



Roj: **STSJ NA 706/2017 - ECLI:ES:TSJNA:2017:706**

Id Cendoj: **31201340012017100375**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **413/2017**

Nº de Resolución: **447/2017**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MIGUEL AZAGRA SOLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup> CARMEN ARNEDE DIEZ**

**PRESIDENTA EN FUNCIONES**

**ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

**ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO**

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a VEINTIUNO DE DICIEMBRE de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA Nº 447/2017**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON PEDRO MARIA GARCIA SOLA, en nombre y representación de DON Leon , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Pamplona/Iruña sobre JUBILACION, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON MIGUEL AZAGRA SOLANO, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Ante el Juzgado de lo Social nº UNO de los de Navarra, se presentó demanda por DON Leon , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se le declare el derecho a la Jubilación Anticipada (63 años), condenando a las entidades demandadas al abono de la reglamentaria prestación económica en catorce pagas al año sobre la base reguladora reconocida, con los incrementos y revalorizaciones de legal aplicación.

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por la Letrada de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO:** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda sobre reconocimiento de la pensión de jubilación deducida por Don Leon frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a dichas entidades gestoras demandadas de las pretensiones frente a ellas deducidas, confirmando la resolución administrativa impugnada."

**CUARTO :** En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- El actor Don Leon nacido el NUM000 de 1953 se encuentra afiliado a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el nº NUM001 .- SEGUNDO.- En fecha 29 de marzo de 2016 el actor solicitó acceder a la pensión por jubilación (Documento que obra en autos al folio 15).- TERCERO.- Mediante Resolución de fecha de 30



de septiembre de 2016, fecha de salida 3.10.2016, el INSS deniega la prestación de jubilación *por no tener cumplidos sesenta y cinco años de edad en la fecha del hecho causante de la pensión,(..) y al no existir posibilidad de acceder a la pensión de jubilación anticipada con 63 años de edad, al no estar en situación de alta o asimilada.* (Documento al folio 27 de autos).- CUARTO.- Presentada reclamación previa por el actor (folio 31), la misma fue desestimada por resolución de fecha de salida 16.1.2017, (folio 41).- QUINTO.- El actor causó baja en el Régimen de Autónomos en fecha 31.7.2013 (hecho no discutido y documento al folio 39).- En fecha 1.3.2016 causa nuevamente alta en dicho Régimen (folio 22), alta que ha sido anulada por los motivos que obran en el informe al folio 25 de autos.- SEXTO.- El actor ha estado inscrito como demandante de empleo, con breves intervalos de interrupción, desde el 1.8.2013 hasta el 2 de marzo de 2016. Obra en autos al folio 59 el certificado y se da por reproducido.- SÉPTIMO.- El actor ha permanecido en situación de alta un total de 44 años, 2 meses y 26 días (Folio 35 y 37 de autos).- OCTAVO.- Para el supuesto de estimación de la demanda la base reguladora mensual asciende a 1.109,52 euros, el porcentaje de aplicación 86% y la fecha de efectos el 1 de abril de 2016, habiendo manifestado el actor su expresa conformidad con los términos indicados por el INSS."

**QUINTO:** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consigna un único motivo al amparo del artículo 193.c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción del artículo 29 del Decreto 2.530/1970, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como el artículo 69 de la OM de 24 de septiembre de 1970, en relación con el artículo 36.1 y 15 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se regula la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores, y el 208 del TRLGSS, así como la jurisprudencia de la Sala IV.

**SEXTO:** Evacuado traslado del recurso fue impugnado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social desestima la demanda interpuesta por D. Leon contra el INSS y la TGSS, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

En la demanda que principia las presentes actuaciones, el demandante había solicitado el dictado de una resolución en la cual se declarara su derecho a jubilarse anticipadamente y a percibir la prestación correspondiente a tal pronunciamiento.

La decisión adoptada en la instancia rechaza la petición sobre la base de considerar que el Sr. Leon, pese a tener cumplida la edad que le permite el acceso a la prestación solicitada, y pese a tener cubierto -sobradamente- el periodo de cotización legalmente establecido, no se encuentra en situación de alta o asimilada al alta en el momento de producirse el hecho causante.

Así, la resolución controvertida establece que no puede considerarse al demandante en situación asimilada al alta porque, para apreciar la concurrencia de esa situación en trabajadores autónomos, hay que acudir al artículo 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, en donde se dice que *"los trabajadores que causen baja en este Régimen Especial quedarán en situación asimilada a la de alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora"*.

Esa misma previsión se recoge en el artículo 36.15 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, en donde se regula la inscripción de empresas y la afiliación, altas, bajas y variaciones de trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social.

