

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 14 julio 2010

[RJ2010\7109](#)



**PRESTACIONES POR INCAPACIDAD ABSOLUTA:** compatibilidad con la realización de trabajos.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 3531/2009

Ponente: Excmo Sr. Luis Fernando de Castro Fernández

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3531/2009) interpuesto por don Franco contra la Sentencia de fecha 28-07-2009, del TSJ de Madrid, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS, sobre incapacidad absoluta.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Jaime Rivera Calderón en nombre y representación de Don Franco , contra la sentencia dictada el [28 de julio de 2009 \( PROV 2010, 479501\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 2379/09, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de fecha 12 de noviembre de 2008, recaída en autos núm. 924/08, seguidos a instancia de D. Franco contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre INCAPACIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

.- Con fecha 12 de noviembre de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por D. Franco frente a la resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y se deja sin efecto la resolución que acordaba la suspensión del derecho a percibir la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta desde 16.7.2007 y la devolución de la pensión percibida, debiendo abonar el I.N. S.S. al actor las cantidades dejadas de percibir desde 1 de marzo de 2008".

### SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.**- A D. Franco , con fecha de nacimiento 5.5.1948, de profesión Conductor Repartidor, le fue reconocida la Incapacidad Permanente Absoluta, por resolución de mayo de 2005, en base a las siguientes lesiones: "ACVA isquémico en 1-05 IAM fibrinolizado + Stent sobre DA en 11-03" (folio 127). El actor percibe el 100% de la base reguladora con efectos 17 de mayo de 2005 (folio 40). **2º.**- D. Franco , el 16 de julio de 2007, tomó posesión del cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra; es Concejal Delegado de Juventud y Deportes y realiza sus funciones "en régimen de dedicación parcial con una dedicación efectiva de 20 horas semanales (50% de la jornada laboral ordinaria)" (folio 150). **3º.**- El I.N.S.S. dicta resolución acordando: "1. Suspender el derecho al percibo de su pensión de Incapacidad desde 16.7.2007, fecha en que concurre la causa que motiva la incompatibilidad. 2. Que, desde 16.7.2007 a 29.2.2008, fecha en que se ha procedido a situar en baja su pensión, ha percibido la cantidad de 5.251,232 euros, que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social , viene obligado a devolver por la incompatibilidad descrita". (Folio 145). **4º.**- Se impugna por el actor".

### 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 Madrid, la cual dictó sentencia con fecha [28 de julio de 2009 \( PROV 2010, 479501 \)](#) , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de fecha 12 de noviembre de 2008 , en virtud de demanda formulada por D. Franco , frente al recurrente en reclamación sobre incapacidad y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia dictándose en su lugar otra en la que desestimamos la demanda rectora de las presentes actuaciones absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra. Sin hacer declaración de condena en costas".

### CUARTO

Por el Letrado D. Jaime Rivera Calderón, en nombre y representación de D. Franco se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 23 de octubre de 2009, en el que se alega como sentencia contradictoria con la [recurrida \( PROV 2010, 479501 \)](#) la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid de fecha 22 de enero de 2001.

### QUINTO

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de julio de 2010, en el que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

1.- En fecha 12/11/08, el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Madrid pronunció sentencia en los autos 924/08 , estimando la demanda interpuesta y dejando «sin efecto la resolución que acordaba la suspensión del derecho a percibir la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta desde el 16.7.2007 y la devolución de la pensión percibida», reproduciendo las razones ofrecidas la STS [30/01/08 \( RJ 2008, 1984 \)](#) [-rcud 480/07 -], sobre la compatibilidad de las prestaciones por IPA o GI con el trabajo, aún cuando éste no sea residual o marginal, sino que constituya el núcleo funcional de una profesión u oficio, argumentando la decisión de instancia -a mayor abundamiento- que la compatibilidad era más obvia en el caso, porque el trabajo de Concejal era de 20 horas semanales. Decisión revocada por la STSJ Madrid [28/07/09 \( PROV 2009, 479501 \)](#) [rec. 2379/09], con el argumento de que la incompatibilidad lo era entre las dolencias determinantes de la IPA [ACVA e

IAM] y unas ocupaciones que «comportan un estado de ocupación y preocupación... incompatible con su afección cardíaca», aún a pesar de que el recurso de suplicación interpuesto por el INSS se dirige a combatir los argumentos utilizados por la sentencia de instancia [los de la precitada STS 30/01/08 ], relativos a la incompatibilidad entre la pensión y el trabajo, y no a la que en su caso pudiera existir entre las lesiones y la actividad laboral.

