

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 895/2018 de 9  
Oct. 2018, Rec. 3249/2016**

**Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3249/2016

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 895/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 9 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1493/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Oviedo, en autos núm. 647/2015, seguidos a instancia de D. Federico contra la ahora recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de abril de 2016 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Oviedo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **PRIMERO.-** El actor, Federico, nacido el NUM000 de 1959 y afiliado a la Seguridad Social con el número NUM001 fue declarado afecto de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, para su profesión habitual de minero, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 29 de enero de 2014, siendo la base reguladora de la pensión reconocida la de 1.551,37 euros, el porcentaje el 75%, el número de pagas 14, siendo la pensión inicial de 1.163,53 euros y efectos desde el 22 de enero de 2014. En la misma resolución se le comunicaba que su pensión estaba incrementada en un 20% de la base reguladora atendiendo a las circunstancias del trabajador y teniendo en cuenta que es mayor de 55 años. El citado incremento quedará en suspenso durante los periodos en los que realice trabajos por cuenta propia o ajena, perciba prestaciones por desempleo o cambie su domicilio al extranjero, circunstancia que deberá comunicar a esa entidad.

**SEGUNDO.-** El día 22 de abril de 2015 el Director provincial del INSS acuerda la apertura de un procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de beneficiarios y, si procede, de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. En el mismo se acordaba revisar de oficio el incremento del 20% que le había sido reconocido por los siguientes motivos: en el reconocimiento del incremento se determina que quedará en suspenso durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo y cuando perciba cualquier prestación del salario dejado de percibir por la pérdida de dicho empleo incompatible. La entidad había tenido conocimiento, por haberlo comunicado así el organismo competente de Polonia, que le había sido reconocida una pensión de jubilación con efectos económicos desde el 1 de octubre de 2013. En vista de ello consideraban que no reunía los requisitos para percibir el incremento. Con la finalidad de que no generasen más cobros indebidos, se suspendía provisionalmente el abono con efectos del 1 de mayo de 2015.

**TERCERO.-** El día 15 de septiembre de 2015 se dicta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolución en la que se revisa la cuantía de su pensión de incapacidad permanente total que venía percibiendo, abonando la misma en cuantía del 55% de la base reguladora al haber sido suspendido el derecho al incremento del 20% por percibir pensión de jubilación incompatible y se declaraba que había percibido indebidamente la cantidad de 5.339,63 euros en el período comprendido entre el 22 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2015.

**CUARTO.-** Se agotó la vía administrativa previa sin obtener respuesta favorable a sus pretensiones."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por D. Federico contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir el incremento del veinte por ciento de la pensión de invalidez permanente total para su trabajo habitual que tiene reconocida, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a abonarle las diferencias correspondientes entre lo percibido y lo debido percibir por razón de dicho incremento desde la suspensión provisional con fecha 1 de mayo de 2015."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo con fecha 12 de abril de 2016, en los autos núm. 647/2015, seguidos a instancia de D. Federico contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación sobre prestaciones de incapacidad permanente, y en su consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida."

**TERCERO.-** Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) -y tras ser requerido para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- el recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 7 de abril de 2016, (rollo 60/2016).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 4 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el indicado traslado sin que se formulara impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. El objeto del litigio lo constituye la revisión del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total reconocida en su día al demandante inicial. La Entidad Gestora procedió a revisar de oficio el derecho a dicho incremento, dejándolo en suspenso mientras el beneficiario perciba pensión de jubilación de Polonia. Tanto el Juzgado de lo Social de Oviedo, en instancia, como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en suplicación, entienden que no existía incompatibilidad entre ambas prestaciones y, en consecuencia, se estima la pretensión del trabajador.

