

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 35/2020, de 16 de enero de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 3700/2017***SUMARIO:**

**Incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Beneficiario que es declarado posteriormente en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, para una nueva profesión, también en el RGSS. Agravación de su situación como consecuencia de un accidente cerebral por el que se le reconoce una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común. Determinación de la nueva base reguladora.** Aun cuando en la vía administrativa se hubiera resuelto que la situación del demandante era calificable como de incapacidad total para otra profesión distinta a aquella que dio lugar a una pensión previa, lo cierto es que la revisión judicial de tal situación y la conclusión de que el trabajador se halla incapacitado de forma absoluta para el desempeño de toda actividad laboral, precisamente dentro del mismo régimen, supone una innegable alteración de la calificación de su estado general que impide sostener de forma lógica que una misma persona puede carecer de capacidad para todo trabajo y, a la vez, estar incapacitado solo para una profesión concreta. Y tal incongruencia se agrava aún más si se tiene en cuenta que el beneficiario de ambas prestaciones estará sometido a la incompatibilidad propia del sistema interno del mismo Régimen General. De ahí que no resulta admisible la reducción de la protección, vía disminución de la base reguladora y, en consecuencia, esta deberá ser la misma ya aplicada a la prestación inicial que obedecía a una situación que ahora se ha agravado y, por ello, aquella pensión se ve sustituida por la que corresponde a la mayor afectación de la salud del trabajador. No se cuestiona aquí la atribución de responsabilidad en el abono de la pensión derivada de contingencias profesionales, siendo en todo caso el INSS el responsable del pago de las superiores consecuencias económicas de la agravación por estar motivadas por enfermedad común. En consecuencia, la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida debe calcularse sobre la base reguladora fijada en su momento para la pensión de incapacidad permanente total por contingencias profesionales.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 1/1994 (TRLGSS), art. 143.

**PONENTE:**

*Doña María Lourdes Arastey Sahun.*

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ  
Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA  
Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER  
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3700/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.ª María Lourdes Arastey Sahún

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 35/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 16 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, y por D. Arcadio, representado y asistido por D. Javier de Comingés Cáceres contra la sentencia dictada el 18 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 1115/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Vigo, en autos núm. 915/2015, seguidos a instancia de D. Arcadio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), la mercantil Frutas Sol Vigo S.L. y la Mutua Fremap.

Han comparecido como partes recurridas los también recurrentes Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y D. Arcadio y Fremap, y Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61, esta última representada y asistida por el letrado D. Francisco Rueda Pérez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### Primero.

Con fecha 2 de diciembre de 2016 el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Vigo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.- D. Arcadio, nacido el día NUM000/1975, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, siendo su última profesión habitual la de comercial. Al tiempo el (sic) hecho causante había cotizado 153 días de RETA. -Expediente administrativo.

Segundo.- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 6/07/2012, dictada conforme el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 2/07/2012, previos los exámenes médicos procedentes, se acordó la "calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado de total, por accidente de trabajo, siendo su cuadro residual síndrome subacromial de hombro derecho (rector), jartropatía traumática acromioclavicular derecha, lesión del nervio espinal derecho con secuela de limitación de la movilidad escapulotorácica derecha.- Expediente administrativo.

Tercero.- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 14/10/2015, dictada conforme el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 29/09/2014 previos los exámenes médicos procedentes, se acordó calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado de total para su nueva profesión de comercial.

Formulada reclamación previa, fue desestimada por resolución de 10/12/2014.

Se interpuso demanda ante la jurisdicción social, dando lugar a los autos SSS 56/2015 de los que conoció el Juzgado nº 2 de esta localidad, que en fecha 7/09/2015 tuvo por desistido al actor de la demanda por incomparecencia en el acto del juicio. -Expediente administrativo.

Cuarto.- Formulada nueva reclamación previa, en fecha 25/09/2015, frente la misma resolución, por resolución del 9/10/2015, fue desestimada, agotando la vía administrativa previa. - Expediente administrativo.

Quinto.- En fecha 27/08/2015 se incoó procedimiento de revisión por posible mejoría de su situación de incapacidad permanente. Previo examen del EVI, por resolución de 28/10/2015, se declaró no haber variación en el estado de las lesiones que determine la modificación del grado de incapacidad.

Quinto.- La base reguladora de la prestación derivada de enfermedad común asciende a 703,87 euros. - Folio 63.

Sexto.- Objetiva el informe médico de revisión de grado de fecha 26/10/2015, que el actor padece accidente de cerebro (sic) vascular, ictus isquémico protuberencial y cerebeloso, trastorno de la arteria basilar.

