Los efectos de la prestación de servicios por el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente absoluta. La actualización de la base reguladora (STS 25 abril 2018 –Rcud 2322/2016–)

The effects of the provision of services by the beneficiary of a total permanent invalidity pension. Update of the basis for calculation (Supreme Court Judgement 25 April 2018 –Rcud 2322 / 2016–)

ANA MARÍA ORELLANA CANO

MAGISTRADA ESPECIALISTA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

ACADÉMICA DE NÚMERO DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

DOCTORA EN DERECHO POR LA UCM

Resumen

El objeto de este trabajo lo constituye el análisis de la STS de 25 de abril de 2018, que declara que procede la actualización de la base reguladora con el cómputo de las cotizaciones correspondientes al trabajo por cuenta ajena desempeñado por el beneficiario, mientras la pensión de incapacidad permanente absoluta se encontraba suspendida, por ser incompatible. Se examinan las cuestiones debatidas y, también se plantea un problema que no ha sido abordado por la sentencia analizada. Concretamente, si se puede aplicar esta doctrina también a los supuestos en los que resulte una base reguladora inferior y, por tanto, una pensión inferior, tras la actualización. Se pone de manifiesto que la actualización de la base reguladora no sólo tendría que llevarse a cabo con el cómputo de las bases de cotización correspondientes al periodo durante el que el beneficiario trabajó por cuenta ajena, sino también con el incremento correspondiente del porcentaje por el mayor tiempo cotizado. Y, concluye la autora que no procederá la actualización de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, cuando el resultado suponga una pensión de incapacidad permanente de inferior importe a la que venía percibiendo el beneficiario, antes de desempeñar el trabajo por cuenta ajena.

Palabras clave

Pensionista de IPA; trabajo; base reguladora de la pensión

Abstract

The purpose of this work is the analysis of the Supreme Court Judgement of 25th April, 2018, which states that it is appropriate to update the basis for calculation with the calculation of contributions corresponding to paid work performed by the beneficiary while the pension of total permanent invalidity was suspended, as it was incompatible. The issues discussed are examined and a problem that has not been addressed by the judgement analysed is also raised. Specifically, if this doctrine can be applied also to the cases in which a lower basis for calculation emerges and, therefore, a lower pension, after the update. It is clear that the updating of the basis for calculation would not only have to be carried out with the calculation of the contribution bases corresponding to the period during which the beneficiary worked as an employee, but also with the corresponding increase of the percentage for the greater time calculated. And, the author concludes that the updating of the basis for calculation of the permanent invalidity pension will not proceed when the result entails a permanent invalidity pension of a lower amount to which the beneficiary was receiving before performing the work as an employee.

Keywords

total permanent invalidity pensioner; work; basis for calculation of the pension

Fecha Recepción: 16-3-2018 – Fecha Revisión: 23-3-2018 – Fecha Aceptación: 26-3-2018
Pags. 199-212

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 (Rcud 2322/2016) aborda la cuestión relativa a la actualización de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta, que fue suspendida por la entidad gestora, durante la prestación de servicios por cuenta ajena del beneficiario. Como se ha indicado, éste solicitó que se reanudara el abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta, una vez se produjo el cese de la actividad laboral desempeñada, calculándose de nuevo la base reguladora, a los efectos de computar las cotizaciones efectuadas durante el trabajo por cuenta ajena desarrollado. Concretamente, con el cómputo de estas cotizaciones, resultaba una mayor base reguladora y, por ende, una superior pensión de incapacidad permanente absoluta, en relación con la que venía percibiendo antes de la suspensión.

La Sentencia del Tribunal Supremo estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina, casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2016 (Recurso de suplicación 1625/2015) y estimando la demanda, declara el derecho del actor a percibir la superior pensión de incapacidad permanente absoluta, derivada del cómputo de las cotizaciones realizadas durante la prestación de servicios, en el nuevo cálculo de la base reguladora de la misma.

Debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento de esta Sentencia no sólo se refiere a la actualización de la base reguladora para reanudar el cobro de la pensión de incapacidad permanente absoluta, tras la actividad laboral del beneficiario, sino que extiende la doctrina al cómputo de las nuevas cotizaciones, para el acceso a todas las prestaciones de Seguridad Social, cualquiera que sea la contingencia de las que deriven, incluida la prestación de incapacidad permanente, tanto si tras el nuevo período de actividad laboral, se mantiene el grado previamente reconocido, como si se revisa por agravación o por mejoría.

En el análisis de esta sentencia partiré de la naturaleza jurídica de la pensión de incapacidad permanente absoluta, como renta sustitutiva del salario, con la referencia a la incidencia del principio de proporcionalidad de las cotizaciones. A continuación, examinaré los efectos que despliega la realización de un trabajo por cuenta ajena por el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente absoluta. Ha de distinguirse, al respecto, la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente absoluta y el trabajo por cuenta ajena y, la revisión del grado reconocido, del régimen de la jubilación flexible y la suspensión de la pensión de jubilación. Y, por último, expondré algunos problemas que suscita la actualización de la base reguladora de una prestación ya reconocida y, la fecha de efectos, con una referencia a los precedentes jurisprudenciales sobre la materia y, a la resolución del supuesto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo analizada.

La Sentencia que se examina, –dadas las fechas en las que ocurrieron los hechos–, aplica la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ya derogada y, concretamente, algunas de sus normas, en la redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, vigente desde el 1 de enero de 2013. A pesar de lo anterior, haré también referencia a la regulación actual del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, a

los efectos de delimitar la aplicación de la doctrina judicial que sienta la sentencia de referencia, con la vigencia de esta ley.

Por esta razón, conviene tener presente que las reformas de Seguridad Social operadas en el quinquenio 2011 a 2015, se caracterizan por perseguir como objetivo, garantizar la sostenibilidad y el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria. Por el contrario, las reformas anteriores pretendían solventar los problemas que originaba el sistema de reparto en relación con la evolución demográfica y el aumento de las personas en situación de dependencia. Acorde con lo anterior, las últimas reformas van encaminadas a obtener el reforzamiento entre las cotizaciones y las prestaciones y, se encuentran en la línea marcada por la Unión Europea, denominada método abierto de coordinación[1].

2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO

La actora, de profesión habitual vigilante de seguridad, fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta por la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de agosto de 2004. La actora solicitó que la entidad gestora declarara que era compatible la pensión de incapacidad permanente absoluta con el trabajo de vigilante, lo que fue desestimado por la Resolución de 12 de enero de 2005.

El 16 de junio de 2006, la demandante solicitó la suspensión de la pensión, para prestar servicios como vigilante en una empresa de seguridad. Por la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de julio de 2006, –después de ser valorada por el Equipo de Valoración Médica de Incapacidades–, se declaró que la actora se encontraba en el mismo grado de incapacidad permanente absoluta, que la actividad de vigilante era incompatible con el estado de salud y con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que se acordó la suspensión de ésta última, mientras la beneficiaria prestara servicios como vigilante.

La actora permaneció en situación de incapacidad temporal desde julio de 2010 a octubre de 2011, por lo que solicitó la revisión del grado reconocido de incapacidad permanente absoluta, que le fue denegada por la Resolución de 24 de mayo de 2012.

Agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, el 11 de mayo de 2013, la entidad gestora promovió de oficio el expediente de revisión del grado de incapacidad permanente absoluta, dictándose la Resolución de 14 de mayo de 2013, que confirmó que la actora seguía afecta de incapacidad permanente absoluta, reanudándose el abono de la pensión que había sido suspendida.

