



Roj: **STS 1805/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1805**

Id Cendoj: **28079140012018100433**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **2322/2016**

Nº de Resolución: **450/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **2322/2016**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luz Garcia Paredes

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 450/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Pitarch Roda, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> María Inés , contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1625/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón, de fecha 26 de marzo de 2015 , recaída en autos núm. 911/2012, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup> María Inés , sobre Invalidez-Base reguladora.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luz Garcia Paredes.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de marzo 2015 el Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º.-** En fecha 13/08/2004, y, confirmando el mismo grado en revisión de 7/07/06, se declaró a la actora afecta de un grado de incapacidad permanente absoluta, tomando en consideración un trastorno adaptativo (esquizoaectivo), fibromialgia, discopatía lumbar con raquialgias, radiculopatía, y melanoma extirpado en 2004 con remisión completa (folios 57/ss). - En fecha 13/07/2006 se dictó resolución cuyo contenido se da por reproducido al folio 86/ss, que resolvía respecto a la cuestión del nuevo trabajo de la actora en una empresa



de seguridad, solicitando la suspensión de la pensión, comunicado por escrito de 16/06/2006, en el sentido de que, habiendo sido valorado nuevamente por el EVI, y proponiendo ésta la continuidad en el mismo grado de la incapacidad reconocido, se debía declarar a la actora en el mismo grado de incapacidad, declarar la incompatibilidad de la actividad que realizaba de vigilante con el estado de salud y la incompatibilidad del percibo de la pensión con la actividad acordando la suspensión, mientras subsistiera la situación.- Respecto de esta cuestión, el 18/09/2006 se dictó resolución que desestimaba la reclamación previa interpuesta por la actora en la que cuestionaba la inclusión por el EVI de varios miembros inferiores, así como que sirviera de base como profesión habitual para la calificación inicial de la calificación permanente la de vigilante jurado. En dicha resolución, que no fue impugnada posteriormente, se razonaba que no había motivo para modificar las conclusiones médicas del EVI, y que debía atenderse a la profesión de vigilante de seguridad atendidos los datos de su vida laboral en los 12 meses anteriores al inicio de la IT que dio lugar a l reconocimiento de la prestación por incapacidad permanente (folio 84/85).- Previamente, el 12/01/2005, se dictó resolución desestimatoria de la solicitud de la actora de compatibilizar el percibo de la pensión de IPA con el trabajo de vigilante de seguridad (folio 55).- 2º.- En fecha 18/05/2012 la actora fue examinada en nuevo proceso de revisión de grado, constando en el informe de síntesis (folios 69/ss) que desde julio 2010 hasta octubre 2011 estuvo en IT, y recogiendo como diagnóstico: trastorno adaptativo, fibromialgia, discopatía lumbar con raquialgias, radiculopatía y melanoma extirpado 2004 en remisión completa. el informe médico de IT (folios 73/ss) aclara que el diagnostico principal del proceso era "trastorno delirante", si bien el inicio de IT fue por lumbalgia mecánica.- Se dictó resolución de 24/05/2012 acordando que no se había producido variación en el estado de lesiones de la actora para acceder a la revisión de grado.- Por otra parte, el INSS resolvió el 11/05/2013 iniciar proceso de revisión de grado ante el agotamiento del proceso previo de IT, considerando que, visto el reconocimiento previo de una IPA suspendida, el procedimiento adecuado era el de revisión, concluyendo por resolución que, atendido el directamente del EVI de 14/05/2013, en el que consta "síndrome ansioso depresivo con abandono del autocuidado" y se especifica (en el de IT a efectos del 128 LGSS) un trastorno adaptativo que le genera incapacidad para afrontar estresantes sociales y laborales, con una repercusión en su ansiedad de base y algias generalizadas (folios 29/ss y 38), lo adecuado era confirmar el grado de IPA que ya tenía reconocido (folio 34), acordándose en este sentido por la resolución de 14/05/2013 (folio 89).- 4º.- Formulada reclamación previa, ésta fue desestimada .- 5º.- La base reguladora para la Incapacidad permanente absoluta si se accediera a la pretensión actora y se tomaran en cuenta las cotizaciones posteriores a la suspensión sería de 1.071,28 euros (folio 51) y la fecha de efectos el cese en el trabajo (hecho no controvertido).»