Se indica que persiste el mismo grado de limitaciones, moderada para deambulaciones irregulares y para aquellas de riesgo para sí y/o terceros, así como actividades que precisen comunicación verbal fluida y para aquellos trabajos que requieran moderados-requerimientos intelectivos."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimo la (sic) parcialmente demanda en materia de incapacidad permanente absoluta interpuesta por D. Arcadio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa Frutas Sol Vio, S.L., y la Mutua Fremap, debo declarar y declaro que la demandante se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de contingencia común, y, en consecuencia, reconozco su derecho a percibir la prestación económica, en los términos y con los efectos que reglamentariamente procedan, debiendo los demandados estar y pasar por dicha declaración.

Asimismo, confirmo la resolución impugnada en cuanto a la incompatibilidad de las prestaciones, desestimando la demanda en dicho extremo."

### **Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Arcadio, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2017, en la que, estimando el motivo planteado a tal fin por la parte actora, se realiza una modificación del relato fáctico a fin de introducir en el ordinal quinto la base reguladora de la prestación de "IPT derivada de accidente en el año 2012 (1.090,06 euros)".

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

"Que estimando en parte el recuso de suplicación interpuesto por la representación letrada de don Arcadio y desestimando el recurso interpuesto por la representación letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha dos de diciembre del año dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social núm. tres de los de Vigo, en proceso sobre incapacidad promovido por Arcadio frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida en el sentido de que la incapacidad permanente absoluta reconocida lo es con efectos de 13 de octubre de 2014."

### **Tercero.**

Por las representaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de D. Arcadio se formalizaron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), los recurrentes proponen como sentencias de contraste, por parte del INSS, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2016, (rollo 322/2016), y por parte de D. Arcadio, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 12 de junio de 2000, (rcud. 898/1999).

#### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de fecha 1 de febrero de 2018 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días.

Presentados los escritos de impugnación por las recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar ambos recursos improcedentes.

#### **Quinto.**

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de enero de 2020, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1. Frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se alzan en casación unificadora ambas partes litigantes. Dicha sentencia confirmó el pronunciamiento de instancia que estimaba en parte la demanda del actor y declaraba al mismo en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, determinando que la misma se lucraba por el Régimen General (RG) de la Seguridad Social. No obstante, la Sala de suplicación acoge en parte el recurso de suplicación del demandante en el sentido de determinar que la fecha de efectos de la prestación debía de ser la de 13 de octubre 2014.

2. Para una recta comprensión del debate litigioso, que ahora accede ante esta Sala, recordemos que el actor era beneficiario de una pensión de incapacidad permanente total, derivada de accidente de trabajo, desde julio de 2012, sobre una base reguladora de 1090,06 € (hecho probado segundo, modificado en suplicación).

Con posterioridad, por resolución administrativa de 14 de julio de 2014, la Entidad Gestora le declaró en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, para una nueva profesión y con una base reguladora de 703,87 € (hechos probados segundo y quinto). Esta segunda prestación se conoció también por el RG dado que, si bien el actor acredita cotizaciones al Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), las mismas eran insuficientes para lucrar la pensión.

Interpuesta reclamación administrativa frente a la segunda de las resoluciones citadas, fue desestimada por resolución de 10 de diciembre de 2014. Frente a ella, el beneficiario presentó demanda de la que se le declaró desistido por resolución del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo el 7 de septiembre de 2015 (hecho probado tercero). El día 25 de septiembre siguiente presentó el actor nueva reclamación previa, desestimada por resolución de 9 de octubre, frente a la cual finalmente se insta el procedimiento actual (hecho probado cuarto).

#### **Segundo.**

1. El demandante inicial pretende que la pensión de incapacidad permanente absoluta, que se le ha reconocido en la instancia, se calcule sobre la base reguladora fijada en su momento para la pensión de incapacidad permanente total que le fue reconocida por contingencias profesionales (esto es, 1090,06 €).

Sostiene en su recurso que la sentencia recurrida infringe el art. 143 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (LGSS-94) y los arts. 17 a 19 de la OM de 18 enero 1996, 36 a 40 de la OM de 15 abril 1969 y 17 a 21 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.

2. Para cumplir con el ineludible requisito de la contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS, esta parte recurrente invoca la STS/4ª/Pleno de 12 junio 2000 (rcud. 898/1999).

