

Id Cendoj: 38038340012005100203
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 1
Nº de Recurso: 1100/2004
Nº de Resolución: 245/2005
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 31 de marzo de 2005 La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. Jose Mª Del Campo Y Cullen (Presidente), D./Dña. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua (Ponente) y D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001100/2004 , interpuesto por Juan Pedro , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000029/2004 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Mª Carmen Sanchez Parodi Pascua .

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Juan Pedro , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Instituto Nacional De La Seguridad Social y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 27 de julio de 2004 , por el Juzgado de referencia , con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:
PRIMERO.- Juan Pedro nació el 6 de junio de 1949, tenía como profesión limpiadora. La actora permanecía en incapacidad temporal derivada de enfermedad común desde el 18 de diciembre de 2001. SEGUNDO.- En expediente de incapacidad el 15 de octubre de 2003 se emite informe médico de síntesis, con el siguiente juicio diagnóstico: Dolor crónico post-toracotomía sin restricción funcional objetivable, artropatía degenerativa de ambas rodillas sin restricción articular, **fibromialgia** , pequeños infartos lacunares de aspecto crónico sin secuela neurológica objetivable. Limitaciones orgánicas o funcionales: limitación para actividades de sobrecarga física muy intensa no objetivando menoscabo permanente para su actividad. TERCERO.- El Equipo de Valoración de Incapacidades propuso el 16 de octubre de 2003 que no se calificara al trabajador como inválido permanente en ninguno de sus grados. La Dirección Provincial denegó la solicitud el 28 de octubre de 2003, por no ser las lesiones constitutivas de incapacidad permanente, no reunir el periodo mínimo de cotización de 15 años para incapacidad absoluta sin estar en alta o situación asimilada. CUARTO.- La actora presentó reclamación previa que fue desestimada. Por sentencia de 27 de marzo de 2003 se desestimó la demanda interpuesta por la actora. QUINTO.- La actora acredita cotizados 3700 días, 2909 de cotización efectiva y asimilados 530, lo que determina un total de 3700 días de cotización. El último periodo cotizado y en alta en la Seguridad Social fue del 8 del 11 de 2000 al 28 de febrero de 2001. Se da por reproducido el informe de cotización obrante al folio 65 del expediente. SEXTO.- La base reguladora es de 252,71 euros. SÉPTIMO.- La actora presenta hernia discal dorsal D7-D8 intervenida por toracotomía, cardiopatía isquémica, discopatía L5 S1, artrosis moderada, condropatía rotuliana en ambas rodillas, **fibromialgia** , hipertensión arterial y depresión .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que desestimando la demanda interpuesta por Juan Pedro contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo absolver a ésta de la misma .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Juan Pedro , siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 17 de Marzo de 2005 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A tenor de lo preceptuado en el *art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral* , recurre la representación de la actora por infracción del *art. 36.1 del Real Decreto 84/96* .

Se presenta en el procedimiento el problema de si la parte demandante está en una situación de alta o asimilada al alta, para que pueda alcanzar la invalidez total que interesa en su demanda.

El recurrente presenta en su escrito del recurso de suplicación dos certificaciones del Servicio Público de Empleo, en donde se hace constar que "está inscrito en la oficina de Tacoronte desde el 14 de noviembre de 2001", documento que por su trascendencia para el fallo queda unido al rollo, supliendo esta resolución el auto correspondiente del *art. 231 de la Ley de Ritos Laboral* y procediendo su unión en virtud de lo establecido en el *art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

SEGUNDO.- Es interesante en este sentido destacar lo que dice la doctrina al respecto en sentencia de 25 de julio de 2000, del TSJC (Las Palmas) : "En esta línea flexibilizadora del requisito del alta y, en concreto a propósito del paro voluntario, la Sala ha acogido el criterio del Tribunal Supremo de que lo importante no es que no haya interrupciones, sino que consta la voluntad de incorporación al mercado de trabajo que se hace patente con la inscripción prolongada en el tiempo como demandante de empleo. Así, la Sentencia de esta Sala dictada en el recurso núm. 183/96 del tenor literalmente: "...Denegada la prestación por no estar el causante en el momento del fallecimiento en situación de alta o asimilada, hay que tener en cuenta que el *artículo 2, núm. 4, letra c) de la Orden Ministerial de 13.2.67* , por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General, considera como situación asimilada al alta, "el paro involuntario que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo", entendiendo la jurisprudencia para aplicar este supuesto 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 1.4.93)", añadiendo 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", criterio éste que no es más que el desarrollo del establecido en la Sentencia de 29.5.92, dictada por el Tribunal Supremo Sala de lo Social en Sala General , en la que se afirma que "cuando se advierte el transcurso de un largo parón de tiempo, como es el caso de autos, sin la más mínima constancia de la concurrencia de dicha situación de paro, lo que sólo finalmente y en proximidad sospechosa a la fecha de solicitud de la pensión de jubilación se oficializa, no parece que pueda darse verosimilitud a la pretendida continuidad sin solución en tal situación de paro involuntario que propicie el reconocimiento de una prestación como la postulada en los presentes autos"; de ahí que se venga exigiendo para que exista la situación asimilada al alta la concurrencia de tres requisitos:

a) involuntariedad del cese; b) inscripción en la Oficina de Empleo y c) continuidad en la inscripción.