2.- En unificación de doctrina se propone como contraste la STSJ Castilla y León/Valladolid 22/01/01 [rec. 2392/00], que declara compatible la pensión por GI [por dolencias que no constan] con los cometidos propios de un Concejal, y se denuncia la infracción del art. 141.3 [LGSS . \( RCL 1994, 1825\)](#)

3.- El art. 217 [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) exige -para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios [«se hubiere llegado a pronunciamientos distintos», sostiene el art. 217 LPL ] y no la diversidad de *ratio decidendi*, el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina; de ahí que mantengamos que 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 y cuya identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación (así, próximas en el tiempo, SSTS [18/02/10 \( PROV 2010, 100741\)](#) -rcud 787/09-; [25/02/10 \( PROV 2010, 111680\)](#) -rcud 512/09-; 09/03/10 -rcud 2247/09-; [29/03/10 \( PROV 2010, 143258\)](#) -rcud 2171/09-; y [05/04/10 \( RJ 2010, 2484\)](#) -rcud 606/09 -), porque la identidad de la controversia -base de la contradicción- debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en Suplicación, en la medida en que el término de juicio de contradicción «es una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitado por los motivos propuestos por el recurrente» (recientes, SSTS [10/02/10 \( RJ 2010, 3412\)](#) -rcud 194/09-; [08/02/10 \( RJ 2010, 2277\)](#) -rcud 1281/09-; [18/02/10 \( PROV 2010, 100741\)](#) -rcud 787/09-; [25/02/10 -rcud 512/09-](#); y [30/03/10 \( PROV 2010, 143245\)](#) -rcud 1936/09 -).

4.- Ello significa que aún a pesar de que las decisiones a contrastar en autos difieren en su argumentación [compatibilidad entre la pensión y el trabajo, en la referencial; y entre las lesiones y el trabajo, en la recurrida], esa diversidad en manera alguna incide en el requisito de contradicción, puesto que es ajena al planteamiento de las partes, tanto en la resolución administrativa, como en la demanda y en el trámite de suplicación, que exclusivamente se refieren a la compatibilidad pensión/trabajo [el recurso se limita a cuestionar los argumentos de nuestra doctrina], de forma que es la sentencia objeto del presente recurso la que altera -intrascendentemente, a los efectos de contradicción- los términos argumentales, llevándolos al muy diverso planteamiento de la incompatibilidad entre las lesiones y la nueva actividad laboral.

## SEGUNDO

1.- Cumplido el requisito, procede reiterar la doctrina inicialmente expuesta en Sala General y posteriormente reiterada en diversas ocasiones. Doctrina que afirma la plena compatibilidad de la pensión por IPA-GI con el trabajo remunerado en jornada ordinaria y que con pleno acierto reproduce la decisión del Juzgado de lo Social, revocada en trámite de Suplicación. Se pueden resumir sus argumentos en los siguientes términos: a) las dificultades que entraña el juicio de IPA y los amplios términos del art. 141.2 [LGSS \( RCL 1994, 1825\)](#) invitan a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo; b) no existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean «superfluas, accidentales o esporádicas»; c) 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; d) la remisión al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto , para la IPT; e) 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 \( RCL 1978, 2836\)](#) y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS [antes, art. 138.2 [LGSS/74 \( RCL 1974, 1482\)](#)

], 2 [RD 1071/1984 \[23/Mayo\] \( RCL 1984, 1507\)](#) y 18.4 [OM 18/01/96 \( RCL 1996, 263, 456\)](#) ); f) 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]; g) 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, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo -psicofísico- por parte del inválido; y h) el art. 18.4 OMIL ha de ser considerado «ultra vires» respecto 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- sus prescripciones carecen de eficacia jurídica (SSTS [30/01/08 \( RJ 2008, 1984\)](#) -rcud 480/07-, dictada por el Pleno de la Sala; 10/11/08 -rcud 56/08-; [23/04/09 \( RJ 2009, 3115\)](#) -rcud 2512/08-; [14/10/09 \( RJ 2009, 5730\)](#) -rcud 3429/08-; y [22/12/09 \( RJ 2010, 383\)](#) -rcud 2066/09 -).

2.- A lo que añadir, saliendo al paso de la argumentación efectuada por la decisión recurrida, que la única incompatibilidad que formula el art. 141.2 LGSS para la pensión de IPA es la relativa a las actividades que sean «incompatibles» en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. Pero que el desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad con la pensión, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico; y que «éste es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva», que conduciría a disfunciones importantes, como el tratamiento peyorativo de la IPA sobre la IPT y la desincentivación de la reinserción de los IPA» (STS [01/12/09 \( RJ 2010, 370\)](#) -rcud 1674/08 -).

### TERCERO

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser revocada, sin imposición de costas [art. 233.1 [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) ].

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

### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Franco , revocando la sentencia dictada por el TSJ Madrid en fecha [28/Julio/2009 \( PROV 2010, 479501\)](#) [rec. 2379/09 ], que a su vez había dejado sin efecto la resolución -estimatoria de la demanda- que en 12/Noviembre/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid [autos 924/08 ], en reclamación formulada frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y confirmamos la favorable acogida de la pretensión llevada a cabo en la instancia.

Sin condena en costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , 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 Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.