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Inés , debo absolver y absuelvo al Instituto Nacional de la Seguridad Social-Tesorería General de la Seguridad Social de los pedimentos formulados en su contra».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D<sup>a</sup> María Inés ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por María Inés contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón, de fecha 26.03.2015 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.».

**TERCERO.-** Por la representación de D<sup>a</sup> María Inés se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de noviembre de 2012 (RSU. 4894/2011 ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2016, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO .-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**SEXTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. -Planteamiento del recurso .

#### 1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si procede o no recalcular el importe de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta,



derivada de enfermedad común y de la que es beneficiaria la actora, atendiendo a las nuevas cotizaciones efectuadas por el trabajo por cuenta ajena desempeñado después del reconocimiento de la prestación, período durante el cual el INSS suspendió el pago de la pensión por incompatibilidad.

A tal fin la parte recurrente ha formulado el recurso en el que plantea un solo motivo de casación, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 2 de noviembre de 2012, rec. 4894/2011, y citando como precepto legal infringido el art. 143.2 de la LGSS, en relación con los arts. 124, 138, 140, 141 del mismo texto legal.

## 2.- Impugnación de la parte recurrida personada

El recurso ha sido impugnado por la Entidad Gestora personada manifestando que no es posible apreciar la contradicción con la sentencia de contraste al presentar en la recurrida un caso singular dado que la actividad desplegada por la trabajadora durante la suspensión de la prestación de invalidez lo era para una actividad que resultaba incompatible con su estado y que, además, era la misma que desempeñaba como profesión habitual. En otro caso, insiste en que la doctrina de la sentencia recurrida es ajustada a derecho.

## 3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que, partiendo de la existencia de contradicción, la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida que no ha computado las cotizaciones correspondientes a la actividad laboral desplegada durante el tiempo en que estuvo suspendida la prestación de invalidez, al resultar incompatible la actividad realizada con el estado de salud de la trabajadora.

### **SEGUNDO. -Sentencia recurrida.**

#### 1.- Debate en la instancia

La trabajadora presenta demanda en la que reclama que el importe de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta que le ha sido reconocido por resolución del INSS de 14 de mayo de 2013, en confirmación del que ya tenía reconocida, sea incrementada con las bases de cotización realizadas en el tiempo en el que estuvo trabajando y tuvo suspendida la pensión. Y ello porque consideraba que el tiempo trabajado en la misma profesión anterior lo que debería haber provocado es una revisión por error de diagnóstico.

Los hechos sobre los que se emite el pronunciamiento indican que la demandante, estando prestando servicios como vigilante jurado, el 13 de agosto de 2004 fue declarada afecta de incapacidad permanente absoluta. En 2006, solicitó la suspensión de la pensión por mantener una actividad de vigilante jurado lo que fue resuelto en vía administrativa declarando que se mantiene el mismo grado de invalidez y que la actividad profesional por la que se solicitaba la suspensión resultaba ser incompatible con su estado, tal y como ya se resolviera en resolución de enero de 2005, en virtud de otro expediente administrativo en el que la trabajadora solicitaba la declaración de compatibilidad del trabajo con la pensión de IPA. En 2013 se revisa el grado de invalidez, confirmándose el grado que ya estaba reconocido en 2004, fijando una base reguladora sin tomar en consideración las cotizaciones realizadas durante la suspensión de la pensión y en actividad de vigilante jurado.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda porque considera que no se está ante un supuesto de error de diagnóstico sino ante el desempeño de una actividad profesional que no es compatible con el estado del incapacitado. Además, en ese caso, la Entidad Gestora ya examinó el estado de la demandante en el año 2006 y entendió que, manteniéndose la situación de incapacidad permanente absoluta, la actividad de vigilante jurado que venía desarrollando resultaba incompatible por lo que acordó la suspensión de la pensión, sin que la actora recurriera dicha decisión que consintió y dejó firme. Por tanto, concluye rechazando que la base reguladora de la pensión que ha vuelto a percibir deba incrementarse con lo cotizado por su actividad incompatible.