La demandante impugnó la Resolución indicada, para que se le computaran las cotizaciones que había efectuado durante la prestación de servicios como vigilante y, se calculara de nuevo la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta, lo que fue desestimado, formulando la demanda que dio origen a las actuaciones, en la que reclamaba que el importe de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente

[1] ESTEVE SEGARRA, A.: "El impacto de la crisis económica en la Seguridad Social: panorama general de las últimas reformas", Cuadernos Digitales de Formación número 36, Consejo General del Poder Judicial, 2015, página 5.

absoluta que le había sido reconocida por la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 14 de mayo de 2013, se incrementara con las bases de cotización realizadas en el tiempo en el que estuvo trabajando y tuvo suspendida la pensión. Y ello, porque consideraba que el tiempo trabajado en la misma profesión anterior, lo que debería haber provocado, era una revisión del grado reconocido, por error de diagnóstico.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda, que fue recurrida en suplicación por la actora. Por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia de 8 de marzo e 2016 (Recurso de suplicación 2322/2016) se desestimó el recurso, argumentando que no es posible apreciar un error de diagnóstico, cuando en nueve años, las dolencias no sólo son las mismas, sino que se han agravado, siendo, por tanto, lo adecuado suspender la pensión de incapacidad permanente absoluta, que es precisamente, lo que solicitó la actora. Además, el expediente administrativo para la revisión de la situación de incapacidad, no finalizó con una nueva declaración de incapacidad permanente, sino con la rehabilitación de la prestación ya reconocida, por lo que no ha lugar a variar la base reguladora.

Esta Sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de noviembre de 2011 (Recurso de suplicación 4894/2011).

3. LA APRECIACIÓN DE CONTRADICCIÓN

El Ministerio Fiscal, en el trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina, emitió un informe en el que, partiendo de la existencia de contradicción, sostenía que no debían computarse las cotizaciones.

La sentencia de contraste indicada, de 2 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve el supuesto de un trabajador, que tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta desde septiembre de 2002 y, debido a que el beneficiario iba a desarrollar una actividad, se tramitó un expediente de revisión, en el que se acordó, en febrero de 2006, no revisar el grado de incapacidad permanente absoluta y, suspender el abono de la prestación. El trabajador prestó servicios, en diferentes empresas y periodos, hasta mayo de 2009. Tras un proceso de incapacidad temporal y, situaciones de desempleo, se solicitó por el interesado la revisión del grado de incapacidad por agravación. La entidad gestora, partiendo de que las dolencias eran las mismas que en el año 2002, desestimó la revisión por agravación y, mantuvo la incapacidad permanente absoluta, con la misma base reguladora. Se presentó demanda para que se modificara la base reguladora con las cotizaciones efectuadas durante el periodo de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso de suplicación, revocando la sentencia de instancia y, estimó la demanda, considerando que procedía recalcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta, computando las cotizaciones satisfechas durante el período de suspensión de la prestación.

La sentencia que se examina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo apreció la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de la

Comunidad Valenciana y la de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Efectivamente, en ambos supuestos la pensión de incapacidad permanente absoluta se había suspendido durante el periodo en el que el beneficiario estuvo prestando servicios por cuenta ajena y, tras el cese en la actividad, se reanudó el abono de la pensión, en la de contraste, computándose las cotizaciones efectuadas y, en la sentencia recurrida, no.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

Me parece conveniente, para facilitar una mejor comprensión del debate suscitado y resuelto en la sentencia que analizo, determinar la naturaleza jurídica de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las prestaciones se plantea la controversia contributividad versus asistencialidad. Puede afirmarse que en relación con la pensión de incapacidad permanente absoluta prima el carácter contributivo de la misma sobre el asistencial, ya que su cuantía depende de las cotizaciones efectuadas por el causante, más que de la situación real de necesidad del beneficiario. Se habla por ello de la cobertura por esta pensión de una situación presunta de necesidad del beneficiario. Ello es consecuencia directa de la no exigencia de la carencia de rentas para su percepción[2].

Las prestaciones de Seguridad Social se califican como rentas de sustitución de los salarios, ya que su función primordial consiste en sustituir los ingresos o rentas derivadas del trabajo personal, dejados de percibir por el beneficiario, al sobrevenir la contingencia.

