

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

Sentencia 773/2019, de 13 de noviembre de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 2270/2017

**SUMARIO:****Pluriactividad. Cómputo de cotizaciones para incrementar la cuantía de la base reguladora.**

*Interpretación del artículo 49 de la LGSS (anteriormente disp. adic. 38.ª). Trabajador afiliado al RGSS y al RETA que es declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT) con derecho a percibir la correspondiente pensión calculada sobre una base reguladora resultante de computar las cotizaciones al RGSS. Solicitud de reconocimiento de una base en la que se computen también las cotizaciones al RETA, régimen en el que siguió en alta y así permanecía al tiempo de formular su demanda. Lo que la norma aplicable pretende es que, ante la imposibilidad de que las cotizaciones efectuadas en un régimen no den derecho a pensión, puedan acumularse a las efectuadas en el otro régimen a los efectos exclusivos del cómputo de la base reguladora. Ahora bien, esa posibilidad está condicionada, normativamente, a que con ello no se exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y a que quede acreditado que en el régimen cuyas cotizaciones se acumulan «no se cause derecho a pensión». Y este último requisito no se refiere en modo alguno al momento en que se solicita la pensión sino al dato de que no exista posibilidad real de causar derecho a pensión en el régimen cuyas cotizaciones se acumulan. Es, por tanto, la imposibilidad de que determinadas cotizaciones sirvan para causar derecho a pensión lo que desencadena el beneficio previsto por la norma, esto es, que las cotizaciones no se pierdan y puedan acumularse. Ahora bien, cuando tal imposibilidad no existe en la medida en que resulta posible que en el futuro se cause pensión por dicho régimen, no puede darse por cumplido tal requisito que constituye condición indispensable para que se produzca el beneficio previsto por la norma.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), art. 49.

**PONENTE:**

*Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.*

Magistrados:

Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2270/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 773/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 13 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Herminio, representado y asistido por el letrado D. Sergio Arce Sobrao, contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 199/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, de fecha 9 de enero de 2017, recaída en autos núm. 141/2016, seguidos a instancia de D. Herminio, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Incapacidad.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 9 de enero de 2017 el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimar la demanda presentada por Herminio contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y habiendo lugar a declarar a la parte demandante en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de Monitor de gimnasio, derivada de enfermedad común, condenar a las demandadas a acatar el presente pronunciamiento, y a abonarle las cantidades estipuladas legal y reglamentariamente, teniendo en cuenta la base reguladora de 781,56 €/mes, más las mejoras y revalorizaciones que correspondan, y con efectos económicos desde 15-12-15".

#### **Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Herminio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, la cual dictó sentencia en fecha 19 de mayo de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso interpuesto por D. Herminio contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Cinco de Santander, con fecha nueve de enero de 2017, proceso 141/2016, dictada en virtud de

demanda seguida por D. Herminio contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre incapacidad, confirmando íntegramente dicha resolución".

#### **Tercero.**

Por la representación de D. Herminio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 17 de junio de 2014, recurso nº 6138/2012.

#### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por la letrada de la Seguridad Social en representación de la parte recurrida, Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

#### **Quinto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de noviembre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1.- La cuestión a dilucidar en el presente en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la correcta interpretación del actual artículo 49 LGSS (antigua Disposición Adicional 38ª) en un supuesto en el que el recurrente estaba afiliado al RGSS y, posteriormente, al RETA; y resultó beneficiario de una prestación derivada de incapacidad total para la profesión habitual, manteniendo El alta en el RETA por otra actividad y, calculada la pensión con las cotizaciones al RGSS, se discute si deben computarse también las cotizaciones al RETA.