#### 2.- Debate en la suplicación.

La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de marzo de

2016, rec. 1625/2015, resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la demandante en el que insiste en que, si ha estado prestando servicios en actividad, cumpliendo sus obligaciones y sin tacha alguna, debería haberse revisado la situación de incapacidad permanente absoluta por error de diagnóstico y no habiéndose producido esto deben ser computadas las nuevas cotizaciones para fijar la base reguladora de la IPA.

La sentencia recurrida ha dado una respuesta negativa a la cuestión formulada en suplicación, argumentando que no es posible apreciar un error de diagnóstico cuando en los nueve años las dolencias no solo son las mismas, sino que se han agravado, siendo lo adecuado suspender la pensión como así pidió la trabajadora.



Además, el expediente administrativo para la revisión de la situación de invalidez no finalizó con una nueva declaración de incapacidad permanente, sino con la rehabilitación de la prestación ya concedida, por lo que no ha lugar a variar la base reguladora.

### **TERCERO. -Examen de la contradicción**

#### 1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que 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.

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.

#### 2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, de la Sala de lo Social de Cataluña de 2 de noviembre de 2012, rec 4894/2011, resuelve un supuesto en el que el trabajador tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta desde septiembre de 2002. En febrero de 2006 se inicia expediente de reanudación de actividad y se acuerda no revisar el grado y suspender la prestación. El trabajador prestó servicios en diferentes empresas y periodos hasta mayo de 2009. Tras un proceso de IT y situaciones de desempleo, se solicita por el interesado revisión del grado de incapacidad por agravación y la Entidad Gestora, partiendo de que las dolencias son las mismas que las del año 2002, se deniega la revisión por agravación y se mantiene la misma situación de IPA con la misma base reguladora. Se presenta demanda para que se modifique la base reguladora con las cotizaciones realizadas entre el periodo en que la pensión de IPA estuvo suspendida.

La Sala de suplicación, revocando la sentencia desestimatoria de la demanda, dictada en la instancia, toma el criterio de esta Sala, adoptado en las sentencias de 30 de enero de 2008 y 23 de abril de 2009, y considera que procede recalcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta tomando en consideración las cotizaciones satisfechas durante el período de suspensión de la prestación.

#### 3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219 de la LRJS.

En efecto, la sentencia recurrida, ante un supuesto en el que, con la pensión de IPA suspendida y prestando servicios, se le niega a la trabajadora que la base reguladora de la pensión de IPA que se reestablece pueda calcularse considerando las cotizaciones realizadas durante el periodo de suspensión, mientras que en la de contraste, en un supuesto en el que el interesado también tiene suspendida la pensión de IPA mientras está prestando servicios por cuenta ajena, considera que la decisión del INSS, en la que mantiene la IPA, no es ajustada a derecho en lo que a la base reguladora se refiere porque debe ser calculada tomando las nuevas cotizaciones.

La parte recurrida, como se señaló anteriormente, niega que concurra la contradicción porque en el supuesto que resuelve la sentencia impugnada, el INSS había declarado la incompatibilidad del nuevo trabajo con el estado incapacitante de la beneficiaria, y en el que decide la de contraste no, pero ello, al margen de que no se desarrolla razonamiento concreto alguno tendente a poner de manifiesto la trascendencia de la circunstancia apuntada para solventar la cuestión controvertida, lo cierto es que no es posible advertir que en la sentencia de contraste la actividad desplegada fuera compatible ya que, precisamente, lo que se produjo es la suspensión de la pensión y no su percepción junto con las rentas del trabajo, por lo que, necesariamente, ha de entenderse que en ambos casos el beneficiario estuvo sin percibir pensión de invalidez durante su actividad laboral.

### **CUARTO. - Motivo de infracción de norma.**

#### 1.- Planteamiento del motivo.

Acreditado, como mantiene también el Ministerio Fiscal, el requisito de la contradicción que abre al acceso a la resolución del fondo del asunto, debe examinarse la infracción que se denuncia en el escrito de interposición, en el que la representación letrada de la demandante señala como vulnerados los arts. 141 y 143 LGSS, en relación con los arts. 124, 138 y 140 de ese mismo Texto legal, argumentando que el pensionista de



incapacidad permanente absoluta tiene derecho a la reinserción laboral, por lo que no habiéndose cuestionado de contrario la realidad de la ulterior prestación de servicios, resulta procedente recalcular la base reguladora de la prestación en razón de las nuevas cotizaciones efectuadas.

