

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 174/2018 de 21
Feb. 2018, Rec. 1498/2016**

Ponente: Virolés Piñol, Rosa María.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1498/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 174/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos Jesús representado y asistido por el letrado D. Daniel Pintor Alba contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Valladolid, en recurso de suplicación nº 50/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de León , en autos nº 900/2014, seguidos a instancias de D. Carlos Jesús contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre incapacidad permanente absoluta en grado de gran invalidez.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado y asistido por el letrado de la Administración de la S.Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio de 2015, el Juzgado de lo Social nº 3 de León, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, DESESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DON Carlos Jesús, frente INSS y TGSS en reclamación sobre INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA EN GRADO DE INVALIDEZ, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas contra ellas en el presente proceso laboral.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO.- La parte actora, Don Carlos Jesús, nacido el NUM000 de 1951, afiliado y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con el número de S.S. NUM001, fue declarado afecto a una incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión por cuenta propia derivada de enfermedad común por Resolución del INSS de 1994. Posteriormente realizó trabajos como peón especialista de envasado y almacén de legumbres dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Iniciado expediente de revisión de oficio, se dictó Resolución por el INSS en fecha 16 de octubre de 2013, declarando que la parte actora estaba afecto a una incapacidad permanente absoluta con derecho al 100% de una base reguladora de 1.710,22 euros y fecha de efectos 23 de agosto de 2014, por presentar, según dictamen del EVI de fecha 22 de agosto de 2014, el siguiente juicio-diagnóstico: "IPT94: Cardiopatía reumática. Prótesis mitral normofuncionante. Fibrilación auricular. Glomus carotídeo. Anuloplastia (2003). Ictus isquémico de arteria cerebral media derecha. Dilatación auricular izquierda y trombo en orejuela (no evidenciable al alta)" y como limitaciones orgánicas o funcionales: "Hemiparexia izquierda de predominio braquial. Parálisis facial. Precisa ortesis de rodilla y tobillo Izquierdo. Deambulacion muy limitada, precisando apoyo y ayuda de 3ª personal. Índice de Barthel 65/100". TERCERO.- Frente a la anterior Resolución se interpuso reclamación previa que fue desestimada, solicitando el actor ante este Juzgado de lo Social que se declare afecto a una gran invalidez. Por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 el actor fue declarado afecto a situación de gran invalidez dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que fue confirmada por Sentencia del TSJ de CyL de fecha 23 de febrero de 2015.

CUARTO.- El 8 de septiembre de 2014 el actor presentó ante el INSS escrito mediante el que alegaba que compatibilizó la pensión de incapacidad permanente total, derivada del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con trabajos por cuenta ajena y que para el cálculo de la base reguladora de la pensión que percibe en la actualidad se tuvieron en cuenta tanto el periodo como las bases de cotización del Régimen General. Por ello, solicita se le reponga la pensión del RETA que venía percibiendo por entender que es compatible con la pensión reconocida. Solicitud que fue denegada por Resolución de 15 de octubre de 2014.

QUINTO.- Frente a la anterior Resolución se interpuso reclamación previa que fue desestimada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de León de fecha 31 de octubre de 2014.

SEXTO.- El actor solicita la concesión de una pensión de incapacidad permanente en grado de Gran Invalidez del régimen general, compatible con la del régimen especial de autónomos que venía percibiendo y que se revisó en su momento al grado de absoluta y posteriormente, por sentencia firme, a la gran invalidez, proponiendo una pensión dentro del régimen general para una incapacidad permanente total o absoluta del 100% de una base reguladora de 978,36 euros y para el régimen especial sobre una base reguladora de 500,51 euros, con un complemento de 555,51 euros.

SÉPTIMO.- Se agotó la vía previa.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Carlos Jesús formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), dictó sentencia en fecha 17 de marzo de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que DESESTIMANDO el recurso de Suplicación interpuesto por D. Carlos Jesús contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de León, de fecha 30 de julio de 2.015, (Autos núm. 900/2014), dictada a virtud de demanda promovida por el precitado recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, y en su consecuencia, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Valladolid, la representación procesal de D. Carlos Jesús interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 9 de mayo de 2003 (rec. suplicación 829/2003).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 31 de enero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 17 de marzo de 2016 (Rec. 50/2016), en la que consta que el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión por cuenta propia en 1993, realizando posteriormente trabajos como peón especialista de envasado y almacén de legumbres dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Tras revisarse de oficio la incapacidad permanente total que tenía reconocida en el RETA, fue reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta en dicho régimen, presentando demanda de reconocimiento en situación de gran invalidez en el RETA, que fue estimada y confirmada por la sentencia de suplicación. El actor solicita la concesión de una pensión de gran invalidez en el RGSS compatible con la de gran invalidez en el RETA que venía percibiendo. En instancia se desestimó la demanda presentada por el actor, sentencia confirmada en suplicación, por entender la Sala, a lo que a efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina interesa, que si bien conforme al art. 122 LGSS la incompatibilidad de pensiones no afecta a las de distinto régimen cuando se obtiene conforme a distintas cotizaciones, y si bien es igualmente cierto que el estado del actor es tributario de una gran invalidez en el RETA, que también podrían provocar la gran invalidez en el RGSS, la compatibilidad debe admitirse en los grados de incapacidad permanente parcial, total y absoluta, pero no en la gran invalidez porque no es un grado que se determine en relación con la capacidad laboral del trabajador, sino en relación a su capacidad para poder valerse por sí mismo en su vida ordinaria y doméstica, por lo que no puede ser declarado un mismo beneficiario dos veces en situación de gran invalidez aunque sea por regímenes distintos e la Seguridad Social.

