

Entiendo que la solución jurídica de la sentencia de instancia fue congruente con los hechos probados, aplicando al

caso la jurisprudencia que interpreta de forma flexible e individualizadora la normativa que regula la situación de asimilación al alta (art. 36 del RD 84/1996), tal como ha valorado la magistrada de instancia.

Y dado que el artículo 195 de la LGSS de 2015 , al igual que la LGSS anterior, establece que las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o asimilada al alta, siempre que el mínimo de cotización exigible sea de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 3.b), se plantea el problema del rechazo de la pensión del actor, que supera con creces los 15 años, - que acredita 8007, debiendo acreditar 5475, según indica la resolución administrativa - de forma alternativa al de la **carencia específica**, constando que reúne 581 días de cotización en los últimos 10 años, exigiéndosele - conforme al art. 195-3-b) - un total de 1095 días. Le faltan 514 días de cotización, que reuniría si se retrotrae el cómputo al período anterior a la demanda de empleo.

SEGUNDO. Que entiendo que la interpretación de la sentencia recurrida, debía ser confirmada, teniendo en cuenta también que la causa que dio lugar a todo el proceso de hospitalización y complicaciones que, sin solución de continuidad, derivó a la situación de gran incapacidad, **fue un accidente de tráfico** ocurrido el día 03-07-2016 (atropello, traumatismos, ingreso hospitalario, durante el cual ocurre el ictus, con secuelas gravísimas, del que es derivado al sociosanitario Gutmann sin curación) de lo que se desprende la consecuencia jurídica de que no le era exigible al actor ni la carencia específica, ni la genérica.

Así, el artículo 165-1 de la LGSS (RDLeg. 8/15 de 8 de octubre), determina que tendrán derecho a las pensiones por incapacidad permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en esta situación y que, además de reunir la condición general exigida en el art. 165.1, hubieran cubierto el periodo mínimo de cotización que se determina ... **salvo aquella que sea debido a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún periodo de previo de cotización, si entendemos que estaba en situación de asimilada al alta.**

TERCERO. Ello se deduce de que el iter del que deriva la situación del actor, según el historial médico aportado en el que consta, - sin que sea discutido, dada su evidencia y objetividad -, que el causante ingresa por atropello el 03-07-2016, en la vía pública, con policontusiones, fracturas, etc. Se le ingresa en la Clínica del Pilar, de ahí al Hospital de Viladecans, durante el ingreso es cuando se presenta empeoramiento del lenguaje y aparición de déficit motor... tras diagnóstico de infarto y tratamiento, finalmente se le deriva al sociosanitario Guttman, finalizando con las secuelas que le conducen a una declaración de grado de dependencia III. El dictamen del ICAM que es favorable a la presunción de invalidez permanente, con ayuda y soporte de tercera persona, se emite el día 25-10-2016.

CUARTO. Quedando claro que la única motivación para denegar la declaración de grado y prestación es la situación de falta de alta o asimilada del actor, y/o , alternativamente, la falta de carencia específica, que precisa, se entra a valorar el caso.

Aceptando la inclusión en los hechos probados que realiza la ponencia mayoritaria, a instancia del recurrente INSS, cuando indica que el actor causó baja en el RETA el 31 de enero de 2008, la vinculación con el sistema de la Seguridad Social del demandante queda expuesta como sigue:

- El actor nacido el día 21-04-61, cotizó a la Seguridad Social 8007 días, debiendo acreditar 5475, de los cuales 581 están comprendidos antes de los 10 años anteriores al día de la revisión del ICAM.
- En fecha 31-01-2008, causó baja en el RETA.
- En fecha 1-01-2014, causó alta como demandante de empleo, hasta el 5-12-2016, con los siguientes períodos de interrupción: del 04-04 al 11-07-14; del 13-04 al 16-10-15, por no renovación de la demanda, ambos.

En resumen: se trata de una persona de 55 años que cotizó durante casi 22 años a la Seg. Social, causando baja en el sistema con efectos de 1-04-2008 (ampliado por 90 días). Que se desvincula del sistema durante 6 años, sin que conste un motivo alegado. Que se inscribe como demandante de empleo dos años y medio antes de tener el accidente que desencadena su situación incapacitante.

Es cierto que en esta situación de demandante de empleo (en la que no consta que la administración le haya realizado oferta alguna) se le da de baja por no renovación, constando alta unos 900 días y baja unos 180.

