

Roj: **STS 1849/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:1849**Id Cendoj: **28079140012008100157**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2008**Nº de Recurso: **480/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 14107/2006,**
STS 1849/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 4622/06, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona, de fecha 27 de febrero de 2006, recaída en los autos nº 653/05, seguidos a instancia de D. Hugo contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre INVALIDEZ.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2006, el Juzgado de lo Social nº 16 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por D. Hugo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del actor a compatibilizar el percibo de la pensión por **incapacidad permanente** en el grado de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena que está realizando condenando al I.N.S.S. a estar y pasar por tal declaración y a reaudar el abono de la pensión en las condiciones en que la venía percibiendo, con las mejoras y revalorizaciones legales, y ello con efectos desde 1.6.2005".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- D. Hugo , nacido el 31.5.53 y con D.N.I. nº NUM000 , fue declarado en situación de **incapacidad permanente** en grado de gran invalidez por enfermedad común por resolución de 13.2.74. Su profesión habitual era ayudante cocinero. 2º.- Las lesiones que dieron lugar a dicha declaración fueron: "Paraplejia por luxación y fracturas de vértebras D9 y D10". 3º.- Iniciado por la Entidad Gestora expediente revisión por reaudación de actividad, fue reconocido médicamente por la UVAMI determinándose las siguientes lesiones: "Paraplejia -S. medular completa por debajo del décimo segmento neurológico dorsal-secundaria a fractura de D9 y D10 que sufrió en 1972". En su base el I.N. S.S. dictó resolución el 1.6.2005 declarando no haber lugar a revisar el grado de **incapacidad** concedido porque las secuelas siguen constituyendo el grado de **incapacidad** en su día reconocido y suspender temporalmente el percibo de la pensión desde la fecha de la resolución, sin afectar la misma al incremento de gran inválido. Formulada reclamación previa, fue desestimada por resolución definitiva de fecha 10.08.2005 que agotó la vía administrativa. 4º.- Las lesiones que padece actualmente la parte actora son: "Paraplejia -S. medular completa por debajo del décimo segmento neurológico dorsal- secundaria a fractura de D9 y D10 que sufrió en 1972". 5º.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 34,08.-€ mensuales, siendo la fecha de efectos



de 1.6.2005, existiendo la conformidad de las partes. 6º.- El día 1.3.93, el actor comenzó a prestar servicios para la empresa Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus, con la categoría de oficial 2º especialista y a jornada completa. 7º.- En fecha 1.12.2004, la citada empresa fue subrogada por la Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, manteniéndose los mismos derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo. 8º.- El actor de la empresa subrogada, siguió teniendo la misma categoría profesional de oficial 2ª especialista, con jornada de 35 horas semanales, siendo sus funciones la realización de dibujos de planos en ordenador. 9º.- En fecha 27.4.93, el actor comunicó al INSS su alta laboral en la empresa Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus, dictándose resolución el 15.12.93 por la que se suspendía temporalmente el percibo de la pensión por reanudación de actividad, acordándose posteriormente su anulación abonando de nuevo la pensión al actor con los atrasos correspondientes. 10º.- En fecha 17.9.97, se le comunicó al actor que se iniciaba un expediente de revisión de su **incapacidad**, procediendo el INSS el 7.10.97 a la cancelación de dicho expediente, por no proceder su tramitación".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2006, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de fecha 27 de febrero de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de esta ciudad, en autos 653/2005, sobre invalidez en general, seguidos a instancia de Don Hugo, que confirmamos íntegramente".

CUARTO.- Por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito de 23 de febrero de 2007, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de mayo de 2003.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, y dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose para el día 23 de enero de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La resolución que es objeto del presente recurso para la unificación de doctrina [STSJ Cataluña 29/11/06-rec. 4622/06-] parte del siguiente relato de hechos: a) el actor, nacido en 1953 y de profesión habitual Ayudante de cocinero, fue declarado en situación de Gran Invalidez por resolución de 13/02/74, en causa a «paraplejía por luxación y fracturas de vértebras D9 y D10»; b) pese a tal cuadro, desde 01/03/93 viene prestando servicios a tiempo completo como Oficial 2ª Especialista, con jornada de 35 horas semanales y función consistente en realización de dibujos de planos en ordenador; c) en 27/04/03 comunicó al INSS su alta laboral y por dos veces la EG inició expediente de suspensión de la prestación, si bien la primera vez [año 1993] procedió a dejar sin efecto la resolución dictada y en la segunda [año 1997] canceló su tramitación; y d) finalmente, en proceso de expediente de revisión por reanudación de actividad, en 01/06/05, el INSS declaró que no había lugar a revisar el grado de **incapacidad** [al persistir las secuelas], pero sí que procedía la suspensión de la prestación, manteniendo el incremento correspondiente a la situación de GI.

