

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO***Sentencia 1205/2017, de 23 de mayo de 2017**Sala de lo Social**Rec. n.º 953/2017***SUMARIO:**

**Incapacidad permanente absoluta (IPA). Trabajador aquejado de una enfermedad aguda cerebrovascular, hemiplejía y crisis convulsivas. Compatibilidad con el trabajo como programador informático con jornada continuada de 6 horas de lunes a viernes. Improcedencia.** La norma no establece la compatibilidad general entre IPA y actividad laboral, sino la posibilidad de que el incapacitado absoluto, aun no pudiendo dedicarse a actividad laboral alguna por haber perdido la aptitud para el trabajo, pueda hacer uso de la capacidad residual que conserve para dedicarse a un trabajo de discreta intensidad en lo cuantitativo y en lo cualitativo, puesto que si tal trabajo fuera normal, no podría permanecer lucrando la prestación de incapacitado absoluto. En el caso analizado, si el grado de incapacidad permanente fuera total, podría ser acogida su pretensión, pero el trabajo citado no es propio de quien, como el demandante, padece las graves mermas funcionales antes reseñadas. Si es capaz de realizar una jornada diaria de 6 horas por cuenta ajena, su estado no sería el de incapacitado absoluto, por lo que si considera que se encuentra capacitado, habría de instar la revisión de la incapacidad. **Voto particular.** La actividad laboral mencionada es compatible con la pensión de IPA que viene percibiendo el demandante, ya que la LGSS no señala que haya de ser necesariamente una actividad marginal, superflua, accidental o esporádica. No hay que olvidar la realidad que nos circunda, también a nivel laboral, desatada por las nuevas tecnologías (la informática) y el teletrabajo, resultando que precisamente el actor se dedica a la programación informática a través de una pantalla de visualización de datos, en una actividad que se desarrolla en sedestación, en tarea que no se demuestra que implique de forma especial a la extremidad superior izquierda (el actor es diestro), siendo declarado apto por el servicio médico de empresa, ocupación que es a tiempo parcial y en la que goza de flexibilidad en sus horarios, paradas y pausas. No se puede hacer de mejor condición al trabajador declarado en incapacidad permanente total que al declarado en IPA, desmotivando la inserción social y laboral de quien se halla en IPA o en situación de gran invalidez y que, sin duda, a costa de esfuerzo, se inserta en el mercado laboral, postura que no cabe defender aludiendo a la presunta protección de la salud del incapacitado permanente, máxime si ha sido declarado apto para el trabajo por el servicio médico de empresa.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 198.2.

**PONENTE:***Don Jesús Pablo Sesma de Luis.***RECURSO Nº: Suplicación / E\_Suplicación 953/2017**

NIG PV 20.05.4-16/002777

NIG CGPJ 20069.34.4-2016/0002777

SENTENCIA Nº: 1205/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 23 de Mayo de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en Funciones, D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 16 de Febrero de 2017 , dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Luis Angel frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS, quien expresa el criterio de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" PRIMERO.- A D. Luis Angel por Resolución del INSS de fecha 28 de octubre de 2009 se le declaró en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con fecha 27 de octubre de 2009 prestando en aquel momento la profesión de cocinero autónomo.

#### Segundo.

Con fecha 29 de junio de 2016 tiene entrada en el INSS comunicación del actor de inicio de la actividad laboral simultánea a la condición de pensionista para realizar una actividad por cuenta ajena consistente en programador informático con una jornada del 75%.

#### Tercero.

Obra en autos certificado de la empresa Mirakonta, SL de fecha 21 de junio de 2016 en el que se describen las tareas de programación informática de placas electrónicas y aplicaciones, las cuales se indica se realizarán sentado frente a una pantalla de visualización de datos en el centro de trabajo de San Sebastián, Parque empresarial Zuatzu con una jornada de 6 horas diarias, prestada de lunes a viernes de 8 a 14 horas.