2.- El actor recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 19 de mayo de 2017, dictada en el rec. 199/2017, que desestimó su recurso de suplicación y, con confirmación de la sentencia de instancia, desestimó la demanda inicial en la que el actor solicitaba incremento de su pensión. Consta en dicha sentencia lo siguiente: El recurrente estuvo afiliado al Régimen General de la Seguridad Social por su profesión de monitor de gimnasio. También está de alta en el RETA desde el 1 de diciembre de 2012 por la actividad de gestor de herbolario. Causó baja por incapacidad temporal en abril de 2014 por un desprendimiento de retina y después de tramitarse el expediente de incapacidad permanente la entidad gestora denegó el reconocimiento de una incapacidad en cualquiera de sus grados. La empresa lo dio de baja por ineptitud sobrevenida. El trabajador presentó demanda impugnando la resolución del INSS. La sentencia de instancia estimó la demanda y lo declaró en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de monitor de gimnasio con derecho a percibir la correspondiente pensión calculada sobre una base reguladora resultante de computar las cotizaciones al Régimen General. El actor recurrió en suplicación para que se le reconociese una base reguladora computando también las cotizaciones al RETA, régimen en el que siguió de alta y así permanecía al tiempo de formular su demanda.

La sentencia recurrida desestimó el recurso del actor YA que la expresión "sin derecho a pensión" debe ser un hecho ya acreditado, mientras que el demandante en este caso sigue de alta en el RETA y es una posibilidad que en un futuro acceda a una pensión por ese Régimen. Es decir, la expresión de que "no se cause derecho a pensión a uno de ellos" quiere decir que esa posibilidad esté descartada, no que constituya una posibilidad futura. La sala considera inadmisibles que haya dos prestaciones en un futuro calculadas cada una de

ellas conforme a lo cotizado en cada Régimen, mediante un recálculo de cotizaciones y minorando la base reguladora de la pensión ahora reconocida, como pretende el recurrente.

### Segundo.

1.- Para sostener su recurso, el recurrente aporta de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de junio de 2014 (r. 6138/2012), en la que se debate asimismo la interpretación de la disposición adicional 38ª LGSS/1994 en un supuesto de afiliación y alta al Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH) y al RETA. A la demandante se le reconoció una incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral para su profesión de empleada de hogar, computando exclusivamente las bases de cotización a dicho Régimen. Formuló demanda para que se le reconociese una mayor base reguladora mediante el cómputo de lo cotizado al RETA - como administradora de una empresa familiar-, régimen en el que continuaba de alta al tiempo de la solicitud y de la presentación de su demanda.

La sentencia desestima el recurso del INSS y confirma la de instancia que había computado las cotizaciones al RETA, interpretando la citada disposición adicional en el sentido de que la acumulación de bases se produce incluso aunque no se cause pensión en el RETA, sino solo en el Régimen de Empleados de Hogar como sucede en el caso enjuiciado, al tratarse de un supuesto, incontrovertido, de pluriactividad en el que la pensión causada lo es solo en el REEH, lo que no impide la citada acumulación.

2.- Concorre el requisito de la contradicción al encontrarnos ante las mismas pretensiones sobre hechos sustancialmente iguales, que se resuelven -aplicando la misma norma, la Disposición Adicional 38ª (actual artículo 49 LGSS)- de manera absolutamente diferente. Así, mientras que para la sentencia de contraste la acumulación de cotizaciones derivadas del trabajo en el ámbito del RETA, es posible y resulta ajustada a derecho, con independencia de que la actora continuase de alta, la recurrida niega tal posibilidad y sostiene que la norma aplicada no permite la expresada acumulación cuando se continua de alta en uno de los regímenes en el que no está excluida una futura pensión.