SEGUNDO.- 1.- Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el actor, por entender que sí es compatible el reconocimiento en situación de gran invalidez en el RETA y en el RGSS cuando han existido cotizaciones distintas, ya que lo único que tendría que hacer el beneficiario es optar por el incremento para ayuda de tercera persona que le sea más favorable.

Invoca la parte recurrente de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 9 de mayo de 2003 (Rec. 829/2003), referida a una trabajadora que inicialmente estuvo de alta en el régimen general en diversos intervalos desde 1961 hasta 1973, que desde 1982 a 1985 estuvo en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, y a la que el INSS reconoció en 1990 pensión de gran invalidez en este régimen especial, tomando en consideración cotizaciones efectuadas al régimen general. En 1991 comenzó a prestar servicios para la ONCE como agente vendedor, solicitando en 2001 prestación de incapacidad permanente del régimen general. Pues bien, esta sentencia declara a la actora afecta de gran invalidez en el régimen general, reconociendo la compatibilidad de esta prestación con la gran invalidez que tiene reconocida en el régimen especial de empleados de hogar. Razona la Sala que las dolencias actuales de la actora -no plenamente coincidentes con las iniciales-- justifican el reconocimiento de este grado de incapacidad, reuniendo ésta la cotización al régimen general --sólo desde 1991-- necesaria para tal declaración. Y en cuanto a la compatibilidad entre esta prestación y la que tiene reconocida en el régimen especial, sostiene la Sala que el art. 122 LGSS establece la incompatibilidad de las pensiones del régimen general de la Seguridad Social, pero esta disposición no es aplicable al caso porque la actora tenía reconocida la otra prestación en un régimen especial, aunque para su reconocimiento se hubiesen tomado en consideración cotizaciones efectuadas al régimen general (cómputo recíproco), y ello porque las tomadas entonces en consideración nada tienen que ver con las empleadas ahora para el cálculo de esta nueva prestación, que se nutre exclusivamente de las aportaciones resultado del trabajo para la ONCE.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia

impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007 , 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008, 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste ha de estimarse que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 LRJS, por cuanto:

a.-En relación con los hechos que constan probados, en ambas sentencias consta que los actores tenían cotizaciones suficientes en regímenes distintos de la Seguridad Social para el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, siendo reconocidos en situación de gran invalidez en 1 de ellos. En la sentencia recurrida se reconoció al actor en situación de gran invalidez en el RETA por sentencia (y previo reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta por revisión de la agravación de incapacidad permanente total), y en la sentencia de contraste se reconoció en situación de gran invalidez en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, pero ello podría no es obstáculo para la admisión del recurso puesto que la gran invalidez, en ambas sentencias, se reconoció en un régimen especial y se pretende la compatibilidad con el reconocimiento en situación de gran invalidez en el RGSS, existiendo cotizaciones suficientes en dicho régimen para dicho reconocimiento y siendo posibles tributarios de dichos grados invalidantes en atención a las dolencias padecidas.

b.-En relación con las pretensiones, en ambas sentencias la pretensión es la compatibilidad de una pensión de gran invalidez en un régimen especial (RETA en la recurrida y REEH en la de contraste), con la pensión de gran invalidez en el RGSS, y ello teniendo en cuenta cotizaciones suficientes en ambos regímenes para dicho reconocimiento.

c.-En relación con los fundamentos, ambas sentencias fundamentan su decisión en aplicación de lo dispuesto en el art. 122 LGSS .

d.-Los fallos son contradictorios, ya que en la sentencia recurrida se interpreta el art. 122 LGSS en el sentido de que la compatibilidad no afecta a la gran invalidez que es un grado que nada tiene que ver con la capacidad laboral sino con la ayuda de tercera persona que ya se le reconoció en un régimen de Seguridad Social, mientras que en la sentencia de contraste se considera que nada impide en el art. 122 LGSS reconocer el mismo grado invalidante (gran invalidez) en dos regímenes distintos, debiendo optar la parte actora por el incremento del 50% que sea más conveniente de las dos prestaciones ya reconocidas.

