Roj: **STSJ CLM 104/2018** - ECLI: **ES:TSJCLM:2018:104**

Id Cendoj: **02003340012018100068**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**
Sede: **Albacete**
Sección: **1**
Fecha: **25/01/2018**
Nº de Recurso: **58/2017**
Nº de Resolución: **101/2018**
Procedimiento: **Social**
Ponente: **MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00101/2018

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 13034 44 4 2015 0003763

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000058 /2017

Procedimiento origen: DEM DEMANDA 0000178 /2015

Sobre: INCAPACIDAD PERMANENTE

RECURRENTE/S D/ña INSS, TGSS

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Fidela

ABOGADO/A: MARIA JESUS MORALES MORA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Magistrado/a Ponente: Ilma. Sra. Dª. MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. PEDRO LIBRAN SAINZ DE BARANDA

D. JESUS RENTERO JOVER

D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

Dª. MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a veinticinco de enero de dos mil dieciocho.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA Nº 101 -

en el **RECURSO DE SUPLICACION número 58/2017,** sobre **INCAPACIDAD PERMANENTE,** formalizado por la representación del **INSS y TGSS** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Ciudad Real en los autos número 178/2015, siendo recurrido/s **Dª. Fidela ;** y en el que ha actuado como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 5 de octubre de 2016 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 3 de Ciudad Real en los autos número 178/2015, cuya parte dispositiva establece:

«Que estimando la demanda formulada por Dña. Fidela contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de Incapacidad, debo declarar y declaro a la misma en situación de Incapacidad Permanente Absoluta derivado de enfermedad común con derecho al percibo de pensión vitalicia en cuantía del cien por cien de la base reguladora de 518,52 euros con efectos económicos desde el 30.10.2014, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación establecida.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO.- *Dña. Fidela nacida el NUM000 .1970, figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con número de afiliación NUM001 siendo su profesión habitual cuidadora no profesional.*

SEGUNDO.- Incoado expediente administrativo a instancias de la trabajadora con fecha 31.10.2014 es dictada Resolución por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en cuya virtud es denegada prestación de Incapacidad Permanente por no reunir el periodo mínimo de cotización de quince años exigido para poder causar derecho a pensión de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, o gran invalidez, sin estar en alta ni en situación asimilada a la de alta.

Lesiones: 1.- Escoliosis lumbar con severos cambios degenerativos.

2.- Discopatias degenerativas C3 a C7.

3.- Discopatias T3-T4 y T6-T7 con impronta de saco tecal y medula a nivel postero-lateral derecho.

Actitud en flexo usa 2 bastones.

TERCERO.- Contra dicha Resolución formulo Reclamación Previa con fecha 19.12.2014 dictándose Resolución con fecha 09.01.2015 desest misma.

CUARTO.- *La demandante consta dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 02.08.1993 hasta el 31.08.2012.*

QUINTO.- *La demandante fue intervenida de una hernia discal L4-L5 en el año 2004.*

Desde el año 2010 presenta intenso dolor lumbar especialmente en el lado izquierdo con irradiación hacia miembro inferior izquierdo que le impide mantenerse en pie y además la necesidad de utilización de dos muletas.

En el año 2011 en pruebas de imagen se verifica escoliosis lumbar estructurada antigua de conexividad izquierda con numerosas alteraciones degenerativas en los espacios que separan las vertebras L4 y L5 con estenosis o estrechamiento de los forámenes a distinto nivel, visualizándose asimismo cuatro hernias discales L2-L3; L3-L4; L4-L5 y L5-S1, lo que se confirme en estudios de imagen realizados en 2013 y 2014.

SEXTO.- *La cuantía mensual de la base reguladora de la prestación solicita asciende a 518,52 euros.*

SEPTIMO.- Con fecha 27.02.2015 es dictada Resolución por La Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales en cuya virtud es reconocido un grado de discapacidad del 63% con base en el dictamen emitido por el Equipo Técnico de Valoración nº 1 del Centro Base de Ciudad Real en el cual consta:

Deficiencia: Limitación funcional de columna.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Diagnostico: Diagnostico sin especificar.