#### Cuarto.

Por Resolución de fecha 11 de julio de 2016 se acuerda la indicación del procedimiento de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta que viene percibiendo, con suspensión cautelar del disfrute de la prestación con efectos desde el 1 de agosto de 2016.

Con fecha 28 de julio de 2016 se declara la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta con los trabajos que efectúa desde 1 de julio de 2016, con efectos desde el 1 de agosto de 2016, ya que la realización por el incapacitado de determinadas actividades, no precisamente marginales, que entrañan el ejercicio de una profesión no puede compatibilizarse con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

Interpuesta Reclamación Previa se desestima por Resolución de 5 de agosto de 2016.

Quinto.

Obra en autos informe pericial de fecha 6 de febrero de 2017 de D. Edemiro , que se da por reproducido.

Sexto.

El Dictamen Propuesta de fecha 15 de octubre de 2009 indica como cuadro clínico residual enfermedad aguda cerebrovascular por malformación de arterio-venosa, hemiplejía de predominio en miembro inferior izda, crisis convulsivas en tratamiento y las limitaciones orgánicas y funcionales de hemiplejía de predominio en miembro inferior izda, crisis convulsivas.

Séptimo.

Obra en autos contrato de trabajo temporal suscrito por el actor con la empresa Mirakonta, SL y certificado de aptitud del actor para el puesto de programador a fecha de reconocimiento de 14 de septiembre de 2016, que se da por reproducido.

Octavo.

Se ha agotado la vía administrativa previa, dándose por reproducido el expediente tramitado."

**Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda presentada por D. Luis Angel , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y declaro el derecho del actor a compatibilizar la actividad de programador informático en Mirakonta, SL, con la percepción de la pensión por incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida, condenando al INSS y a la TGSS a estar y pasar por esta declaración y a reanudarle el pago de dicha pensión desde el 1 de agosto de 2016 fecha en que se le cursó la suspensión. "

**Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**

Frente a la estimación de la demanda la Seguridad Social denuncia en el recurso la infracción de los arts. 193 , 194-c ) y 198 de la Ley General de la Seguridad Social ; y del art. 18.4 de la Orden de 18 de Enero de 1996.

El demandante padece una enfermedad aguda cerebrovascular por malformación arterio-venosa; hemiplejía de predominio en miembro inferior izquierdo; y crisis convulsivas en tratamiento.

Atendiendo al informe pericial aportado por el interesado, éste presenta: debilidad de la extremidad superior izquierda con frecuentes contracturas y dolores musculares; capacidad manual conservada aunque con menor

fuerza; extremidad inferior también con paresia que impide bipedestación estática mantenida y dificulta para caminar en escaleras, plataforma móvil y terrenos irregulares; no realiza carrera ni salto; episodios de espamos que obstaculizan para inmovilizar la extremidad; mantiene tratamiento anticomicial; camina con paresia de pie izquierdo; no realiza marcha de puntas y talones; hiperreflexia rotuliana izquierda; atrofia muscular de 1'5 cms.; marcada debilidad para flexoextensión del pie (pie equino); y mano izquierda con falta de fuerza aunque mantiene capacidad de pinza, presa y garra.

Este estado dió lugar a que en 2009 la Seguridad Social le reconociera en estado de incapacidad permanente absoluta, sin que dicho estado haya experimentado mejoría alguna.

El art. 198.2 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado.

La norma no establece la compatibilidad general entre incapacidad permanente absoluta y actividad laboral (lo que constituiría una flagrante contradicción) sino la posibilidad de que el incapacitado absoluto, aun no pudiendo dedicarse a actividad laboral alguna por haber perdido la aptitud para el trabajo, pueda hacer uso de la capacidad residual que conserve para dedicarse a un trabajo de discreta intensidad en lo cuantitativo y en lo cualitativo, puesto que si tal trabajo fuera normal no podría permanecer lucrando la prestación de incapacitado absoluto.

La compatibilidad que pretende el demandante no cuenta con amparo legal. Aspira, sin abandonar la condición de incapacitado absoluto, a trabajar por cuenta ajena como programador informático con jornada continuada de 6 horas diarias de lunes a viernes (30 horas semanales, equivalente al 75% de una jornada ordinaria).