Se trataba allí de un litigio en torno a la determinación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta. En torno a la discusión respecto de la base reguladora sobre la que ha de calcularse dicha pensión de incapacidad permanente absoluta cuando tal situación es consecuencia de la agravación del previo grado de total, la Sala señaló que la pensión que trae causa de la revisión por agravación no es una pensión distinta, sino "una sola prestación de la Seguridad Social, y por ello la base reguladora de la misma ha de ser también única", ni siquiera cuando la contingencia determinante de la agravación fuera distinta del reconocimiento del grado inicial.

La contradicción existe puesto que, aun cuando en el presente caso la sentencia recurrida niegue que se haya seguido un expediente de revisión de grado, lo cierto es que el beneficiario era pensionista de incapacidad permanente total y, tras el análisis judicial de instancia de sus dolencias, es reconocido como incapacitado para toda profesión, con independencia de que el expediente administrativo inicial hubiera concluido con una declaración de otra incapacidad permanente total para otra profesión; y ello nos conduce a abordar los efectos de la doctrina sentada por la sentencia referencial en tanto que la misma partía de un ya consolidado y antiguo criterio jurisprudencial según el cual, el estado de salud del trabajador "que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente".

3. Entrando, pues, en el examen del recurso del demandante debemos atenernos a las premisas y razonamientos que se plasman en la sentencia de contraste, los cuales hemos considerado y mantenido posteriormente en las STS/4ª de 29 septiembre 2004 (rcud. 60/2003), 4 noviembre 2004 (rcud. 1045/2003) y 5 julio 2010 (rcud. 3367/2009), y únicamente hemos excepcionado en el caso de la STS/4ª de 12 mayo 2010 (rcud. 3316/2009) por las particulares circunstancias allí concurrentes de tratarse de pensiones lucradas en regímenes distintos y aplicar, en consecuencia, la compatibilidad de las prestaciones.

4. Para alcanzar la solución al caso hemos de recordar, asimismo, la doctrina sentada por esta Sala IV del Tribunal Supremo, según la cual no existen diferencias sustanciales en los procedimientos administrativos de declaración y revisión de incapacidad, dado que ambos tienen la misma finalidad, que no es otra que la evaluación conjunta del estado del trabajador desde la óptica de su capacidad para prestar servicios. No puede olvidarse que el solicitante "no siempre estará en condiciones de saber en el momento de la incoación del expediente si el resultado de la evaluación practicada va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas que se han agravado, o la declaración de una invalidez derivada de secuelas de dolencias distintas. Así las cosas, va en contra del principio de eficacia administrativa el obligar al asegurado a recorrer de nuevo el circuito del procedimiento de declaración de invalidez, cuando el procedimiento de revisión ha producido o ha podido producir el mismo efecto de verificación de su estado físico y de comprobación del cumplimiento de requisitos para el reconocimiento de prestaciones" ( STS/4ª de 7 julio 1995 -rcud 1349/1993- y 2 octubre 1997 -rcud 4575/1996-).

5. Por ello, aun cuando en la vía administrativa se hubiera resuelto que la situación del demandante era calificable como de incapacidad total para otra profesión distinta a aquella que dio lugar a una pensión previa, lo cierto es que la revisión judicial de tal situación y la conclusión de que el trabajador se halla incapacitado de forma absoluta para el desempeño de toda actividad laboral, precisamente dentro del mismo régimen, supone una innegable alteración de la calificación de su estado general que impide sostener de forma lógica que una misma persona puede carecer de capacidad para todo trabajo y, a la vez, estar incapacitado sólo para una profesión concreta.

Y tal incongruencia se agrava aún más si se tiene en cuenta que el beneficiario de ambas prestaciones estará sometido a la incompatibilidad propia del sistema interno del mismo RG.

6. De ahí que, como señalaba la sentencia referencial, no resulta admisible la reducción de la protección, vía disminución de la base reguladora y, en consecuencia, ésta deberá ser la misma ya aplicada a la prestación inicial que obedecía a una situación que ahora se ha agravado y, por ello, aquella pensión se ve sustituida por la que corresponde a la mayor afectación de la salud del trabajador.

7. No se cuestiona aquí la atribución de responsabilidad en el abono de la pensión derivada de contingencias profesionales, siendo en todo caso el INSS el responsable del pago de las superiores consecuencias económicas de la agravación por estar motivadas por enfermedad común.

8. En suma, hemos de estimar el recurso del demandante inicial y, en consecuencia, fijar el importe de la pensión ya reconocida en la instancia en la suma del 100% de la base reguladora de 1090,06 €.