## 2. Examen de la infracción de norma.

### A. Consideraciones generales.

Las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social se caracterizan por su función de sustitución de rentas, en tanto que vienen a suplir las pérdidas de las obtenidas profesionalmente y por ello, sus cuantías se fijan ponderando la contribución al sistema y en atención a unas reglas generales y otras las específicas de cada modalidad. En relación con la pensión de incapacidad permanente, en la modalidad contributiva, la determinación de la cuantía de las prestaciones viene recogida en el art. 140 LGSS 1994 (hoy art. 197 LGSS 2015).

También debemos tener en consideración que el derecho a las prestaciones del sistema, en el caso de las prestaciones de invalidez, en los grados de total, absoluta y gran invalidez, siendo pensiones vitalicias, pueden ser objeto de revisión, suspensión y extinción. Así, el art. 22.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, dispone que "La pensión vitalicia se extinguirá por revisión de la incapacidad declarada". A su vez, el art. 23 de la citada Orden, contempla los supuestos de denegación, anulación o suspensión del derecho indicando, como situaciones que provocaban dichos efectos, los siguientes casos: "a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el derecho a las mismas. b) Cuando la invalidez permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario. c) Cuando la invalidez permanente sea debida o se haya agravado a consecuencia de haber rechazado o abandonado el beneficiario, sin causa razonable, el tratamiento sanitario que le hubiere sido indicado durante las situaciones de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional. d) Cuando el beneficiario, sin causa razonable, rechace o abandone los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación procedentes". No obstante existir estas previsiones, no se fija el alcance que esos efectos provocan en el posterior desarrollo de la relación jurídica de seguridad social que sigue manteniendo el beneficiario.

La revisión de la incapacidad permanente, a la que se le otorga el efecto extintivo de la pensión vitalicia - lógicamente, cuando la situación que ha motivado la misma ya no concurra o la declarada se vea modificada, transformada - ex art. 143.3 LGSS (hoy art. 200.3 LGSS 2015)-, se configura como una medida a adoptar ante supuestos de error en el diagnóstico, agravación o mejoría y, también, por venir ejerciendo el beneficiario un trabajo, por cuenta ajena o propia.

### B. Revisión de la incapacidad por venir ejerciendo el beneficiario un trabajo, por cuenta propia o ajena

Centrándonos en la revisión de la incapacidad declarada por venir ejerciendo el beneficiario un trabajo, por cuenta propia o ajena, hay que señalar que en estos supuestos no se está cuestionando la existencia de una agravación, mejoría o error de diagnóstico en el estado del invalido, a efectos de mantener o la situación incapacitante declarada, sino que lo que se valora es si la actividad laboral que se está ejerciendo es compatible con el estado del inválido de forma que si éste pone en conocimiento de la Entidad Gestora dicha circunstancia, se debe tramitar el expediente administrativo de revisión en el que puede declararse que la situación invalidante permite o no desarrollar la actividad por cuenta ajena o propia. Es por ello por lo que, dentro del procedimiento de revisión de las prestaciones, se ha venido distinguiendo entre la revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico, de la iniciada en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, recogándose, así, una previsión normativa específica en la que se indica que, descartado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, "la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social actuará de conformidad con la normativa en vigor y, 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, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social " ( art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio , sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social). Esto es, el desempeño de una actividad laboral por el invalido nos adentra en el régimen de in/compatibilidades.

No obstante, y antes de seguir desarrollando el análisis de la cuestión y en relación con esta última regulación que hemos mencionado, debemos precisar lo siguiente. No olvidamos que, por lo que se refiere al art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, esta Sala ha calificado la misma de ultra vires pero ello lo ha sido para justificar que es legalmente admisible permitir una actividad laboral a quienes están declarados en situación de incapacidad permanente absoluta y para rechazar que el criterio seguido por la Entidad Gestora - que



se apoyaba en esa norma reglamentaria, así como en el art. 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo - pudiera justificarse en esas normas reglamentarias que, en definitiva, no podían tener un alcance impeditivo de la compatibilidad que la norma legal establecía y en los términos que la jurisprudencia ha establecido. Esto es, esa calificación dada por esta Sala al indicado precepto no afectaba al simple procedimiento administrativo en el que poder valorar si la actividad laboral que se comunicaba podía o no ser compatible con el mantenimiento del derecho prestacional y dentro de ámbito de compatibilidad que se ha marcado por la norma legal.