Si el grado de incapacidad permanente fuera total, podría ser acogida su pretensión. Pero el trabajo citado no es propio de quien, como el demandante, padece las graves mermas funcionales antes reseñadas, por las que se mantiene desde 2009 en estado de incapacidad permanente absoluta. Si es capaz de realizar una jornada diaria de 6 horas por cuenta ajena, su estado no sería el de incapacitado absoluto. En tanto permanezca en esta situación, no puede desempeñar aquel trabajo. Y si considera que se encuentra capacitado, habría de instar la revisión de la incapacidad.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de 16 de Febrero de 2017 (autos 554/16) dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Guipuzcoa en procedimiento instado por Luis Angel contra el recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar la resolución impugnada, desestimando la demanda originadora de las actuaciones.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

*VOTO PARTICULAR que emite la ILMA. SRA. MAGISTRADA D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA a la sentencia de esta Sala dictada en el Recurso 953/2017 al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la LOPJ*

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Único.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma del País Vasco, finalmente aprobada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta que le fue reconocida al demandante por resolución de la entidad gestora de 28 de octubre de 2009, con su trabajo por cuenta ajena como programador informático con jornada del 75% que desde junio de 2016 desempeña.

Tanto la entidad gestora en su recurso como la sentencia aceptan que el cuadro residual y menoscabo funcional que aqueja Don Luis Angel no ha variado en julio de 2016 (cuando el INSS dictó la resolución impugnada en demanda), respecto del que presentaba en octubre de 2009 al tiempo de ser declarado afecto de la incapacidad permanente absoluta, y por tanto que el actor es tributario de dicho grado de incapacidad permanente, dado que padece y padece una enfermedad aguda cardiovascular por malformación arterio-venosa, hemiplejía de predominio en miembro inferior izquierdo, crisis convulsivas en tratamiento, con limitaciones funcionales consistentes en la hemiplejía en miembro inferior izquierdo, con imposibilidad de bipedestación estática, deambulación sostenida y actividades que exijan fuerza o destreza con la extremidad superior izquierda.

Sin alteración alguna de la situación psico-física descrita como hemos subrayado, el actor comunicó al INSS el 29 de junio de 2016 el inicio de actividad laboral simultánea con la condición de pensionista, para desempeñar por cuenta ajena la actividad de programador informático en jornada del 75% (6 horas diarias), trabajos que realiza desde el 1 de julio de 2016, y que el INSS consideró incompatibles con la prestación de incapacidad permanente absoluta, suspendiendo cautelarmente su disfrute con efectos de 1 de agosto de 2016, resolución impugnada en demanda.

La decisión mayoritaria acoge el recurso de la entidad gestora asumiendo por tanto su línea argumental, solución de la que discrepo por lo que, con absoluto respeto a la decisión de mis compañeros pero considerando que se debía confirmar el criterio de la decisión de instancia, formulo el presente voto particular apartándome del criterio mayoritario.

### Segundo.

El único motivo planteado denuncia la infracción de los arts.193 , 194 c ) y 198 LGSS aprobada por RDL 8/2015 de 30 de octubre, y art.18.4 OM de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1996, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, para sostener que es incompatible y por tanto procede la suspensión del abono de la prestación de incapacidad permanente absoluta en tanto en cuanto el actor presta servicios por cuenta ajena y ello en aplicación del art.198 LGSS .

Razona la entidad gestora que son compatibles las pensiones de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez con el desempeño de actividades lucrativas siempre que: a) Sean compatibles con el estado del incapacitado permanente, puesto que responde a la finalidad de proteger su salud ( art.43.1 CE ), de manera que será incompatible con el percibo de la pensión cuando el trabajo que simultáneamente realiza resulte perjudicial para su salud ; y b) Que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, puesto que carece de sentido que continúe percibiendo una pensión que se concede para proteger una limitación de la capacidad laboral cuya intensidad ha disminuido o desaparecido.