Realizando una valoración general de la vida laboral del actor, pese a los años de desvinculación del sistema, no creo

que se pueda interpretar que se deba rechazar la consideración de su situación de asimilada al alta. Por dos razones: primero, porque su contribución a la Seguridad Social, a lo largo de su vida laboral, superó en mucho el mínimo para tener derecho a cualquier pensión, y, segundo, ya que, aunque ciertamente durante seis años estuvo apartado del sistema, llevaba dos años como demandante de empleo cuando sobrevino el accidente, sin que el Estado le hubiera otorgado ninguna oferta de empleo ni posibilidad de cotizar. Por este motivo cabe la interpretación de retrotraer la carencia específica, al momento de la inscripción como demandante de empleo y en este caso no es exigible la situación de alta.

QUINTO. Es cierto que el artículo 166, de la LGSS de 2015 , establece que serán situaciones asimiladas al alta, a los efectos indicados en el artículo 165.1, la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia. I en el mismo sentido el RD 84/1996 , que cita la ponencia mayoritaria.

Pero tal precepto, idéntico en la Ley anterior de 1994, fue interpretado por la jurisprudencia de forma flexible y humanizadora.

Así se deduce de la sentencia del TS de 26-05-2009, RCU 3031/2008 , que cita la sentencia del juzgado, que refiere otras anteriores y en la sentencia de 19-01-2010, del TS, RCU 4014/2008 , que valora supuestos de situaciones asimiladas al alta con una interpretación flexible e individualizadora:

"Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación del requisito de estar de alta en la seguridad social, o en situación asimilada , y lo ha hecho con un criterio flexibilizador, carente de rigor formalista, para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo activo.

Así la sentencia de 12 de julio de 1988 reconoció el derecho a percibir la prestación de invalidez permanente absoluta a una trabajadora que en el momento en que le sobrevino la contingencia determinante de la invalidez no se encontraba en alta ni el situación asimilada al alta , razonando que dicho requisito no debe ser exigido con rigor formalista, sino atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y si el trabajador ha estado afiliado y en alta con regularidad durante el tiempo de trabajo activo -en el supuesto examinado de 1-11-1974 a 31-6-1982- no puede negársele la condición de mutualista, aún cuando se halle de baja al solicitar la prestación por la incapacidad correspondiente que le ha sido reconocida.

En el mismo sentido se había pronunciado la sentencia de 21 de marzo de 1988 .

La sentencia de 13 de septiembre de 1988 reconoció que el fallecido esposo de la actora se encontraba en situación de invalidez permanente absoluta, con derecho al percibo de la prestación correspondiente desde el 18 de julio de 1984 hasta la fecha de su fallecimiento, aunque no se encontraba de alta en el momento del hecho causante, pues tenía cubierto en exceso el período de carencia, debiendo interpretarse las normas, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil , atendiendo junto al criterio de la interpretación literal, al contextual o lógico, al histórico y al sociológico, siendo más imperativas tales exigencias cuando se trata de normas protectoras, viabilizadoras del Estado Social, cuales son las reguladoras de la Seguridad Social, garantizadoras de la asistencia y prestaciones a que se refiere el artículo 41 de la Constitución .

La sentencia de 19 de diciembre de 1996, recurso 1159/96 , reconoció el derecho a las prestaciones de muerte a favor del viudo cuya esposa en el momento del fallecimiento no se encontraba en situación de alta -había causado baja el 17-9-1990 y falleció el 2-2-1992- razonando que la trabajadora produjo su baja en la Seguridad Social cuando llevaba casi dos años con el proceso que acabó con su vida y que, como es lógico, no le permitía ya realizar una vida activa, siendo explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para estar en alta .

La sentencia de 12 de marzo de 1998, recurso 2307/97 , reconoció el derecho al percibo de pensión de viudedad y orfandad a la esposa e hijo del trabajador fallecido, que en dicho momento no se encontraba en alta , razonando que el trabajador fallecido estuvo en situación de paro involuntario después de haber agotado la prestación de desempleo, continuando inscrito como demandante de empleo mientras percibió el subsidio asistencial y con posterioridad habiendo sido dado de baja por la oficina correspondiente, por no haber acudido a un control - a lo que contribuyó su desfavorable estado físico- en cuya situación permaneció durante seis meses, volviendo a causar alta como demandante de empleo, situación en la que se encontraba en el momento de su fallecimiento, , no

revela su voluntad de apartarse del mundo laboral, ni desvirtúa la consideración de que se encontrase en situación asimilada al alta , al efecto de lucrar las prestaciones de viudedad y orfandad reclamadas.