Superado el requisito de la contradicción, procede el examen de los motivos de censura jurídica.

TERCERO.- 1.- Denuncia el recurrente la interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 122 de la Ley General de la Seguridad Social (RD.L 1/ 1994 de 20 de junio) en relación con el art. 139.4 del mismo texto legal .

El art. 122 de la LGSS en relación a la incompatibilidad de pensiones del Régimen general de la Seguridad Social dispone:

" **1.** Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

2. El régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad permanente total".

El art. 137.6 de la LGSS dispone:

"Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos".

Y el art. 139.4 de la LGSS dispone:

"Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador".

Conforme a la doctrina de esta Sala, contenida entre otras, en la STS/IV de 22-noviembre-2010 (rcud. 233/2010), son compatibles las prestaciones generadas en regímenes distintos. En dicha sentencia se argumenta que: "esta Sala IV se haya venido pronunciando en múltiples ocasiones a favor de la compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, como puede observarse en las STS de 29.12.1992 -rcud. 128/1992 -; 20.1.1993 -rcud. 1729/1991 - y 15.3.1996 -rcud. 1316/1995 -, entre otras.

Como señala nuestra sentencia de 15/7/10 (Rec. 4445/09), los criterios generales sobre los que se asienta esta doctrina pueden resumirse en los puntos siguientes:

"a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.

b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución (así lo recuerda la STS de 5.2.2008 -rcud. 462/2007 -).

c) En caso de concurrencia de pensiones, lo "jurídicamente correcto" en tal supuesto es reconocer "la nueva pensión", ya que así se permite que el asegurado "ejercite el derecho de opción que le atribuye el art. 122 de la LGSS " (STS de 18.12.2002 -rcud. 173/2002 -).

d) La misma naturaleza contributiva del sistema "determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disposición Adicional 38ª LGSS " (STS de 10.5.2006 -rcud. 4521/2004 -).

En el presente caso, el actor ha generado prestación de gran invalidez en el RGSS y en el RETA, cumpliendo los requisitos sobre cotización en ambos regímenes, lo cual no se discute en el presente recurso ni está controvertido.

Entiende el INSS que es incompatible el percibo de dos prestaciones por un mismo beneficiario, y esta es la cuestión que se discute en el presente recurso. Ahora bien, la incompatibilidad de pensiones, la establece el art. 122 LGSS entre pensiones de un mismo régimen de la Seguridad Social, y nada impide la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes. Y así lo viene declarando la doctrina jurisprudencial como queda dicho.

Ahora bien, el reconocimiento de la prestación de gran invalidez lleva consigo el reconocimiento de un complemento económico cuyo importe será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente, destinado a que el gran inválido que necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, pueda remunerar a la persona que le atienda.

No obstante cuanto queda dicho, este complemento que no forma parte propiamente de la pensión y que tiene distinta función, no puede percibirse doblemente -en ambos regímenes, RGSS y RETA- por lo que el beneficiario solo podrá percibir un complemento, que será el del régimen que considere oportuno ejercitando el derecho de opción previsto en el art. 122 LGSS .

Por todo ello, no procede el reconocimiento de dos prestaciones de gran invalidez, aunque de dos regímenes se trate, sino que se reconoce una única pensión de gran invalidez con el correspondiente complemento, pudiendo optar el beneficiario por la que régimen que más le interese (RGSS ó RETA), manteniéndose la otra como incapacidad permanente absoluta en régimen de compatibilidad con aquélla.

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso en los términos señalados en el fundamento anterior, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. Sin costas.

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Daniel Pintor Alba, en nombre y representación de D. Carlos Jesús , frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), en el recurso de suplicación número 50/2016 , interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de León, autos número 900/2014, seguidos a instancia del mismo contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre Incapacidad permanente.

2º.- Casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza formulado por el recurrente, si bien en el sentido de reconocer a D. Carlos Jesús el derecho a una única pensión de gran invalidez con el correspondiente complemento, pudiendo optar por la que régimen que más le interese (RGSS ó RETA), manteniéndose la otra como incapacidad permanente absoluta en régimen de compatibilidad con aquélla, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en sus respectivas responsabilidades a estar y pasar por tal declaración y a su pago.

3º.- 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 la Excma. Sra. Magistrada D.^a Rosa María Virolès Piñol 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.