### Tercero.

1.- El recurso que examinamos invoca el artículo 49 LGSS (anterior DA 38ª) en la interpretación que de tal disposición efectúa la sentencia de contraste y otras dos sentencias de diferentes Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, que la Sala no va a tener en cuenta dado que las mismas no constituyen jurisprudencia, por lo que resulta de aplicación el criterio reiterado de esta Sala que concluye el rechazo de plano del motivo que las invoque, "sin otras consideraciones que la de recordar que las sentencias de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional, así como las de las salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, no constituyen jurisprudencia por lo que resultan inhábiles a efectos de fundar un recurso de casación al amparo del artículo 207, apartado e) LRJS, dado que técnicamente no constituyen jurisprudencia en los términos establecidos por el artículo 1. 6 CC que la restringe a la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho." [Entre otras muchas, STS 25 de abril de 2019 (RC 204/2018)].

Ello, no obstante, en la medida en que en el mismo motivo se invoca interpretación errónea del artículo 49 LGSS por la recurrida, esta Sala entrará a conocerlo.

2.- El artículo 49 LGSS, bajo el título "Efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social", dispone que "Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento".

Como ya dijimos en la STS de 15 de marzo de 2018, R. 494/2016 (con cita de jurisprudencia anterior), a propósito de la interpretación de la anterior DA 38ª LGSS, la misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser

aprovechadas, así, en la Disp. Ad. 38ª LGSS (actual artículo 49) establece, para el caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en uno de los Regímenes, las bases de cotización acreditadas en éste, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y en otro caso, la parte proporcional. "El resultado es, obviamente una sola pensión obtenida de la suma de cotizaciones que se originan en diversas fuentes de obligación. Por contra la superposición, que impide la intercomunicación podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se imponga a las percepciones de fondos públicos. En definitiva, se está en todo momento configurando un paisaje prestacional vinculado a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura".

Siendo la clave del asunto la interpretación del párrafo de la norma transcrita cuando establece que "no se cause derecho a pensión en uno de ellos", la aludida doctrina de la Sala en la interpretación del mismo precepto lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida.

**3.-** En efecto, más que en un supuesto de cómputo recíproco de cotizaciones, estamos ante un supuesto estricto de pluriactividad con cotizaciones que se superponen en dos regímenes distintos. Lo que la norma aplicable pretende es que, ante la imposibilidad de que las cotizaciones efectuadas en un régimen no den derecho a pensión, puedan acumularse a las efectuadas en el otro régimen a los efectos exclusivos del cómputo de la base reguladora. Ahora bien, esa posibilidad está condicionada, normativamente, a que con ello no se exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y a que quede acreditado que en el régimen cuyas cotizaciones se acumulan "no se cause derecho a pensión".

Y este último requisito no se refiere en modo alguno al momento en que se solicita la pensión sino al dato, que pone de relieve la sentencia recurrida, de que no exista posibilidad real de causar derecho a pensión en el régimen cuyas cotizaciones se acumulan. Es, por tanto, la imposibilidad de que determinadas cotizaciones sirvan para causar derecho a pensión lo que desencadena el beneficio previsto por la norma, esto es, que las cotizaciones no se pierdan y puedan acumularse. Ahora bien, cuando tal imposibilidad no existe en la medida en que resulta posible que en el futuro se cause pensión por dicho régimen, no puede darse por cumplido tal requisito que constituye condición indispensable para que se produzca el beneficio previsto por la norma.

Es lo que ocurre en el caso examinado en el que la pensión reconocida en el RGSS de incapacidad total para la profesión habitual coexiste con el desarrollo de la actividad -gestor de herbolario- que dio lugar al alta en el RETA, lo que impide que pueda considerarse concurrente la imposibilidad de causar pensión por dicho régimen y, consecuentemente, no procede aplicar el beneficio de acumulación de cotizaciones para la determinación de la base reguladora.

#### **Cuarto.**

Procede, por tanto, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Sin pronunciamiento alguno sobre costas.

### **FALLO**

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Herminio, representado y asistido por el letrado D. Sergio Arce Sobrao.

2.- Confirmar la sentencia dictada el 19 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 199/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, de fecha 9 de enero de 2017, recaída en autos núm. 141/2016, seguidos a instancia de D. Herminio, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Incapacidad.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de 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.