C. El régimen de compatibilidades en las prestaciones de invalidez y sus efectos.

El régimen de compatibilidades, en el ámbito de las prestaciones de incapacidad permanente -total, absoluta y gran invalidez-, al igual que sucede en relación con otras prestaciones -jubilación o desempleo- y en tanto que éstas operan como sustitutivo de rentas del trabajo, viene determinado en atención a la actividad profesional que pueda concurrir con las mismas. El art. 141 LGSS . (hoy art. 198 LGSS 2015) es el que contempla este régimen específico y que difiere del régimen de incompatibilidades general, en materia de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, que se recoge en el art. 163 LGSS 2015 y que se vincula al principio de prestación única.

Más específicamente, la compatibilidad que aquí interesa es la que, con gran amplitud, admite el art. 141.2 LGSS entre la pensión de incapacidad permanente absoluta y el ejercicio por el beneficiario de actividades lucrativas conciliables con su estado. Esta previsión legal ha sido interpretada por esta Sala en sentencia de Pleno de 31/01/08 (rcud. 480/2007 ), seguida por las SSTs 10-11-08 (rcud. 56/2008 ), 23/04/09 (rcud 2512/2008 ), 01/12/09 (rcud. 1674/2008 ) y 19/03/13 (rcud. 2022/2012 ), en el sentido de que considerar compatible con la pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral, aunque no sea marginal, siempre que su realización no resulte perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado y no suponga incidir en un supuesto de revisión por mejoría del art. 143.2 LGSS . Se razona que lo que valora a efectos de establecer la compatibilidad no son las rentas prestacionales y laborales, sino la relación entre el trabajo y la situación clínica del pensionista.

Del mismo modo y sobre el efecto de las cotizaciones realizadas por la actividad profesional concurrente con el derecho prestacional, sobre la pensión de invalidez, tras cesar en la actividad profesional, y, en concreto, si la base reguladora debe ser actualizada, esta Sala también ha dicho que ello es admisible por "dos razones. La primera es que, en esencia, se trata de hacer una interpretación de los textos legales que sea lo más favorable posible a la efectividad del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE ; que no haga de mejor condición al trabajador declarado en IPT que al declarado en IPA o gran invalidez; y que, en definitiva, evite la interpretación contraria que, sin duda, tendría "cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI". Y la segunda razón es que, aunque sea obiter dicta - y así lo ha observado con acierto la sentencia recurrida en su FD Cuarto- la Sala Cuarta continúa diciendo que "aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (pensión de jubilación/nueva prestación por IPA)", ello no sería suficiente como para evitar que se produzca ese efecto desmotivador que precisamente se intenta conjurar con la nueva doctrina de la Sala". Sigue diciendo esa sentencia que " las consecuencias lógicas de esta doctrina y de elevar a decisión lo que en ella aparecía como un obiter dictum: que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional -o actividades profesionales- desarrollada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad." ( STS de 16 de octubre de 2013, rcud 907/2012 ).

Esto es, está previsto que las situaciones de compatibilidad tengan no solo el alcance de poder desarrollar una actividad profesional sino, también, que puedan concurrir con el derecho prestacional y, además que éste pueda ser cuantitativamente actualizado cuando esa concurrencia desaparezca, incrementándose la base reguladora al computar las cotizaciones realizadas en ese espacio temporal. Por el contrario, no hay una específica regla que indique lo contrario o, en definitiva, lo que sucede jurídicamente cuando la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez se encuentra reglamentariamente suspendida por llevar a cabo una actividad profesional y esa suspensión se deja sin efecto y renace o se reanuda la protección del sistema.