La cuestión, por tanto, a resolver es si la exigencia de estos requisitos y concretamente, el de la continuidad ha de entenderse de forma rigurosa y estricta, de tal forma que la más mínima interrupción hace imposible el derecho a las prestaciones o, por el contrario, cabe alguna excepción, o lo que es lo mismo, una interpretación flexible y humanizadora del requisito citado de continuidad y al respecto haya que señalar lo siguiente: a) La Sentencia de Sala General de 1992 antes citada no habla de inscripción ininterrumpida, y destaca el carácter sospechoso de una interrupción como demandante de empleo próxima a la jubilación, precedida de 10 años sin interrupción.

b) La Sentencia del Tribunal Supremo de 25.6.93 considera en situación asimilada al alta el caso de un trabajador que estuvo de alta en la Seguridad Social hasta mayo de 1979 y que se inscribe como demandante de empleo en 1981, permaneciendo en tal situación hasta 1989, entendiendo que el hecho de figurar ininterrumpidamente desde 1981 a 1989 como demandante de empleo permite afirmar que se halla en situación de paro involuntario (sin tener en cuenta el período de no inscripción durante 2 años).

c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 24.6.96 niega la existencia de situación de alta por paro involuntario al haber estado el fallecido desde 1981 a 1992 sin figurar inscrito en la Oficina de Empleo correspondiente.

d) La interesante Sentencia de 12.1196 del mismo Tribunal ha considerado como situación asimilada al alta la de un recluso de un establecimiento penitenciario que, sin realizar actividad retribuida a efectos de la inclusión prevista en el *Decreto 573/1967*, había mostrado, sin embargo, su disponibilidad para el trabajo, considerando que la situación guarda analogía con la de paro involuntario.

A la vista de la jurisprudencia es evidente que el requisito de la inscripción como demandante de empleo se entiende como una forma de acreditar el deseo de volver a trabajar o el "animus laborandi", de tal manera que aunque exista algún período sin inscripción, cuando producida ésta se mantiene en un largo período de tiempo se entiende que existe paro involuntario asimilado al alta, y por el contrario, cuando hay largos períodos sin inscripción y alta o inscripción en fecha próxima a la solicitud de la prestación, se niega la situación de asimilada al alta por no existir (y esto es el dato clave o esencial que justifica el requisito de la inscripción) una real y efectiva voluntad de acceder al trabajo...".

Siguiendo esta misma orientación, la Sala ha afirmado que se considera en situación de alta al trabajador que no lo está formalmente al iniciar el expediente se invalidez, pero que si lo estaba en el momento de la baja médica inicial. Así, la Sentencia dictada en el recurso núm. 630/98 (Sentencia 342/2.000), señala que: "...En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas (falta de alta o situación asimilada) hay que tener en cuenta que muestra jurisprudencia en numerosas ocasiones, generalmente referidas a las prestaciones de incapacidad permanente y supervivencia, ha venido señalando que el requisito de estar en alta o situación asimilada a la del alta no debe ser exigido en todos los casos con rigor formalista, sino que ha de ser interpretado en un sentido humano e individualizador, acorde con la realidad de cada supuesto que tendente a paliar el infortunio real de los trabajadores; de tal manera que si del examen de la vida laboral del trabajador se llega a la conclusión de que ha estado afiliado y en alta con regularidad durante el tiempo de trabajo activo, no es admisible negarle luego la condición de beneficiario por la circunstancia de hallarse en situación de baja al solicitar la correspondiente prestación, pues si la finalidad del alta es evidenciar la profesionalidad del beneficiario en el momento del hecho causante, también podrá quedar esta acreditada en los casos de cotizaciones prolongadas a lo largo de la vida del trabajador.

En esta línea la jurisprudencia en orden a la relativización del alta parte de la base de que la citada exigencia hay que referirla al momento de sobrevenir la contingencia determinante de la situación protegida, entendiendo por tal el de la producción del riesgo, proceso patológico o evento aleatorio objeto de aseguramiento y no aquel posterior en que, mediante solicitud del trabajador o de oficio por parte de la Entidad Gestora, se inicia el procedimiento de declaración de dicha situación".

En base a esta doctrina jurisprudencial, es evidente que la sentencia ha de ser revocada, toda vez que el actor ha de ser considerado en una situación asimilada al alta, puesto que las lesiones que padece le llevaron a la Juzgadora a declarar su invalidez, constando la voluntad de dicho trabajador de incorporarse al mercado laboral, al ser patente su inscripción como demandante de empleo desde el 14 de noviembre de 2001, fecha anterior a su baja, hasta el día que consta en la certificación, 13 de septiembre de 2004, por lo que el recurso de suplicación ha de ser estimado y revocada la sentencia de instancia.

Con ello y reconocida la Incapacidad Total a través de los argumentos jurídicos, nada tenemos que decir puesto que la Juzgadora llegó al convencimiento, con el examen de la prueba documental, que las lesiones le afectaban al trabajador para sus tareas habituales.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Juan Pedro contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 27 de julio de 2004, en virtud de demanda interpuesta por la parte aquí recurrente contra Instituto Nacional De La Seguridad Social en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, en el sentido de declarar a la actora en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, condenando al Organismo demandando a estar y pasar por tal declaración.

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de SANTA CRUZ DE TENERIFE, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral*, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en

ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficiaria 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 28002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fe.