En el parecer de la sentencia recurrida, y aplicando estos preceptos, el demandante no cumple con el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta pues, aunque causó baja en el Régimen de Autónomos el 31/07/2013; se inscribió como demandante de empleo al día siguiente 01/08/2013; y se mantuvo en esa situación hasta el 02/03/2016, solicitó el acceso a la pensión de jubilación el 29/03/2016, esto es, transcurridos más de 90 días naturales entre el último día del mes de la baja en el RETA y la solicitud.

En definitiva, el sustento esencial de la sentencia del Juzgado para rechazar la pretensión, se sitúa en el hecho de sostener que la situación de asimilación a la de alta no puede prolongarse más de los 90 días a los que se refiere el precepto antes transcrito, y ello con independencia de que el actor haya mantenido su inscripción como demandante de empleo durante un periodo de tiempo más amplio, y hasta prácticamente la fecha de solicitar el reconocimiento de la prestación.



Pues bien, el pronunciamiento judicial al que nos venimos refiriendo no se comparte por la representación letrada de D. Leon y, por tal razón, recurre en suplicación a través del planteamiento de un único motivo mediante el cual cuestiona la aplicación que del derecho hace la resolución de la que se discrepa.

**SEGUNDO:** El recurrente considera que la sentencia recurrida infringe el artículo 29 del Decreto 2.530/1970, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como el artículo 69 de la OM de 24 de septiembre de 1970, en relación con el artículo 36.1 y 15 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se regula la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores, y el 208 del TRLGSS, así como la jurisprudencia de la Sala IV que se cita en el recurso.

En síntesis resumida, en el recurso se sostiene que el actor cumple con todos los requisitos legales para el acceso a la jubilación anticipada solicitada en el mes de marzo de 2016, pues cumplió 63 años el NUM000 /2016; ha cotizado a la Seguridad Social durante más de 44 años; y se encontraba en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante ya que se inscribió como demandante de empleo desde el día siguiente a su baja en el RETA, y ha permanecido de forma prácticamente ininterrumpida en tal inscripción hasta el mes de marzo de 2016.

Para dar respuesta a la cuestión planteada debemos efectuar las siguientes consideraciones:

1ª.- Ninguno de los litigantes discute que el demandante tenga cumplida la edad que, conforme al artículo 208 TRLGSS, posibilita el acceso a la jubilación anticipada. Así, es un hecho indiscutido que desde el NUM000 /2016 tiene 63 años, y cumple por tanto con el requisito de edad exigible.

2ª.- Tampoco discute nadie que el Sr. Leon haya cotizado a la Seguridad Social (en distintos regímenes) durante más de 44 años. Así se recoge en el hecho probado sétimo de la sentencia recurrida, con lo que la exigencia legal de cotización también se cumple.

3ª.- No existe tampoco discusión respecto al hecho de que el actor causara baja en el RETA el 31/07/2013; ni de que la causa para tal decisión fuera la establecida en el escrito de demanda, esto es, el cese de la actividad y el cierre del establecimiento, sin que el mismo sea debido a causa alguna imputable al demandante, sino a la falta de viabilidad y rentabilidad del negocio que regentaba.

Ni en la resolución administrativa de 30/09/2016, ni en la que se desestima la reclamación previa del actor (16/01/2017), se cuestiona esta circunstancia, o se menciona siquiera la misma como sustento o base de las resoluciones.

4ª.- Tampoco es objeto de discusión que el demandante haya estado inscrito como demandante de empleo desde el 01/08/2013 hasta el 02/03/2016; ni que tal inscripción solo se haya visto interrumpida por espacios muy breves de tiempo que tienen su reflejo en el documento obrante al folio 59 de las actuaciones, y que el incombustible hecho probado sexto da por reproducido.

De esta manera, nadie cuestiona el carácter permanente de la inscripción del Sr. Leon como demandante de empleo, sin que a ello puedan oponerse las interrupciones de escasa entidad temporal que se reflejan en el certificado del folio 59, que, a demás de no ser suficientes para considerarlas significativas ( SSTS 16/12/1999 (rec. 1789/1999 ), 25/07/2000 (rec. 2808/1999 )), no fueron causa para el dictado de las resoluciones administrativas impugnadas.

Así pues, la única controversia se centra en determinar si la inscripción del actor como demandante de empleo durante el tiempo al que antes nos hemos referido, debe considerarse -a los efectos pretendidos-, como un supuesto de situación asimilada al alta.

Pues bien, como ha venido a establecer el *TS en sentencia de 9 de diciembre de 1999*, "ha de considerarse que se encuentra en situación asimilada al alta, el trabajador que causa baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos e inmediatamente se inscribe como demandante de empleo, manifestando de esta forma su inequívoca voluntad de permanecer dentro del mercado de trabajo, por más que esta situación de paro involuntario no sea subsiguiente al agotamiento de prestaciones de desempleo, que no tendría derecho a percibir por no estar contemplada esta prestación en dicho régimen especial de Seguridad Social".