Etología: No filiada.

Grado de limitaciones en la actividad del 55 por ciento.

Porcentaje global de las limitaciones en la actividad del 55 por ciento.

Porcentaje de factores sociales complementarios del 8 por ciento.

Grado de discapacidad: 63 por ciento.»

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación del INSS y TGSS, el cual fue impugnado de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición del/de la Magistrado/a Ponente para su examen y resolución.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda formulada por la demandante contra el INNS y la TGSS, declaró a aquella en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común, se alza en suplicación la Administración de la Seguridad Social, mediante el presente recurso que articula a través de cuatro motivos. El primero, al amparo procesal del apartado b) del artículo 193 LRJS , para revisar hechos probados; y los restantes, bajo cobijo procesal en el apartado c) del citado precepto, para examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

La sentencia recurrida considera que la recurrente cumplía el requisito del alta en la Seguridad Social el 1 de marzo de 2011 , fecha en la que quedaron objetivadas las dolencias posteriormente fueron acogidas en el informe emitido por el EVI en el expediente de incapacidad permanente, por lo que en aplicación del artículo 138.2 b) LGSS , reuniendo el periodo de carencia exigido por dicho precepto, estima la demanda y declara a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta.

Por su parte, la Administración recurrente alega la falta de alta o situación asimilada a la de alta a la fecha de la solicitud de la prestación de incapacidad permanente, porque considera fraudulenta la inscripción en la oficina de empleo realizada el día anterior a dicha solicitud con la intención de aparentar un alta que en realidad no existía, dado que había causado baja en la Seguridad Social el día 31 de agosto de 2012, por todo lo cual entiende que el precepto aplicable al supuesto es el previsto en el artículo 138.3 LGSS , y en consecuencia a la desestimación de la demanda y la confirmación de la Resolución administrativa recurrida, al no cumplir el actor los requisitos de carencia exigidos por dicho precepto.

En síntesis, estas son las posturas de las partes en el presente recurso.

SEGUNDO .- En el primer motivo la Administración recurrente pretende la modificación del ordinal primero, para dar al mismo la redacción que consta en autos, a los que nos remitimos en aras a la brevedad, consistente esencialmente en revisar la profesión habitual de la actora para que conste probado que "la mayor parte de su vida laboral la profesión de la trabajadora en una fábrica de pan y derivados y, desde 28.01.2009 a 18.02.2011, como cuidadora no profesional". Sostiene tal pretensión sobre el Dictamen del EVI, y explica su trascendencia en el distinto tratamiento que tiene -a su juicio- la valoración de las limitaciones orgánicas y funcionales que sufre la actora en una u otra profesión en relación con la normativa de Seguridad Social aplicable.

El motivo no puede alcanzar éxito, porque el Dictamen Propuesta de 30 de octubre de 2014 (f. 42) señalado por la recurrente, no muestra el error en la valoración de la prueba de forma clara, patente y directa, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, pues si bien es cierto que en el referido Dictamen consta como profesión "trabajadora de fábrica de pan y derivados", no lo es menos que en el Informe de Valoración Médica de 24 de octubre de 2014 (f. 41) consta la de "cuidadora no profesional". Y en todo caso, ha de hacerse ver que la modificación fáctica solicitada resulta intrascendente para el resultado del fallo, dado que, partiendo del reconocimiento de incapacidad permanente absoluta por la sentencia recurrida, la Sala no alcanza a comprender qué consecuencia tendría, en orden a alterar el fallo de dicha resolución, cuál fuese la profesión habitual de la actora, salvo que subsidiariamente la Administración recurrente discutiese el grado de incapacidad, lo que no hace, procediendo en consecuencia, la desestimación del motivo.