Esta Sala no se ha pronunciado sobre el supuesto que ahora nos ocupa, en el que el trabajador, declarado en situación de incapacidad permanente absoluta ha estado trabajando en la misma actividad anterior a la declaración de incapacidad y ha cotizado por la misma, habiéndose suspendido el derecho prestacional por la Entidad Gestora por considerar la actividad incompatible y lo que se pretende es que, al dejar de prestar esos servicios, la incapacidad permanente absoluta que se restaura se vea mejorada en su base reguladora otorgando efectos a las cotizaciones realizadas durante el trabajo.



Queremos aclarar que aquí no se está cuestionando si la situación de incapacidad permanente absoluta concurre en este momento ni tampoco que la misma no deba ser considerada como reanudación de la pensión que se encontraba suspendida. Del mismo modo, tampoco es objeto de controversia la realidad y la efectiva prestación de servicios, aunque fuera la que desempeñaba antes de ser declarado inválido y, por tanto, tampoco se está denunciando una actuación fraudulenta del beneficiario que pudiera justificar otras decisiones con determinado alcance jurídico. Tampoco se ha planteado que la actividad profesional haya sido perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado.

D. Las cotizaciones realizadas en una actividad, durante la suspensión de la prestación de incapacidad permanente absoluta, son computables para el cálculo de la base reguladora de la pensión que se reanuda.

Como se viene diciendo, si la ley permite, y así lo ha interpretado esta Sala, que la pensión pueda compatibilizarse con actividades y que la cotización correspondiente a esa actividad pueda incrementar la pensión que ha seguido percibiéndose, no hay razón para no llegar a la misma conclusión en el caso que nos ocupa, aunque el trabajo realizado fuera calificado como incompatible porque:

1. El haber estado prestando servicios lo que revela es que el trabajador, a pesar de su situación de inválido, ha podido atender una actividad profesional de forma ordinaria habiendo cotizado por dicho trabajo. Como recuerda la STS de 1 de diciembre de 2009, rcud 1674/2008, en estos casos no se está

ante un supuesto de incompatibilidad sino ante "la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño pone de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido". Y, como recuerda esa doctrina, "no procede en este caso la suspensión por incompatibilidad" sino la iniciación del expediente de revisión en los términos previstos en 143.2. 2º de la Ley General de la Seguridad Social".

2. El desempeño de la actividad que resulta incompatible lo es "en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado", en términos de nuestra doctrina recogida en la STS antes citada, de 1 de diciembre de 2009, lo que implica que si no se ha constatado esa repercusión sobre el estado del incapacitado no se podría hablar de incompatibilidad y nada de eso constituye la base de la decisión administrativa objeto del proceso.

3. A falta de prueba que así lo ponga de manifiesto, no es posible presumir que la actividad laboral no haya podido desarrollarse de forma ordinaria por el hecho de que el trabajador haya sido declarado en situación de IPA.

4. Las cotizaciones realizadas durante el periodo en el que se ha estado prestando servicios, aunque se hubieran calificado administrativamente de incompatibles, no pueden perder la eficacia que le otorga el art. 124.2 LGSS, salvo que exista norma que disponga lo contrario.

5. La situación de incapacidad permanente absoluta que se valora, ya sea considerada administrativamente como reanudación o nueva declaración, supone que el demandante ostenta el derecho a que se le reconozca la prestación económica correspondiente a ese momento, computando las cotizaciones realizadas durante el periodo en el que la situación de invalidez no se mantuvo porque, en definitiva, se somete a una nueva valoración del estado del trabajador para constatar éste, con las mejorías o empeoramientos que se hayan podido producir, en este caso, desde el año 2004. Por tanto, si hay que partir de un momento distinto para calificar el estado del inválido y no hay norma que venga a señalar que las cotizaciones realizadas durante la suspensión de la pensión no tengan efecto alguno sobre la pensión suspendida, no podemos negar esa mejora que, por el contrario, se mantiene para los supuestos de compatibilidad. Esto es, no hay una razón objetiva que pueda justificar que en el caso que nos ocupa deba adoptarse otra solución cuando, insistimos, la actividad profesional fue puesta en conocimiento de la Entidad Gestora, no se ha cuestionado la realidad de los servicios prestados y se ha realizado la cotización al sistema de la Seguridad Social, todo ello sin imputar ninguna conducta fraudulenta al beneficiario.