De esta manera, el hecho de que el actor se inscribiera como demandante de empleo inmediatamente después de que se diera de baja en el RETA, cuando además esta fue debida a la falta de viabilidad económica de su negocio, debe considerarse una situación equivalente a la del paro involuntario, y por ende de acuerdo el *artículo 36.1.1 y 15 del RD 84/1996*, una situación asimilada al alta, en tanto que permaneció vinculado al sistema como demandante de empleo, y de forma interrumpida, desde el 01/08/2013 hasta la fecha del hecho causante.



Estas conclusiones, lejos de revestir caracteres de gratuidad, son consecuencia de los siguientes razonamientos: reiterada jurisprudencia ha flexibilizado el requisito del alta o situación asimilada al alta fundándose en el carácter tuitivo de la legislación social, llegando a valorar como situación asimilada al alta la de los trabajadores en paro involuntario que subsiste después de agotadas las prestaciones por desempleo, pero siempre que estén inscritos en demanda de empleo aunque esta no sea de forma continuada.

Así, doctrina unificada por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 23 de febrero de 1999, dedujo, entre otras, la conclusión de que la relación legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustiva, debiendo considerarse integrada por las situaciones que se determinen reglamentariamente para los distintos sectores de la acción protectora.

De acuerdo con el canon de la interpretación finalista, es la carencia de protección lo verdaderamente relevante a efectos de la asimilación al alta prevista en las disposiciones de aplicación. Esta interpretación flexible del requisito de alta para quienes han estado asegurados con regularidad a lo largo de toda una vida de trabajo ha sido también la seguida por la Sala de lo Social del TS en la Sentencia de 24 de mayo de 1980, aduciendo que otra interpretación, impidiendo la recuperación de la situación asimilada al alta a los que han causado baja en el RETA, llevaría a un resultado manifiestamente contrario a equidad. En definitiva, lo relevante es la constatación de la búsqueda activa de empleo y el cumplimiento diligente del deber constitucional de trabajar (canon de la interpretación más conforme a la Constitución -artículo 35.1).

De esta forma, la consideración del paro involuntario como situación asimilada al alta si aquella situación subsiste después de agotadas las prestaciones por desempleo, y aparecen inscritos como demandantes de empleo, permite su aplicación a supuestos como el enjuiciado, asegurados en el RETA, que carecen del derecho a las prestaciones por desempleo antes mencionadas.

A este respecto, la jurisprudencia de la Sala IV del TS permite corroborar que, en situaciones como la enjuiciada, la inscripción mantenida como demandante de empleo en la oficina de empleo correspondiente debe ser considerada situación asimilada al alta.

En relación a supuestos similares al actual, en los que se pretendía el reconocimiento de pensión de viudedad, la Sala IV del TS, en sentencia de 30/01/2007 (rcud. 1574/2005) ha reiterado la doctrina establecida en sentencias de 23 de febrero de 1999 y 23 de noviembre de 2000, declarando:

- 1) la relación legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustiva, debiendo considerarse integrada por las situaciones que se determinen reglamentariamente para los distintos sectores de la acción protectora.
- 2) según la normativa específica del RETA se considera en situación asimilada al alta "a los trabajadores que causen baja en este Régimen especial...durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora" ( art. 29.1 del Decreto 2530/1970 ).
- 3) las prestaciones por muerte y supervivencia en el RETA han de ser reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General ( disposición adicional 13 del RD 9/1991 ).
- 4) el paro involuntario que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo es situación asimilada al alta en el Régimen General y también, por obra de la remisión señalada en el punto anterior, en el Régimen de Autónomos (art. 2.4 de la OM de 13 de febrero de 1967).

La interpretación conjunta de los preceptos anteriores, sigue diciendo la Sala IV, conduce necesariamente al resultado de que los causantes de la situación de viudedad se encuentran en situación asimilada al alta en supuestos como los de las sentencias comparadas. Existió expresamente tal situación de asimilación al alta durante los primeros tres meses desde el siguiente al que se produjo la respectiva baja en el RETA, plazo en el cual se produjo su comparecencia como demandantes de empleo por cuenta ajena en el mercado de trabajo. Esta presencia en el mercado de trabajo como demandantes de empleo les reportó, entre otros posibles beneficios, la consideración de parados involuntarios a los efectos del requisito de situación asimilada al alta, consideración que les corresponde también según la disposición adicional 13ª del RD 91/1991 en relación con el art. 2.4. de la OM de 13 de febrero de 1967.