La sentencia de 25 de julio de 2000, recurso 4436/99 , reconoció el derecho al percibo de la pensión de invalidez permanente absoluta a un trabajador, que padecía una grave enfermedad psíquica y que permaneció un breve período de tiempo, inferior a noventa días, sin inscribirse como demandante de empleo entendiendo que tal situación debía considerarse asimilada al alta : La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

" a) Es cierto , como recoge la sentencia recurrida, que el art. 138.1 en relación con el art. 124 LGSS /1994 exige estar de alta o en situación asimilada a ella para causar las prestaciones de invalidez permanente en su modalidad contributiva y que a la situación de alta es asimilada la situación de desempleo total o subsidiado, conforme dispone el art. 125 .1 LGSS ; pero debe destacarse que, con relación al requisito del alta , la jurisprudencia de esta Sala ha atenuado su exigencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección.

b) Esta línea jurisprudencial, iniciada ya con anterioridad a la casación unificadora (entre otras, SSTS/Social 4-IV-1974 , 2-VII-1974 , 6-III-1978 , 27-X-1979 , 14-IV- 1980 , 24-VI-1982 , 11-XII-1986 , 15-XII-1986 , 2-II-1987 , 21-III-1988 , 12-VII-1988 y 13-IX-1988) y que ha tenido fiel reflejo en ésta (entre otras, STS/IV 19-XII-1996), estableció, como recuerda la citada STS/Social 15-XII-1986 , la doctrina relativa a que el alta ha de referirse al momento en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida (SSTS/Social 14-IV-1980 y 24-VI-1982), o aquélla otra que, tras analizar la normativa afectante al Convenio Especial , considera que la baja en la Seguridad Social ha de entenderse con carácter provisional durante los noventa días siguientes al cese, en los que el trabajador puede acogerse al Convenio Especial , conservando, por tanto, durante ese período los derechos que puedan serle legalmente atribuidos en relación al tiempo que duró la afiliación y la cotización a la Seguridad Social (SSTS/Social 27-X-1979 y 15-XII-1986); doctrinas a las que es dable adicionar la que interpreta con flexibilidad el requisito de estar inscrito como demandante de empleo "tanto más cuanto que reunía los requisitos para obtener la pensión cuando los padecimientos se produjeron" (STS/Social 11-XII-1986).

c) Pudiendo concluirse en esta línea, y siguiendo la doctrina marcada en la referida STS/IV 19-XII-1996 , que el requisito del alta y las situaciones asimiladas a ella han sido interpretados de modo no formalista por esta Sala, estimando en general que sí concurría la situación de alta , cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta , entonces el requisito ha de entenderse por cumplido. .."

En el mismo sentido podemos citar la STS, Social sección 1 del 03 de junio de 2014 (ROJ: STS 2566/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2566) Recurso: 2588/2013 ; STSJ, Social sección 1 del 10 de julio de 2018 (ROJ: STSJ GAL 3321/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:3321)Sentencia: 2831/2018 - Recurso: 1421/2018.

SEXTO. Interpretando la situación de asimilada al alta de forma flexible, atendiendo a la finalidad de la acción protectora de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE), a la gravísima situación de necesidad del afectado, y, como dice la STS citada, " las - normas - de seguridad social, que han de ser interpretadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil , no de forma aislada, atendiendo a su pura literalidad, sino poniéndolas en relación de manera concurrente e integradora, con las que tienen una misma o análoga finalidad, atendiendo a la realidad social en que se aplica el precepto", se podía considerar al actor en situación asimilada al alta en el momento del accidente, razón por la cual se había de confirmar la sentencia del juzgado.

A la misma conclusión se llega si no se acepta la situación de asimilada al alta, pero se retrotrae el cómputo de la carencia específica a los 10 años anteriores a la inscripción del actor como demandante de empleo, caso en el que superan sus cotizaciones superan con creces la carencia específica que le exige el sistema.

Por todo lo cual, entiendo que la interpretación de la sentencia de instancia debía ser confirmada, rechazando el recurso del INSS.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