2.- Formulada demanda, el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Barcelona [autos 653/05] dictó sentencia por la que declaró «el derecho del actor a compatibilizar el percibo de la pensión ... con el trabajo por cuenta ajena que está realizando». Decisión confirmada por la hoy recurrida, argumentando que «no existe razón para entender que lo que desde 1993 se ha considerado marginal, sin representar cambios, deje de serlo ahora, sin que por la Entidad Gestora se acredite lo contrario».

3.- En el recurso para la unificación de doctrina, el INSS denuncia la infracción del art. 141.2 LGSS y del art. 18.4 OM 18/01/96, tras haber señalado como decisión de contraste la STSJ Cataluña 06/05/03 [rec. 5990/02]. Resolución ésta cuyo sustrato fáctico es resumible en las siguientes referencias: a) el trabajador, nacido en 08/10/67, fue declarado en situación de Gran Invalidez por resolución de 07/12/90, por padecer lesión medular completa a nivel sensitivo motora, por luxación y aplastamiento de las vértebras D12-L1, con secuela de afectación de esfínteres y de marcha; b) tras solicitud del interesado relativa a la posibilidad de prestar servicios como Telefonista durante doce horas semanales, el INSS le comunicó en fecha 05/09/97 que podía realizar «cualquier actividad compatible con su estado físico», siempre que lo comunicase oficialmente



y se diese de alta en la Seguridad Social; c) desde el 29/09/97, el citado beneficiario inició la prestación de servicios como Telefonista, a tiempo completo y con retribución mensual de 173.998 pts.; y d) tras expediente tramitado de oficio, en 01/07/01 la EG resolvió declarar que la persistencia de la patología determinaba que no procediese revisar la GI por mejoría, pero sí suspender temporalmente el percibo de la pensión, persistiendo el abono del complemento.

SEGUNDO.- No compartimos el criterio de que en el supuesto de autos no media la exigible contradicción, tal como sostiene el Ministerio Fiscal en su estudiado informe, pues si bien es constante doctrina unificada que el art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCUD- -que medie oposición entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, así como que ello se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, también se insiste por este Tribunal en que el cumplimiento del requisito no impone la necesidad de identidad **absoluta** (entre las más recientes, SSTS 16/05/07 -rcud 2314/06-; 29/05/07 -rcud 1991/06-; 29/05/07 -rcud 5386/05-; 07/06/07 -rcud 589/06-; 14/06/07 -rcud 999/06-; 28/06/07 -rcud 1386/06-; 03/07/07 -rcud 4254/06-; y 05/07/07 -rcud 1432/06 -).

En el caso que examinamos, el contraste nos sitúa ante controversias en las que la igualdad supera el exigible juicio de sustancialidad, habida cuenta de que nos hallamos ante supuestos en que ambos trabajadores fueron declarados -a temprana edad, por más coincidencia- en situación de GI [primer dato decisivo] por similar patología vertebral [extremo -por cierto- intrascendente] y con el transcurrir del tiempo realizan una actividad por cuenta ajena a tiempo completo [segunda coincidencia sustancial], frente a la cual reacciona el INSS en ambos casos suspendiendo la prestación [tercer extremo relevante]. Coincidencia -algo más que básica- que en manera alguna empañan circunstancias accidentales, como pueden ser los previos expedientes -abortados- sobre suspensión de la pensión que se habían producido en el caso de autos; o que en la decisión referencial el trabajador hubiese solicitado -y obtenido- compatibilidad para un trabajo de 12 horas semanales [cuando en realidad la actividad laboral era a tiempo completo].

Y a la par se cumple también el requisito de diversidad en la solución judicial adoptada, al rechazar la sentencia recurrida el criterio administrativo de procedencia de suspensión de la pensión y -contrariamente- confirmar su validez la resolución de contraste.

TERCERO.- 1.- Partiendo de la base de que el art. 141.2 LGSS declara compatible la pensión de IPA-GI con determinadas actividades laborales [«Las pensiones vitalicias en caso de invalidez **absoluta** o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades ... compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión»], la cuestión radica en determinar cuáles son esos trabajos «compatibles» y no determinantes de revisión del grado de **incapacidad**. Y en la interpretación de tan críptico precepto [«elíptico», al decir de reconocida doctrina] y en la determinación de las actividades «compatibles», el razonamiento interpretativo se enfrenta a dos preceptos [arts. 135.5 y 141.2 LGSS] que literalmente se muestran de difícil conciliación. En efecto, si bien la categórica definición de la IPA [art. 135.5 LGSS/74], al ir referida a «toda profesión u oficio», determina que la actividad compatible con la pensión por fuerza hubiera de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que reste al beneficiario [tradicionalmente denominada «residual»] y que -por la propia definición de la IPA- no integre cualquier «profesión u oficio», muy contrariamente los amplios términos del art. 141.2 LGSS, invita a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo.