El hecho de que este último precepto exija que el paro involuntario asimilado a la situación de alta sea aquél que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo no debe ser obstáculo para que se aprecie tal asimilación respecto de los asegurados en el RETA, que carecen del derecho a las mismas.

De acuerdo con el canon de la interpretación finalista, es tal carencia de protección, y no el origen de la misma por agotamiento del período de protección, lo verdaderamente relevante a efectos de la asimilación al alta prevista en la citada disposición reglamentaria, puesto que durante la situación de desempleo subsidiado la asimilación al alta se produce por ministerio de la ley. Esta interpretación flexible del requisito de alta para





quienes han estado asegurados con regularidad a lo largo de toda una vida de trabajo ha sido también la seguida por esta Sala de lo Social del TS en la sentencia de 24 de mayo de 1.980 .

De interpretarse de otra manera el precepto, impidiendo la recuperación de la situación asimilada al alta a los que han causado baja en el RETA, se llegaría a un resultado manifiestamente contrario a equidad, y netamente perjudicial desde el punto de vista económico. Un trabajador por cuenta ajena que decidiera una experiencia de autoempleo o trabajo por cuenta propia podría perjudicar gravemente sus derechos de protección futuros o los de su familia por el mero hecho de ingresar en un Régimen de Seguridad Social en el que no está prevista la protección del desempleo, y en el que no es materialmente posible por tanto el agotamiento de las prestaciones correspondientes. La búsqueda activa de empleo y el cumplimiento diligente del deber constitucional de trabajar art. 35.1. CE), bien por cuenta propia bien por cuenta ajena, quedarían así severamente desfavorecidos, consecuencia que debe descartarse también con el canon de la interpretación más conforme a la Constitución.

Estos criterios son perfectamente aplicables al supuesto de autos, sin que pueda existir diferencia esencial por el hecho que la prestación aquí solicitada sea la de jubilación, en la que el actor se inscribió como demandante de empleo el 01/08/2013, al día siguiente a su cese en el RETA, situación en la que permaneció hasta el mes de marzo de 2016, en que solicitó el reconocimiento de derecho a percibir pensión de jubilación anticipada, sin que conste hubiera rechazado en el intervalo oferta de empleo, manifestando de esta forma su inequívoca voluntad de permanecer dentro del mercado de trabajo, aun cuando su situación de paro no sea subsiguiente al agotamiento de prestaciones de desempleo, que evidentemente no tenía derecho a percibir por no estar contemplada dicha prestación en aquel Régimen Especial.

Es cierto que la doctrina antes transcrita afecta de forma directa a prestaciones diferentes a la ahora discutida, sin embargo no lo es menos que el problema jurídico es el mismo, planteándose la cuestión en términos similares, es decir, si la inscripción como demandante de empleo tras la baja en el RETA es o no una situación asimilada a la de alta.

La respuesta que debe darse en los casos de solicitud de una pensión de jubilación anticipada, como la presente, no debe diferir de la adoptada para los casos de pensiones de viudedad, orfandad, auxilio por defunción..., puesto que el periodo de los 90 días naturales al que se refiere la norma que se dice infringida, es una especialidad del RETA compatible con la posterior y continuada permanencia como demandante de empleo. No admitir esta situación como asimilada al alta en supuestos de jubilación anticipada y hacerlo en otras prestaciones como la de viudedad, no es admisible y por ello, la doctrina antes expuesta es perfectamente aplicable al caso enjuiciado.

De esta forma, el demandante acredita la edad necesaria para acceder a la pensión solicitada, acredita igualmente una prolongada vida laboral con cotizaciones que superan los 44 años de alta y cotización en el sistema; causa baja en el RETA por la falta de viabilidad de su negocio siendo su paro involuntario; y al día siguiente a la baja, al no tener derecho a desempleo, se inscribió como demandante de empleo, debiendo entender que su situación es asimilada a la de alta, con lo que procede estimar su pretensión revocando en ese sentido la sentencia recurrida, sin expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Leon frente a la sentencia nº 246/2017 dictada el 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Navarra en los autos 130/2017 seguidos a instancias del recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de JUBILACIÓN ANTICIPADA y, revocando la sentencia recurrida, estimamos la demanda interpuesta por el Sr. Leon declarando el derecho del demandante a la Jubilación Anticipada solicitada con derecho al percibo de prestaciones correspondientes que deberán calcularse conforme a una base reguladora de 1.109,52 € en un porcentaje del 86% y con efectos del 1 de abril de 2016, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por este pronunciamiento y al abono de la pensión mencionada, sin expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen, debiendo la Entidad Gestora, si recurre, acreditar que comienza el pago de la prestación y que la proseguirá mientras dure la tramitación del recurso.



Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