

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 233/2019, de 20 de marzo de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 2648/2017

SUMARIO:

Incapacidad permanente absoluta –IPA– (cocinero). Trabajador aquejado de una enfermedad aguda cerebrovascular, hemiplejía y crisis convulsivas. Compatibilidad con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial (programador informático con una jornada continuada de 6 horas diarias de lunes a viernes). El derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta. Así lo reconoce el art. 35 de la CE y lo corrobora el artículo 198.2 de la LGSS, no estableciéndose límite alguno a la simultaneidad referida. La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en incapacidad permanente total (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). La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (pensión de jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 163 LGSS), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (consecuencia impuesta por la lógica del sistema) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo -psicofísico- por parte del inválido. [Vid. STSJ del País Vasco, de 23 de mayo de 2017, rec. núm. 953/2017 (NSJ057662), casada y anulada por esta sentencia].

PRECEPTOS:

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), arts. 163 y 198.2.
Constitución Española, art. 35.

PONENTE:

Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Magistrados:

Don MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don MARIA LUZ GARCIA PAREDES

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2648/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 233/2019

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 20 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Inmaculada Larzabal Ciriquiain, en nombre y representación de D. Antonio , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de mayo de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 953/2017 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia-San Sebastián, dictada el 16 de febrero de 2017 , en los autos de juicio núm. 554/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Antonio , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre compatibilidad de pensión de incapacidad permanente.

Ha sido parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 16 de febrero de 2017, el Juzgado de lo Social nº 1 de Donostia-San Sebastián, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda presentada por D. Antonio , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA 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".

Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " PRIMERO.- A D. Antonio 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. Daniel , 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".

Tercero.

Contra la anterior sentencia, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 23 de mayo de 2017, recurso 953/2017 , en la que consta el siguiente fallo: "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 Antonio contra el recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar la resolución impugnada, desestimando la demanda originadora de las actuaciones".

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la letrada D.ª Inmaculada Larzabal Ciriquiain, en nombre y representación de D. Antonio , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 30 de enero de 2008, recurso 480/2007 .

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, Instituto Nacional de la Seguridad Social, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso.

Sexto.

Se señaló para la votación y fallo el día 20 de marzo de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si es compatible la situación de incapacidad permanente absoluta, reconocida al trabajador y por la que percibe la correspondiente pensión, con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial.

2 .- El Juzgado de lo Social número 1 de San Sebastián dictó sentencia el 16 de febrero de 2017 , autos número 554/2016, estimando la demanda formulada por D. Antonio contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre COMPATIBILIDAD DE PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE, declarando el derecho del actor a compatibilizar la actividad de programador informático en Mirakonda SL con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y a reanudarle el pago de dicha pensión desde el 1 de agosto de 2016, fecha en la que se le cursó la suspensión.

Tal y como resulta de dicha sentencia, al actor se le declaró en situación de incapacidad permanente absoluta con fecha 27 de octubre de 2009 , teniendo en ese momento la profesión de cocinero autónomo. El 29 de junio de 2016 tuvo entrada en el INSS escrito del actor comunicando que iniciaba la realización de actividad laboral, simultánea a la condición de pensionista, para realizar una actividad por cuenta ajena, consistente en programador informático, con una jornada del 75%. En el certificado de la empresa Mirakonta SL se describen las tareas de programación informática de placas electrónicas y aplicaciones, que realiza el trabajador sentado frente a una pantalla de visualización de datos en el centro de trabajo de San Sebastián, Parque Empresarial Zuatzu, con jornada de 6 horas diarias, de lunes a viernes. El 28 de julio de 2016 se procedió por el INSS a declarar la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta con el trabajo que efectúa desde el 1 de julio de 2016, con efectos desde el 1 de agosto de 2016, por no ser compatible con su estado. En el dictamen-propuesta de 15 de octubre de 2009 consta el siguiente 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."

3.- Recurrida en suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 23 de mayo de 2017, recurso número 953/2017 , estimando el recurso formulado, revocando la resolución recurrida y desestimando la demanda.

La sentencia entendió que:

"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)."

4. - Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Inmaculada Larzabal Ciriquiain, en representación de D. Antonio , recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 30 de enero de 2008, recurso número 480/2007 .

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

Segundo.

1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 30 de enero de 2008, recurso número 480/2007 , desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006, recurso número 4622/2006, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , que confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social número 16 de Barcelona de 27 de febrero de 2006 , autos 653/2005, estimando la demanda presentada por D. Joaquín .