### Tercero.

1. Aun cuando no se explicita convenientemente en el suplico, el recurso del INSS busca que se modifique la fecha de efectos de la prestación de incapacidad permanente absoluta y se fije la misma en la que corresponde a los tres meses anteriores a la reclamación previa. En concreto, se refiere la Entidad Gestora a la segunda reclamación previa que se formuló por el actor (la de 25 de septiembre de 2015).

2. El recurso invoca, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 29 junio 2016 (rollo 322/2016).

En la indicada sentencia de contraste se resuelve sobre la determinación de la fecha de efectos económicos de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común en un supuesto en que, al igual que acontece en el presente, se había presentado ya una demanda contra la resolución de la Entidad Gestora de la que se desistió.

La Sala de Las Palmas considera que los efectos económicos de la pensión controvertida sólo pueden retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud. Es ésta una conclusión completamente opuesta a la que llega la sentencia recurrida, la cual, como ya hemos indicado, fija tales efectos en la fecha de la resolución administrativa. Por consiguiente, no hay duda de que concurre la imprescindible contradicción.

3. Denuncia la Entidad Gestora recurrente la infracción del art. 43 LGSS-94 (actual art. 53 de la LGSS-2015), en relación con el art. 71 LRJS, para sostener que, si bien el demandante podía reiterar la reclamación previa mientras no hubiera prescrito su derecho, tal posibilidad se halla delimitada por el efecto retroactivo de los tres meses anteriores a dicha solicitud, entendiéndose por tal la reclamación previa que dio lugar al presente procedimiento judicial.

4. Recordemos que en el presente caso la propia Entidad Gestora había fijado los efectos económicos de la prestación en 13 de octubre de 2014, al declarar al actor en situación de incapacidad permanente total. La circunstancia de que éste interpusiera una primera demanda de la que luego desistió sólo podría incidir, en su caso, en la eventual prescripción de su derecho. Mas, habida cuenta de la no afectación de dicho instituto de la prescripción -lo que el propio INSS admite-, la fecha de efectos de la prestación se mantiene en los términos establecidos para este tipo de protección.

Al efecto, se ha venido estableciendo lo siguiente: a) cuando la persona trabajadora es declarada en situación de incapacidad permanente si la solicitud no va precedida de una situación de incapacidad temporal (IT) y el solicitante estuviera prestando servicios, se distingue entre la fecha del hecho causante -fecha de emisión del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, ex art. 13.2, par. segundo OM de 18 de enero de 1996- y la de efectos económicos de la prestación -fecha del cese en el trabajo- ( STS/4ª de 19 diciembre 2003 -rcud. 2151/2003-, 13 octubre 2004 -rcud. 6096/2003-, 18 mayo 2006 -rcud. 425/2005-, 19 enero 2009 -rcud. 1764/2008- y 17 febrero 2009 -rcud. 1827/2008-, entre otras); b) cuando el solicitante estuviera siendo perceptor del subsidio de IT, el hecho causante se sitúa en la fecha de extinción de ésta, de suerte que la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente se fija en la fecha de su calificación, salvo que el importe de ésta sea superior, en cuyo caso se retrotraerá a la fecha del dictamen del Equipo de Valoración ( STS/4ª de 24 abril 2002 -rcud. 2871/2001-).

Por ello, no cabe alterar la protección del beneficiario en atención a una limitación de efectos que no resulta aplicable a un supuesto como el presente en el que, como hemos indicado, no se produce prescripción del derecho. La fecha de efectos de la prestación se halla correctamente fijada por la propia resolución administrativa inicial, a la que se atiende con acierto la sentencia recurrida.

5. Lo dicho nos conduce a la desestimación del recurso de casación unificadora del INSS.

**Cuarto.**

1. De lo razonado hasta ahora resulta que, al desestimarse el recurso del INSS y estimarse el recurso de la parte demandante, debemos casar y anular en parte la sentencia recurrida en el sentido de estimar en parte el recurso de suplicación de dicha parte y, con revocación parcial de la sentencia recurrida, fijar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta allí reconocida en la suma de 1090,06 €, condenando al INSS al pago del porcentaje correspondiente en proporción a la distribución del incremento de los grados de incapacidad.

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

**FALLO**

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

desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y estimar el interpuesto por D. Arcadio y, en consecuencia, casamos y anulamos en parte la sentencia dictada el 18 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 1115/2017, en el sentido de estimar en parte el recurso de suplicación del trabajador y, con revocación parcial de la sentencia recurrida, fijar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta allí reconocida en la suma de 1090,06 €, condenando al INSS al pago del porcentaje correspondiente en proporción a la distribución del incremento de los grados de incapacidad. 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.