6. La conclusión alcanzada es la única que resulta conciliable con los principios informadores de nuestro sistema de Seguridad Social en el que según doctrina constitucional reiterada juega un papel importante el principio de contributividad, que implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por el trabajador, lo que justifica que el legislador establezca que la base reguladora de la prestación se calcule en función de lo efectivamente cotizado ( STC 253/04, 1156/14 y 110/15 ).

7. Es también la que mejor garantiza el debido cumplimiento de la función de sustitución de rentas de activo atribuido a la pensión de incapacidad permanente absoluta, aproximando la cuantía de la prestación a las últimas retribuciones percibidas por la trabajadora.



8. No parece razonable jurídicamente que la Seguridad Social deje de abonar la pensión de incapacidad permanente absoluta y recaude las cotizaciones satisfechas en atención a la nueva ocupación durante el período de suspensión, por todas las contingencias, incluida la de incapacidad permanente, y a la vez niegue validez a esas cotizaciones a los exclusivos efectos de calcular el importe de la pensión en el caso de que una vez finalizada la prestación de servicios se mantenga el reconocimiento de la incapacidad permanente en el grado que corresponda.

9. Dicha conclusión aparece reforzada desde la perspectiva de los valores y derechos constitucionales en presencia. Por una parte, el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE, en conexión con los arts. 9.2, 14 y 49 CE, pues como apunta la STS 16/10/13 (rec. 907/12), otra salida tendría un efecto desincentivador sobre la reinserción laboral de los trabajadores afectados de una gran invalidez o de una incapacidad permanente absoluta, lo que no sucedería si se revisara el grado para reconocer, por ejemplo, una incapacidad total.

10. Por otra parte, es la que mejor garantiza la efectividad del mandato constitucional proclamado en el art. 41 CE de mantener un régimen público de Seguridad Social que dispense prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad, y las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima habida cuenta que la Administración de la Seguridad Social al admitir la suspensión de la prestación y la validez de las cotizaciones realizadas en función de un trabajo del que era concedora, desplegó una actuación definitoria de una situación jurídica que posteriormente pretende ignorar.

11. En conclusión, dado que la actividad ejercida por la demandante no era perjudicial o inadecuada para su equilibrio psíquico y sus limitaciones físicas, como lo confirma que siguiese desempeñándola durante varios años sin incurrir en proceso de incapacidad temporal alguno hasta que en el mes de julio de 2010 causó baja médica, no es posible dejar de extraer las consecuencias de la ulterior prestación de servicios sobre las relaciones jurídicas de Seguridad Social, que no se limitan a las de afiliación y cotización sino que alcanzan también a las de protección en la doble vertiente que esa situación provoca. Por una parte, la suspensión del abono de la pensión de incapacidad permanente que ya se produjo. Por otra, la toma en consideración de las nuevas cotizaciones en orden al acceso a las diversas contingencias del sistema, al margen de la naturaleza del riesgo, así como para la determinación de su cuantía, comprendida la prestación de incapacidad permanente, tanto si tras el nuevo período de actividad laboral, se mantiene el grado previamente reconocido como si se rebaja o aumenta.

**QUINTO.-** Por todo ello, oído el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso, lo que comporta la casación y anulación de la sentencia impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, debemos revocar asimismo la sentencia del Juzgado de lo Social, estimando la demanda origen de las actuaciones fijando el importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida la actora en el 100 por 100 de la base reguladora de 1.071,28 euros mensuales que aparece reflejada en el hecho probado quinto de la sentencia con efectos desde la fecha de efectos del cese en el trabajo. 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 Sr. Pitarch Roda, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Inés, contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1625/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón, de fecha 26 de marzo de 2015, recaída en autos núm. 911/2012, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre incapacidad permanente absoluta.

2º) Casar y anular dicha sentencia y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de igual clase formulado por la demandante y revocar la sentencia de instancia, con íntegra estimación de la pretensión ejercitada frente al INSS, debemos fijar el importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida en el 100 por 100 de la base reguladora de 1.071,28 euros mensuales, con efectos desde la fecha de efectos del cese en el trabajo, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias inherentes a la misma.

3º) No ha lugar a la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.