2.- Ha sido criterio tradicional de la Sala [salvo alguna excepción a la que nos referiremos más adelante], manifestado con anterioridad a la unificación de doctrina, el de que los trabajos «compatibles» resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución; es más, se argumenta que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las «actividades compatibles con el estado del inválido» a que alude el art. 141.2 LGSS bien pudieran identificarse con las que refiere el art. 7.6 LGSS [para excluirlas del campo de aplicación del RGSS] y que el precepto define como aquellas que «en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida». En esta línea se ha afirmado que la actividad compatible de que trata el art. 141.2 LGSS/94 no comprende «el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez» (SSTS 19/12/88; y 26/12/88), sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (SSTS 07/07/86; 19/12/88; y 26/12/88), pues «no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes» (STS 26/01/89). Y esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de IPA y GI por necesidad ha de ser de escasa significación, es una consecuencia -se dice- de que la interpretación del art. 141.2 LGSS ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y el concepto de IPA; en palabras de la STS 20/12/85 -reiteradas por la de 13/05/86 -,



«... el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la **incapacidad permanente absoluta** es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo».

3.- Pero la cuestión que se plantea no ofrece la misma claridad si se atiende al dato de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS [antes, art. 138.2 LGSS/74], 2 RD 1071/1984 [23/Mayo] y 18.4 OM 18/01/96 (en este sentido, las SSTs 06/10/87; 03/11/87; 23/11/87; 26/01/89; 26/01/89; y 20/02/89). Y también -con doctrina clásica de la Sala- si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal -no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación [legalmente definida como la que «inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio»], la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencian el propio art. 138.2 LGSS/74 (STS 06/03/89); y de que «... los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse ... de suerte que sólo cabe apreciarlo [el supuesto de IPA] cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral» (STS 12/02/79). En otras palabras, con la disposición del art. 141.2 LGSS [«las pensiones vitalicias ... no impedirán el ejercicio de aquellas actividades ... compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de revisión»], el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso concepto de la IPA que proporciona el reproducido art. 135.5 LGSS/74 y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación.

CUARTO.- 1.- Atendiendo las consideraciones primeramente referidas [las opuestas a la compatibilidad de que tratamos], la incompatibilidad con el trabajo en jornada ordinaria en situación de IPA y GI parece que pudiera derivarse ex definitione del propio concepto de la situación incapacitante; y que aceptar la solución contraria -compatibilidad de la pensión con el trabajo a tiempo completo- no sólo desvirtuaría las diferencias entre las situaciones de IPA y de IPT, sino que debiera imponerse -incluso- desde la perspectiva de la propia naturaleza de la pensión, que es sustitutoria de las rentas de trabajo, de manera que la existencia de éstas obstaría la situación de necesidad a que la prestación atiende.

2.- Pero aunque no es posible negar la validez de tales argumentaciones, lo cierto es que el criterio mayoritario de la Sala se inclina por atribuir mayor poder de convicción a otras consideraciones, aparte de la ya referida sobre las dificultades que entraña el juicio sobre la IP. Y en concreto:

a).- La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social [como más arriba hemos adelantado], pues ya la STS 02/03/79 había mantenido que «el trabajador en situación de **incapacidad permanente absoluta** para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969 , puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas"»; y la ya citada STS 06/03/89 considera inaplicable las limitaciones derivables del art. 138-2 LGSS/74 a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones].

b).- La literalidad del precepto -art. 141.2 LGSS/94 - apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión [«la pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles»], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex art. 35 ET , siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto , para la IPT.

c).- La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad -e ingresos- extramuros de la marginalidad].

d).- La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras [pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 122 LGSS], lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta -se dice- por la lógica del Sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a



una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo - psicofísico- por parte del inválido; y

e).- Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa -en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

3.- Es innegable que el planteamiento contrario [seguido por la Resolución de 2/Noviembre/92, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social] apunta ya en el art. 2 del RD 1071/1984 [23 /Mayo] y se evidencia aún más en la OMIL [OM 18/01/96], dictada para el desarrollo del RD 1300/95 [21/Julio], sobre **incapacidades** laborales del sistema de la Seguridad Social, en cuyo art. 18.4 se regula la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos de que el percceptor de IP ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, «en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla [prestación por **incapacidad permanente**], cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social ». Pero estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas «ultra vires» de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS [recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno] y -por lo mismo- ineficaces; lo que afirmamos sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión.

4.- Trasladada tal doctrina al caso que se debate, la conclusión que se impone -tras oír al Ministerio Fiscal- es que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida en la sentencia recurrida, al considerarse compatible con la pensión por Gran Invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral [en autos, Oficial Especialista]; por lo que hemos de rechazar el recurso planteado por el INSS y confirmar la decisión recurrida; sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas, conforme al art. 233.1 LPL .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en 29/Noviembre/2006 [rec. 4622/2006], que confirmó la sentencia que en 27/02/06 [autos 653/05] había pronunciado el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Barcelona , estimando la demanda presentada por Don Hugo .

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.