TERCERO .- En los tres motivos siguientes destinados al examen del derecho aplicado, se denuncia la infracción del artículo 138 LGSS -entendemos que en su apartado 2 por aplicación indebida y el apartado 3

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

por no aplicación- (motivo segundo); de la "teoría humanizadora" (motivo tercero); y del artículo 125 LGSS en relación con el artículo 36 del RD 84/1996 reguladores de las situaciones asimiladas a la de alta (motivo cuarto). Como ya señalábamos más atrás, el argumento de la Administración recurrente podría resumirse del siguiente modo: la actora no se encontraba en alta o situación asimilada a la de alta en el momento del hecho causante de la prestación, por lo que resulta de aplicación el apartado 3 del artículo 138 LGSS , y en consecuencia, la exigencia de un periodo de carencia de 15 años, y una carencia específica de la mitad de tiempo transcurrido desde que la actora cumplió veinte años a la fecha del hecho causante, de los cuales la quinta parte del período de este periodo no estaría comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante, por lo que no cumple los requisitos exigidos por el artículo 138.3 LGSS .

Este es en resumen el argumento que la Sala debe examinar para determinar si la sentencia recurrida ha infringido los preceptos cuya vulneración se denuncia en los tres motivos reseñados, por lo que consideramos más adecuado metodológicamente dar respuesta a dichos motivos sin seguir el orden establecido en el recurso, sino de forma conjunta, siguiendo dicho argumento.

En efecto, para causar derecho a la prestación por incapacidad permanente en el Régimen General se exige el requisito general y común a todas las prestaciones: estar afiliado y en alta o situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida (arts. 138.1 en relación con 138.1 LGSS); y haber cubierto un periodo mínimo de cotización, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no requiere periodo previo de cotización. El periodo de cotización exigible se determina en función de la edad del sujeto causante: si tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió dieciséis años y la del hecho causante de la pensión < apartado a) art. 138.2 LGSS >; si tiene cumplidos los treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años, debiendo encontrarse la quinta parte de dicho periodo de cotización dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante < apartado b) art. 138.2 LGSS >.

No obstante, el apartado 3 del artículo 138 LGSS permite que puedan causarse las prestaciones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de contingencias comunes aunque el interesado no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta. En tales supuestos el periodo mínimo de cotización será, en todo caso, de quince años, distribuidos según el último inciso del apartado 2.b) del artículo 138 LGSS , es decir, que la quinta parte de dicho periodo de cotización ha de encontrarse dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Como puede apreciarse, el requisito del alta o situación asimilada a la de alta está intrínsecamente relacionado con la fecha del hecho causante, por lo que consideramos necesario analizar en primer lugar esta última cuestión, dada la situación de desprotección no justificada en la que corre peligro de situarse a la actora, siguiendo así la jurisprudencia humanizadora a la que seguidamente se hará referencia.

En principio, según el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio , sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, las fechas constitutivas del hecho causante en la pensión de incapacidad permanente, son la del dictamen propuesta o, en su caso, la extintiva de la incapacidad temporal. No obstante, la aparición de supuestos particulares, han llevado a los Tribunales a establecer fechas del hecho causante distintas a las fijadas con carácter general.

El Tribunal Supremo analizando generalmente supuestos referidos directamente al requisito del alta o situación asimilada, examina el hecho causante como cuestión previa a aquella, aplicando una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, mediante la introducción de excepciones a la aplicación de la regla general, consistentes en situar la fecha del hecho causante en el momento que las lesiones hayan sido objetivadas con anterioridad y sean precisamente las que constituyan la incapacidad declarada, acreditadas mediante informes médicos de los distintos servicios públicos de salud. Así, el Alto Tribunal distingue el concepto material del hecho causante frente al concepto formal (dictamen EVI), considerando que aquél se sitúa en el momento en que el efecto invalidante de las lesiones quedó objetivado como permanentes, pues la expresión legal "hecho causante" parece referirse, más que a su efecto, a su causa, esto es, al suceso (accidente o enfermedad) del que en definitiva deriva la invalidez (STS 9 diciembre 1999 -RJ 1999\9720- y las que en ella se citan, entre las que cabe reseñar la STS de 26 enero 1998 (RJ 1998\1056), por venir referida a un supuesto de incapacidad permanente y ser precisamente sobre la que la Magistrada de Instancia fundamenta el fallo de la resolución recurrida).