Consta en dicha sentencia que el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, por enfermedad común, por resolución de 13 de febrero de 1974. Su profesión habitual era ayudante cocinero. Las lesiones que dieron lugar a dicha declaración fueron: "Paraplejia por luxación y fracturas de vértebras D9 y D10". Iniciado por la Entidad Gestora expediente revisión por reanudación de actividad, fue reconocido médicamente por la UVAMI determinándose las siguientes lesiones: "Paraplejia -S. medular completa por debajo del décimo segmento neurológico dorsal-secundaria a fractura de D9 y D10 que sufrió en 1972". El INSS dictó resolución el 1 de junio de 2005 declarando no haber lugar a revisar el grado de incapacidad concedido porque las secuelas siguen constituyendo el grado de incapacidad en su día reconocido y suspender temporalmente el percibo de la pensión desde la fecha de la resolución, sin afectar la misma al incremento de gran inválido. Formulada reclamación previa, fue desestimada por resolución definitiva de fecha 10.08.2005 que agotó la vía administrativa. Las lesiones que padece actualmente la parte actora son: "Paraplejia -S. medular completa por debajo del décimo segmento neurológico dorsal- secundaria a fractura de D9 y D10 que sufrió en 1972". El día 1 de marzo de 1993, el actor comenzó a prestar servicios para la empresa Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus, con la categoría de oficial 2º especialista y a jornada completa, siendo subrogada en fecha 1 de diciembre de 2004 por la Mancomunitat de Municipis de Area Metropolitana de Barcelona. El actor de la empresa subrogada, siguió teniendo la misma categoría profesional de oficial 2ª especialista, con jornada de 35 horas semanales, siendo sus funciones la realización de dibujos de planos en ordenador. En fecha 27 de abril de 1993, el actor comunicó al INSS su alta laboral en la empresa Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus, dictándose resolución el 15 de diciembre de 1993 por la que se suspendía temporalmente el percibo de la pensión por reanudación de actividad, acordándose posteriormente su anulación abonando de nuevo la pensión al actor con los atrasos correspondientes.

La sentencia entendió que es compatible con la pensión de gran invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"a).- La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social [como más arriba hemos adelantado], pues ya la STS 02/03/79 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969 , puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas"; y la ya citada STS 06/03/89 considera inaplicable las limitaciones derivables del art. 138-2 LGSS /74 a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones].

b).- 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, que resulta exigible ex art. 35 ET , siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT.

c).- 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].

d).- 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 [pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 122 LGSS], lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta -se dice- por la lógica del Sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo - psicofísico- por parte del inválido; y

e).- Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa -en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

3.- Es innegable que el planteamiento contrario [seguido por la Resolución de 2/Noviembre/92, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social] apunta ya en el art. 2 del RD 1071/1984 [23 /Mayo] y se evidencia aún más en la OMIL [OM 18/01/96], dictada para el desarrollo del RD 1300/95 [21/Julio], sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en cuyo art. 18.4 se regula la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos de que el percceptor de IP ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, "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 [prestación por incapacidad permanente], cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social ". Pero estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas "ultra vires" 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- ineficaces; lo que afirmamos sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión".

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de pensionistas de incapacidad -incapacidad permanente absoluta en la sentencia recurrida, gran invalidez en la sentencia de contraste- que, con posterioridad a que les fuera declarada dicha situación, comienzan a prestar servicios por cuenta ajena de carácter no marginal - programador informático en la sentencia recurrida, oficial de 2ª especialista con función consistente en la realización de dibujos de planos en ordenador, en la de contraste- a tiempo parcial -30 horas en la sentencia recurrida y 35 horas en la sentencia de contraste-, con el percibo de la pertinente retribución. El contraste se produce a fortiori ya que es superior el grado de incapacidad reconocido en la sentencia recurrida, así como el número de horas que el trabajador realiza a la semana, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida entiende que no es compatible la situación de incapacidad permanente absoluta reconocida al trabajador con la realización de un trabajo retribuido por cuenta ajena, la de contraste resuelve que es compatible.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que las lesiones por las que se ha reconocido la situación incapacitante sean diferentes en cada uno de los supuestos enfrentados pues lo relevante es que las mismas inhabilitan al trabajador para toda profesión u oficio requiriendo, además, en el supuesto de la sentencia de contraste la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Tercero.

1.- El recurrente alega que la sentencia recurrida vulnera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de enero de 2008, recurso 480/2007 , 10 de noviembre de 2008 y 14 de octubre de 2009 .

2.- Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2008, recurso 56/2008 :

"El Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificó doctrina en esta materia en la sentencia de 30 de enero de 2.008 (Rec. 480/2007), a cuyas razones jurídicas aquí hemos de atenernos, por razones de seguridad jurídica.