Por lo tanto, si la protección social tiene como finalidad suplir la falta de rentas derivada de una situación de necesidad que no permite trabajar, lo normal sería concluir que, una vez se pudieran volver a obtener las rentas derivadas del trabajo, se extinguiría la prestación[3]. Sin embargo, esta no es la regla general porque cada prestación tiene su propio régimen jurídico y, no existe una norma en nuestro sistema de Seguridad Social que establezca reglas comunes de compatibilidad o incompatibilidad, salvo el artículo 163 de la Ley General de la Seguridad Social que establece en su párrafo primero que *"las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas"*. Por lo tanto, aunque prevé el principio general de la incompatibilidad, por un lado, sólo se refiere a las del Régimen General y, por otro, permite la excepción por ley o reglamento, otorgando el derecho de opción al beneficiario que tenga derecho a percibir más de una prestación de este régimen. En consecuencia, el legislador, –al igual que en el artículo 122.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ya derogada–, permite la regulación específica en cada prestación de la compatibilidad o incompatibilidad. Ante esta situación, se invocó

[2] ORELLANA CANO, A.M.: *"Problemas en torno a la pensión de viudedad"*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación número 47, 2017, página 6.

[3] MOLINER TAMBORERO, G.: *"Compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones con otras prestaciones o con ingresos de otra naturaleza. Un estudio de jurisprudencia"*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación número 44, 2011, páginas 2 y 3.

ante el Tribunal Constitucional en recursos de amparo, la posible vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución, que declaró que es inidónea la comparación entre las distintas prestaciones de la Seguridad Social para probar la discriminación y, están excluidas del recurso de amparo, las cuestiones de legalidad ordinaria. Así se pronunció el Alto Tribunal, entre otras, en las Sentencias 103/1984, de 12 de noviembre, 121/1984, de 12 de diciembre y 375/1993, de 20 de diciembre.

La cuantía de la prestación de incapacidad permanente depende de las cotizaciones, rigiendo el principio de correspondencia entre las cotizaciones y las prestaciones, que inspira el nivel contributivo de protección social, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1984, de 12 de diciembre, anteriormente reseñada. Y, precisamente, la controversia resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo que examino, gira en torno a la aplicación de este principio de correspondencia.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, que se examina, parte, según el fundamento jurídico cuarto, de la función de sustitución de rentas que caracteriza las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social, por lo que las cuantías se fijan de acuerdo con la contribución al sistema y, aplicando unas reglas generales y otras específicas.

5. LOS EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

La Sentencia que se examina resuelve el fondo del asunto en el fundamento jurídico cuarto. La parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 141 y 143 en relación con los artículos 124, 138 y 140 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, invocando el derecho del pensionista a la reinserción laboral y, por tanto, a que se le actualice la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta en el momento de la reanudación de su percepción, finalizada la suspensión por el cese en la actividad laboral de la beneficiaria. El Tribunal Supremo, después de realizar unas consideraciones generales, se centra en la revisión de la incapacidad permanente absoluta y, en el régimen de compatibilidades; para terminar, con el cómputo de las cotizaciones.

La actora, de profesión habitual vigilante de seguridad, que se encontraba en situación de incapacidad permanente absoluta, solicitó la suspensión de la pensión, para prestar servicios como vigilante en una empresa de seguridad. La entidad gestora declaró que la actora se encontraba en el mismo grado de incapacidad permanente absoluta y, que la actividad de vigilante era incompatible con el estado de salud y, con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que se acordó la suspensión del abono de la pensión, durante el desarrollo del trabajo por cuenta ajena, como vigilante.

La compatibilidad entre el trabajo y la prestación de incapacidad permanente total es lógica, habida cuenta de que ésta sólo inhabilita para la realización de la profesión habitual; pero, en el caso de la incapacidad permanente absoluta, el beneficiario se encuentra impedido para realizar toda profesión u oficio y, resulta más discutible que pueda desarrollar un trabajo por cuenta propia o ajena, compatible.