CUARTO .- En el presente supuesto, según se desprende de los hechos probados, la actora nació el día NUM000 de 1970; consta dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 2 de agosto de 1993 hasta el 31 de agosto de 2012, es decir tiene 19 años cotizados; el día 6 de octubre de 2014 se inscribe como desempleada en la oficina de empleo; al día siguiente solicita declaración de incapacidad permanente, que le fue denegada por Resolución de 31 de octubre de 2014 con apoyo en el Dictamen Propuesta de 30 de octubre de 2014, por no reunir el periodo de carencia a que se refiere el artículo 138.3 LGSS al proceder de una situación de no alta o asimilada a la de alta.

Pues bien, trasladando al presente supuesto lo expuesto más atrás, entiende la Sala que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el apartado b) del artículo 138.2 LGSS en relación con la jurisprudencia humanizadora reseñada, porque una vez constatado que las dolencias o patologías verificadas en el expediente administrativo correspondiente, según se consigna en el ordinal segundo de la resolución recurrida ("1.- Escoliosis lumbar con severos cambios degenerativos. 2.- Discopatias degenerativas C3 a C7. 3.- Discopatias C3-C4 a nivel T3-T4 y T6-T7 con impronta de saco tecal y medula a nivel postero-lateral derecho. Actitud en flexo usa 2 bastones"), ya habían sido detectadas por un TAC lumbar realizado con fecha 1 marzo 2011, el cual reveló "escoliosis de convexidad izqda. Observándose alteraciones degenerativas en los interespacios L.IV, V con estenosis foraminales a distintos niveles sin repercusión sobre el calibre del canal y visualizándose espondilólisis en el interespacio L.IV-V. RM lumbar 07.04.2011: HDI L II, III, IV, V"; y resultando que en dicha fecha (1 marzo 2011) la actora se encontraba en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, es correcto concluir que cumplía el requisito del alta en la fecha del hecho causante; de manera que, cumpliendo también el de la carencia, por cuanto atendiendo a su edad (mayor de treinta y un años), acredita más de una cuarta parte del tiempo comprendido desde la fecha que cumplió 20 años (NUM000 .1990) a la fecha del hecho causante (1.3.2011), así como el mínimo de cinco años, encontrándose también una quinta parte dentro de los diez últimos años inmediatamente anteriores al hecho causante, a juicio de la Sala la actora reúne los requisitos exigidos por el apartado b) del artículo 138.2 LGSS para acceder a la pensión de incapacidad permanente absoluta.

Por todo lo expuesto, partiendo de una situación de alta en la Seguridad Social, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el apartado b) del artículo 138.2 LGSS legal, por todas las razones expuestas; lo que significa que no ha infringido dicho precepto, ni tampoco el artículo 138.3 del mismo texto legal , ni la jurisprudencia que los interpreta, especialmente la denominada "humanizadora", y en fin tampoco ha vulnerado el artículo 125 de la citada Ley , pues, partiendo de una situación de alta resulta intrascendente la regulación legal de las situaciones asimiladas a la de alta; de manera que, no habiéndose desvirtuado la fundamentación jurídica por la que la sentencia recurrida considera a la actora en situación de alta al momento del hecho causante de la prestación, sino tampoco el cumplimiento del periodo de carencia ni la limitación de la capacidad laboral que le producen las patologías que sufre la actora, procede la desestimación de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, y con ello, del recurso mismo, y en consecuencia la confirmación de la sentencia recurrida.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por la ADMINISTRACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ciudad Real , en autos 178/15 sobre incapacidad permanente, siendo parte recurrida Dª. Fidela , debemos **confirmar y confirmamos** la citada resolución. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA,** que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La **consignación del importe de la condena,** cuando proceda, deberá acreditarse por la parte 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 **Cuenta Corriente número *ES55 0049 3569 9200 0500 1274*** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) *Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso* y, si es posible, el *NIF/CIF* ; 2) Beneficiario: *SALA DE LO SOCIAL* ; y**

3) Concepto (la cuenta del expediente): ***0044 0000 66 0058 17*** **;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €),** conforme al artículo 229 de la citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