En el particular supuesto sostiene que, pese a la jurisprudencia que acoge mayoritariamente una interpretación flexible de la incompatibilidad con el trabajo de la pensión de incapacidad permanente absoluta, en este caso no es compatible la actividad laboral por cuenta ajena que realiza el demandante con la pensión de incapacidad permanente absoluta puesto que comporta un estado de preocupación, ocupación y tensión que es incompatible en su desarrollo con su afección neurológica, por más que desarrolle esas funciones vía contratación a tiempo parcial.

Tesis que es la sostenida en la decisión mayoritaria con la que muestro mi disconformidad con base en los elementos fácticos reflejados en sentencia pero, sobre todo, con apoyo en la doctrina jurisprudencial.

La sentencia de instancia refleja que el actor en la actividad laboral iniciada en julio de 2016 se encuentra en el puesto de programador informático y realiza las tareas de programación informática de placas electrónicas y aplicaciones, llevándolas a cabo sentado frente a una pantalla de visualización de datos en el centro de trabajo de San Sebastián, en jornada de lunes a viernes de 8 a 14 horas si bien disfruta de libertad de horario para llevar a

cabo su jornada laboral de seis horas diarias, y flexibilidad, según señala la resolución judicial con apoyo en la testimonial.

Pues bien; esta actividad laboral es compatible con la pensión de incapacidad permanente absoluta que viene percibiendo Don Luis Angel desde el momento en que, como apunta la juzgadora en referencia al anterior art.141.2 LGSS -actual art.198.2 LGSS - no ha de ser necesariamente una actividad marginal, máxime habida cuenta de la realidad que nos circunda también a nivel laboral, desatada por las nuevas tecnologías (la informática) y el teletrabajo, resultando que precisamente el actor se dedica a la programación informática a través de una pantalla de visualización de datos, en una actividad que se desarrolla en sedestación, en tarea que no se demuestra que implique de forma especial a la extremidad superior izquierda (el actor es diestro), siendo declarado apto por el servicio médico de empresa, ocupación que es a tiempo parcial y en la que goza de flexibilidad en sus horarios, paradas, pausas¿.

La exégesis de la norma que defiende el INSS y que acoge la mayoría de la sección en la que me integro, se aparta de la doctrina de la Sala Cuarta sobre esta particular cuestión, y supone hacer de mejor condición al trabajador declarado en incapacidad permanente total que al declarado en incapacidad permanente absoluta tal y como expresamente advierte el Alto Tribunal al pronunciarse en estos supuestos, desmotivando la inserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y que sin duda, a consta de esfuerzo, se inserta en el mercado laboral, postura que no cabe defender aludiendo a la presunta protección de la salud del incapacitado permanente puesto que ha sido declarado apto para el trabajo por el servicio médico de empresa, y no se aporta a las actuaciones un solo informe médico ni prueba pericial que apoye ese perjuicio para su salud.

La Sala Cuarta mantiene esta línea de compatibilidad de trabajos con la prestación de incapacidad permanente absoluta en diversas sentencias (entre las más recientes SSTS 19 de marzo de 2013 y 14 de julio de 2010 - rcud 2011/2012 y 3531/2009 - además de SSTS de 30 de enero 2008 -rcud. 480/2007 - reproducida en la STS de 14 julio 2010 -rcud. 3531/2009 -).

Doctrina que en esta materia se resume así: "a) las dificultades que entraña el juicio de IPA y los amplios términos del art. 141.2 LGSS ) 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 de 1994 -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 y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS [antes, art. 138.2 LGSS/74 ], 2 RD 1071/1984 y 18.4 OM 18/01/96; 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 todo 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¿."

De conformidad con este criterio jurisprudencial, que es el seguido por la sentencia recurrida, sostengo que debió confirmarse la misma.

Así por este mi voto lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia junto con el VOTO PARTICULAR de la Ilma. Sra. Magistrada Doña ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0953-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0953-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.