En ella se parte de que el artículo 141.2 LGSS contiene un principio general de compatibilidad entre el percibo de la prestación por incapacidad permanente y aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, y en esa situación, la doctrina de la Sala explica que <<... en la interpretación de tan críptico precepto -se dice literalmente en ella- y en la determinación de las actividades "compatibles", el razonamiento interpretativo se enfrenta a dos preceptos (arts. 135.5 y 141.2 LGSS) que literalmente se muestran de difícil conciliación. En efecto, si bien la categórica definición de la IPA (art. 135.5 LGSS /74), al ir referida a "toda profesión u oficio", determina que la actividad compatible con la pensión por fuerza hubiera de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que reste al beneficiario (tradicionalmente denominada "residual") y que -por la propia definición de la IPA- no integre cualquier "profesión u oficio", muy contrariamente los amplios términos del art. 141.2, invita a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo.>>

<<Ha sido criterio tradicional de la Sala (salvo alguna excepción a la que nos referiremos más adelante), manifestado con anterioridad a la unificación de doctrina, el de que los trabajos "compatibles" resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución; es más, se argumenta que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las "actividades compatibles con el estado del inválido" a que alude el art. 141.2 LGSS bien pudieran identificarse con las que refiere el art. 7.6 LGSS (para excluirlas del campo de aplicación del RGSS) y que el precepto define como aquellas que "en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida".>>

<<En esta línea se ha afirmado que la actividad compatible de que trata el art. 141.2 LGSS /94 no comprende "el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez" (SSTS 19/12/88 ; y 26/12/88), sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (SSTS 07/07/86 ; 19/12/88 ; y 26/12/88), pues "no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes" (STS 26/01/89). Y esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de IPA y GI por necesidad ha de ser de escasa significación, es una consecuencia -se dice- de que la interpretación del art. 141.2 LGSS ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y el concepto de IPA; en palabras de la STS 20/12/85 -reiteradas por la de 13/05/86 -, "... el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo".>>

<<Pero la cuestión que se plantea no ofrece la misma claridad si se atiende al dato de que 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 (23/mayo) y 18.4 OM 18/01/96 (en este sentido, las SSTS 06/10/87 ; 03/11/87 ; 23/11/87 ; 26/01/89 ; 26/01/89 ; y 20/02/89). Y también -con doctrina clásica de la Sala- si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal -no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación (legalmente definida como la que "inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio"), la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencian el propio art. 138.2 LGSS /74 (STS 06/03/89); y de que "... los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse ... de suerte que sólo cabe apreciarlo (el supuesto de IPA) cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral" (STS 12/02/79).>>

<<En otras palabras, con la disposición del art. 141.2 LGSS ("las pensiones vitalicias ... no impedirán el ejercicio de aquellas actividades ... compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de revisión"), el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso

concepto de la IPA que proporciona el reproducido art. 135.5 LGSS /74 y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación.>>

Cuarto.

Hechas las anteriores consideraciones, la sentencia del Pleno de la Sala, a la vista de esa aparente contradicción que parece surgir de los preceptos aplicables, valorando las argumentaciones que en tal sentido expone, como en el presente recurso, el INSS, lleva a cabo los siguientes razonamientos que avalan la discutida compatibilidad:

<<a) La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social (como más arriba hemos adelantado), pues ya la STS 02/03/79 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades 'superfluas, accidentales o esporádicas';" y la ya citada STS 06/03/89 considera inaplicable las limitaciones derivables del art. 138-2 LGSS /74 a quienes habían sido declarados en situación de IPA sin derecho a prestaciones).

b) La literalidad del precepto - art. 141.2 LGSS /94 - apunta a la compatibilidad trabajo/pensión ("las pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles"), al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex. art. 35 ET , siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT.

c) 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).

d) 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 (pensión de Jubilación/nueva prestación por IPA; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 122 LGSS), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (consecuencia impuesta -se dice- por la lógica del Sistema) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo -psicofísico- por parte del inválido.>>.

Finalmente, la Sala se detiene a analizar en el inciso tercero del Fundamento cuarto el problema referido a la incidencia que en el problema jurídico así planteado supone la literalidad del artículo 18.4 de la OM de 18 de enero de 1.996 dictada para el desarrollo del RD 1300/95, de 21 de julio , sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en el que se regula la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos de que el perceptor de incapacidad permanente ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena , "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 ", disposiciones reglamentarias que se consideran "ultra vires" y por tanto ineficaces ante la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 141.2 LGSS , que no contiene remisión alguna a desarrollo reglamentario y todo ello, como se dice literalmente en la sentencia del Pleno, "sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión".

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a la consideración de la Sala, forzoso es concluir que procede la estimación del recurso formulado. En efecto, es claro que el trabajador no ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado y no se ha procedido por la gestora a la revisión de la incapacidad declarada, en virtud de una mejoría o de un error de diagnóstico, por lo que procede declarar que la situación de incapacidad permanente absoluta reconocida al recurrente D. Antonio es compatible con la realización del trabajo a tiempo parcial de programador informático en Mirakonda SL.

Cuarto.

Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Inmaculada Larzabal Ciriquiain, en representación de D. Antonio , contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 953/2017 , interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada el 16 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de los de San Sebastián , autos 554/2016.

No procede la condena en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS .

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Inmaculada Larzabal Ciriquiain, en representación de D. Antonio , contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 953/2017 , interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada el 16 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de los de San Sebastián , autos 554/2016, seguidos a instancia de D. Antonio contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre COMPATIBILIDAD DE PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Declarar la firmeza de la sentencia de instancia.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

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.