2. El INSS acude ahora a la casación para unificación de doctrina, invocando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 7 abril de 2016, con la que se da la más perfecta identidad a los efectos de cumplir con los requisitos del art. 219.1 LRJS, ya que también allí se daba respuesta a la pretensión de mantenimiento del percibo del complemento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, respecto del cual el INSS afirmaba la incompatibilidad dado que el beneficiario en aquel caso disfrutaba de pensión de jubilación a cargo de Suiza. Pese a tal analogía, la sentencia referencial llega a una solución opuesta a la que aquí se recurre y declara la incompatibilidad.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso del INSS denuncia la infracción del art. 193.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y del art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de julio, así como la jurisprudencia fijada en las STS/4ª de 26 enero 2004 (rcud. 4433/2002) y 13 abril 2005 (rcud. 1785/2004) -que son las citadas por la sentencia de contraste- y los arts. 5, 12.1 y 53 a55 del Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

2. En relación a la naturaleza del complemento del 20% en la pensión de incapacidad permanente total, esta Sala IV del Tribunal Supremo había sostenido que no constituye un nuevo grado de incapacidad distinto, sino un aumento de la prestación por la total, dado que no estamos ante un nuevo hecho causante, siendo los requisitos exigidos los concurrentes para calificar la indicada incapacidad permanente total (así se señala en la STS/4ª de 7 febrero 1994 -rcud. 2651/1992-, 22 noviembre 1999 -rcud. 1074/1999- y 11 mayo 2006 -rcud. 3998/2004-).

El indicado complemento tiene por finalidad incrementar los ingresos de aquéllos que, aun cuando porque el grado de total les permite desarrollar otra actividad, se hallan en circunstancias que hacen improbable que puedan conseguir su recolocación. De ahí que el art. 198.1, par. segundo LGSS estipule la posible incompatibilidad con el trabajo.

Por su parte, el art. 6.4 del Decreto 1646/1972, dispone la suspensión del complemento del 20% "durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo".

3. En nuestras STS/4ª de 26 de enero de 2004 y 13 de abril de 2005, invocadas en el recurso, sostuvimos que la percepción de una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social había de considerarse también incompatible con el complemento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total por ser dicha pensión de jubilación sustitutiva de las rentas de trabajo.

Hemos venido entendiendo que tal doctrina es aplicable incluso cuando la pensión de jubilación se perciba con cargo al sistema de pensiones de algún Estado miembro de la Unión Europea -o de Suiza, por aplicación extensiva del Reglamento europeo a dicho país- ( ATS/4ª de 11 septiembre 2014 -rcud. 3228/2013 y 426/2014- y 24 febrero 2015 -rcud. 2456/2014-, 18 noviembre 2015 -rcud. 184/2015- y 11 mayo 2017 -rcud. 2998/2016-).

4. Ahora bien, en la STS/4ª/Pleno de 29 de junio de 2018 -rcud. 4102/2016- la Sala adoptó un cambio de criterio doctrinal precisamente en relación a los supuestos en que, como el presente, el beneficiario de la prestación de incapacidad permanente total con complemento del 20% era, a su vez, acreedor de pensión de jubilación con cargo a un Estado de la Unión Europea, poniendo de relieve, así, un matiz diferencial respecto de la coincidencia con prestaciones de jubilación abonadas por el sistema español de Seguridad Social.

5. Nos fundamos en el criterio establecido en la STJUE de 15 marzo 2017, asunto Blanco Marqués, C-431/16, en la que se da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un juez nacional español (la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid) que aborda directa y expresamente el mismo punto litigioso que ahora se nos somete a conocimiento.

El Tribunal de Justicia señala que el complemento de la incapacidad permanente total y la pensión de jubilación adquirida en otro Estado son de la misma naturaleza a los efectos del Reglamento UE, lo que impedirá excluir su acumulación si no está expresamente indicada la posibilidad de exclusión en el propio Reglamento. Y esto es precisamente lo que sucede con la norma española que impone la suspensión -la norma reglamentaria de 1972- respecto de la cual no se hace mención alguna en el Reglamento UE.

Por consiguiente, dado que el legislador español no ha impuesto la toma en consideración de las prestaciones obtenidas en otros Estados miembros y, además, no se recogió en el Reglamento la específica prohibición de acumulación, hemos de revisar nuestra doctrina en relación a los casos de concurrencia del complemento en cuestión con el percibo de pensiones de jubilación no nacionales.

**TERCERO.-** 1. Lo dicho nos conduce a la desestimación del recurso de la Entidad Gestora, pues la sentencia recurrida contiene una doctrina que se ajusta a lo que venimos exponiendo.

2. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la condena en costas.

## **FALLO**

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

desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 26 de julio de 2016 (rollo 1493/2016) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Oviedo de fecha 12 de abril de 2016 en los autos 647/2015 seguidos a instancia de D. Federico contra la ahora recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.