

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 942/2016, de 10 de noviembre de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 901/2015

**SUMARIO:**

**Prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Incapacidad permanente absoluta. Requisito de estar en situación de alta a o alta asimilada.** Lo acredita quien tiene reconocida una pensión de incapacidad no contributiva, razón por la que no le es exigible un periodo mínimo de cotización de 15 años, aunque sí el resto de requisitos legales. Ello se debe a que la propia concesión de una incapacidad de tal clase (la no contributiva) autoriza, por sí misma y sin más exigencias, a tener por plenamente acreditada la situación de grave enfermedad, su condición incapacitante y el justificado apartamiento del mundo del trabajo del que la percibe, con la consiguiente imposibilidad de cotizar. La concurrencia de tales circunstancias permite extender a los pensionistas de incapacidad no contributiva la doctrina de asimilación al alta que se ha aplicado a otras situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 138.2.

**PONENTE:**

*Don José Manuel López García de la Serrana.*

Magistrados:

Don FERNANDO SALINAS MOLINA  
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ  
Don JESUS SOUTO PRIETO  
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA  
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA

**SENTENCIA**

En Madrid, a 10 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Pedro Miguel representado y asistido por el letrado D. Juan Carlos Peralta Calvo contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en recurso de suplicación n.º 562/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona, en autos núm. 561/2013, seguidos a instancias de D. Pedro Miguel contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre Incapacidad. Ha comparecido como parte recurrida el INSS representado por el letrado D. Andrés Ramón Trillo García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 24 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1.º- El demandante Pedro Miguel, nacido el NUM000 de 1973, se encuentra afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM001 .

2.º- Iniciado expediente de invalidez, el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de 21/11/2012 determinó el siguiente cuadro residual: "Miopía magna desde niño; retraso mental leve; intervenido de glaucoma y catarata de ojo derecho en marzo de 2011; desprendimiento de retina en ojo derecho, intervenido dos veces. Agudeza visual 0,32 cc y campo visual menor de 10.º central en ojo izquierdo, en derecho movimiento de manos". Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: "Ceguera visual casi total ojo derecho y disminución moderada visión ojo izquierdo a 0,3 c con disminución campo visual a menos de 10.º. Disminución de la capacidad cognitiva". Dicho dictamen propuso al INSS la calificación del trabajador referido como incapacitado permanente absoluto. La Dirección Provincial del INSS mediante Resolución de 23 de noviembre de 2012 denegó al demandante cualquier grado de invalidez permanente por no haber acreditado el periodo de cotización exigido en el artículo 138 de la Ley General de Seguridad Social (5.475 días), teniendo cotizados un total de 3.995 días (3.389 días de cotización real y 606 días asimilados).

3.º- El actor interpuso la correspondiente reclamación previa el día 26 de diciembre de 2012 que fue desestimada por resolución de fecha de salida 19 de abril de 2013.

4.º- El demandante tiene reconocido un grado de discapacidad del 79% por Resolución de la Agencia Navarra para la dependencia de 19 de junio de 2012 (folio 67). Además, por Orden Foral 469/2012, de 6 de septiembre, del Consejero de Políticas Sociales, se fijó su derecho a percibir una prestación no contributiva de invalidez con fecha de efectos 1 de mayo de 2.012 (folio 83).

5.º- Obra en autos el informe de vida laboral del demandante, a los folios 89 y siguientes. SEXTO- La base reguladora asciende a la suma de 685,89 euros mensuales (folio 143).».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda interpuesta por Pedro Miguel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo al INSS de los pedimentos en su contra formulados.».

## **Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Pedro Miguel ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación letrada de D. Pedro Miguel frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Navarra, en el Procedimiento n.º 561/2013, seguido a instancia de DON Pedro Miguel contra INSS sobre INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA confirmando la sentencia recurrida.».

## **Tercero.**

Por la representación de D. Pedro Miguel se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 6 de marzo de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 21 de enero de 2010 .

## **Cuarto.**

Con fecha 22 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

## **Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

La cuestión planteada en el presente recurso de casación consiste en determinar si el recurrente reúne la carencia genérica necesaria para causar la pensión por la situación de incapacidad permanente absoluta en la que se encuentra. Más concretamente se plantea, si el actor, nacido el NUM000 de 1973 que padece retraso mental y pérdida casi total de la vista, motivo por el que le fue reconocido un grado de discapacidad del 79% y una pensión de invalidez no contributiva en mayo de 2012, debe ser considerado a estos efectos en situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, lo que supondría exigirle un periodo de carencia calculado con arreglo al artículo 138-2-b) de la LGSS que si reuniría, mientras que no acredita, cual le requiere la Entidad Gestora, el periodo de carencia exigible, según el número 3 del citado artículo, de quince años de cotización a quienes acceden a la situación de invalidez permanente sin encontrarse en situación de alta o asimilada, razón por la que se le denegó la prestación por la resolución administrativa que ratificó la sentencia de instancia y confirma la sentencia hoy recurrida. Por tanto, el problema se reduce a determinar si se encontraba en situación asimilada al alta cuando pidió la prestación de incapacidad permanente absoluta que no se le ha reconocido por no tener carencia suficiente para causarla.

Como sentencia de contraste, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al artículo 219 de la LRJS, se trae la dictada por el TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, el 21 de enero de 2010 (RS 585/2009). Se trataba en ella de un trabajador al que no se le había reconocido la prestación por incapacidad permanente por no tener cotizados quince años, pero que había permanecido inscrito como demandante de empleo desde que fue baja en el sistema, durante los periodos que certificaba el Servicio Andaluz de Empleo.

Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el citado art. 219 de la LJS, por cuanto en supuestos fácticos y jurídicos semejantes han resuelto de forma diferente la misma cuestión: si a quien se encuentra en situación asimilada al alta se le aplica o no el artículo 138-2-b) de la LGSS. el hecho de que en un caso se trate del perceptor de una pensión no contributiva y en el otro de un trabajador inscrito como demandante de empleo no desvirtúa lo dicho porque lo controvertido no es la situación de asimilación al alta, dado su origen, sino si a quien se encuentra en situación asimilada al alta se le aplica el art. 138-2-b) de la citada Ley o el apartado 3 del mismo artículo. Además, existiría contradicción "a fortiori" porque si a quien no percibía prestación no contributiva por desempleo y, simplemente, estaba inscrito como demandante de empleo se le consideró en situación asimilada al alta por no haber abandonado el sistema, lo que le permitió acceder a la pensión contributiva, con mayor motivo debería ser considerado en situación asimilada al alta quien seguía en el sistema y percibía de él una pensión no contributiva.

Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver la contradicción existente.

### Segundo.

El recurrente alega la infracción del artículo 138-2 de la LGSS por entender que por estar en situación asimilada al alta, al ser perceptor de una prestación no contributiva, se le ha debido exigir el periodo de carencia requerido a quienes se encuentran en situación de alta o asimilada.

El recurso debe prosperar porque la cuestión planteada ha sido ya resuelta en varias sentencias de esta Sala, como las de 22 de enero de 2013 (R. 1008/2012), 5 de mayo de 2014 (R. 2678/2013) y demás que en ellas se citan, en favor de las tesis que sustenta la sentencia de contraste, habiéndose señalado que quienes son perceptores de prestaciones no contributivas se encuentran en situación asimilada al alta a efectos de reunir el requisito de estar en situación asimilada para causar las pensiones de invalidez permanente, de jubilación y de muerte y supervivencia, resoluciones en las que ello se ha fundado, cual se resume en la primera de las sentencias citadas, dictada en un supuesto idéntico al de autos, en que «Ello se debe a que la propia concesión de una invalidez de tal clase [la no contributiva] autoriza, por sí misma y sin mas exigencias, a tener por plenamente acreditada la situación de grave enfermedad, su condición incapacitante y el justificado apartamiento del mundo del trabajo del que la percibe, con la consiguiente imposibilidad de cotizar. Y la concurrencia de tales circunstancias permiten extender a los pensionistas de invalidez no contributiva la doctrina de asimilación al alta que esta Sala ha aplicado a otras situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante (cfr, a título de ejemplo, las sentencias de 29-5-92 (rec. 1996/91) de Sala General, 1-7-93 (rec. 1679/92), 1-10-02 (rec. 4436/99), 25-10-02 (1/02) y 12-7-04 (rec. 4636/03) para la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo; las de 10-

12-1993 (rec. 1091/92), 24-10-1994, (rec. 3676/93) y 7-2-00, (rec. 109/99) para la antigua invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; las de 12-11-96 (rec. 232/96) 19-7-01 (rec. 4384/00) y 26-12-01 (rec. 1816/01) respecto de los periodos de internamiento en establecimiento penitenciario; y las de 28-1-98 (rec. 1385/97) y 17-9-04 (rec. 4551/03), para los casos de existencia probada de una grave enfermedad "que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta".»

«En todo caso, no sería lógico hacer de peor condición, a estos efectos, a los inválidos no contributivos que a quienes perciben auxilios económicos de asistencia social de carácter periódico ( art. 22 del Decreto 1.646/1972 de 23 de junio ), que el art. 9 de la Orden de 31 de julio de 1.972 considera sin mas requisitos, pese a tratarse de un supuesto de menor entidad a la de aquellos, "en situación asimilada al alta a efectos de que puedan causar las prestaciones de invalidez, jubilación, muerte y supervivencia".».

«Finalmente, parece oportuno señalar que en los casos de invalidez no contributiva nuestra doctrina tampoco exige que se acredite que el perceptor de una pensión de tal clase deba permanecer luego inscrito como demandante de empleo para considerarle en situación asimilada al alta a los efectos que aquí se cuestionan. Si nuestras sentencias de 28-10-98 (rec. 584/98 ), 9-12-99 (rec.108/99 ) y 2-10-01 (rec. 9/01 ), --desestimatorias de recursos planteados por la Entidad Gestora-- aluden a esa inscripción, se debe a que en esos tres supuestos sí concurría esa circunstancia y sobre ella razonan a mayor abundamiento, pero sin exigirla como requisito que deba acompañar a la invalidez no contributiva para que pueda ser considerada como situación asimilada al alta».

### Tercero.

La aplicación de la reiterada doctrina antes reseñada al presente caso obliga, cual ha informado el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y de estimar la demanda, al no plantearse más cuestiones que la referida a la acreditación del periodo de carencia del art. 138-2 de la LGSS que el actor cubre, lo que obliga, conforme al dictamen del EVI, a declarar al recurrente en situación de incapacidad permanente absoluta con derecho a percibir, desde la fecha del dictamen del EVI, las prestaciones reglamentarias con arreglo al cien por 100 de la base reguladora que acredita en la declaración de hechos probados, más las oportunas revalorizaciones, con cargo al INSS. Sin costas.

### FALLO

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

1- Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la representación legal de D. Pedro Miguel contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en recurso de suplicación n.º 562/2014 y casamos y anulamos la sentencia recurrida con expresa revocación de la sentencia dictada en la instancia. 2- Estimar la demanda y declarar al recurrente en situación de incapacidad permanente absoluta con derecho a percibir, desde la fecha del dictamen del EVI, las prestaciones reglamentarias con arreglo al cien por 100 de la base reguladora que acredita en la declaración de hechos probados, más las oportunas revalorizaciones, con cargo al INSS. 3- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.