En relación con la incapacidad permanente total el artículo 141.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, –derogada, pero aplicable al caso de autos, como ya indiqué–, en la redacción dada por la reforma de la ley 27/2011, dispone que la pensión vitalicia de la incapacidad permanente total será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. Por lo tanto, a sensu contrario, si coinciden las funciones de la profesión habitual del beneficiario, que sirvió de base a la declaración de incapacidad permanente total con las que va a desarrollar, se apreciará la incompatibilidad.

Por su parte, el artículo 141.2 del citado texto legal establece que *"las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"*. Por lo tanto, los dos condicionantes para que la beneficiaria de incapacidad permanente absoluta y, actora en las presentes actuaciones, pudiera desarrollar la actividad por cuenta ajena de vigilante son:

1. Que la actividad a desarrollar sea compatible con su estado.

2. Que no represente un cambio en su capacidad de trabajo que implique la revisión del grado reconocido a efectos de revisión. La revisión, a tenor del artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, se puede producir por agravación o por mejoría, por error de diagnóstico y, por la realización de un trabajo por el beneficiario.

No obstante lo anterior, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, no se controvierte en autos la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de julio de 2006, que declaró que la actora se encontraba en el mismo grado de incapacidad permanente absoluta, que la actividad de vigilante era incompatible con el estado de salud y con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que se acordó la suspensión de ésta última, mientras la beneficiaria prestara servicios como vigilante. Recuérdese la naturaleza extraordinaria del recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que el Tribunal Supremo no puede pronunciarse sobre las cuestiones no debatidas. No obstante lo anterior, se va a examinar la resolución de la entidad gestora, que contiene dos aspectos. Y, así, en primer lugar, declara que la actividad de vigilante es incompatible con el estado de salud de la trabajadora y, de otro, que el trabajo por cuenta ajena es incompatible con la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

Al declarar la incompatibilidad de la actividad con el estado de salud de la actora, aplica lo preceptuado en el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994. Ahora bien, las consecuencias de esta declaración vienen contempladas en el artículo 143.2.2º de la Ley General de la Seguridad Social citada que dispone que "si el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución". Por lo tanto, ante los supuestos de incompatibilidad entre la actividad y el estado del inválido, la entidad gestora, de oficio o a instancia de parte, puede

promover la revisión del grado de incapacidad permanente reconocido. En el caso de autos, consta que la actora fue reconocida por el Equipo de Valoración de Incapacidades, antes de dictarse la Resolución de 13 de julio de 2006, por lo que ha de entenderse que se tramitó el correspondiente expediente de revisión.

La indicada resolución acuerda también la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que acuerda la suspensión de ésta. Esta consecuencia no viene prevista en los artículos 141 ni 143 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994. Pudiera entenderse que cabría aplicar por analogía lo regulado en el artículo 165.2 de la Ley General de la Seguridad Social citada, en sede de incompatibilidad con la pensión de jubilación, que concretamente, establece que *"el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva. La percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones"*.

Sin embargo, debe destacarse que la suspensión para los supuestos de desarrollo de trabajos incompatibles con la pensión de incapacidad permanente se contempla en el artículo 18.4 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 que estipula que *"si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social"*. La suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez en estos supuestos, ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, pero respecto de la incapacidad permanente total ha establecido ciertos límites, declarando la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003 (Rcud 2943/2002) que no existe previsión normativa que permita al Instituto Nacional de la Seguridad Social, de oficio, acordar la suspensión de una prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Reitera la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002 (Rcud 1651/2001), ya que "dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa", lo que no procede, atendiendo a la regla general de compatibilidad de la incapacidad permanente total con el trabajo, siempre que no coincidan las funciones, según el artículo 141.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.

En la Sentencia que se analiza, el Tribunal Supremo afirma que declaró ultra vires el artículo 18.4 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, pero más que una declaración de ultra vires del precepto, lo que llevó a cabo, el Tribunal, fue una interpretación restrictiva del mismo, a mi juicio. No cabe duda, por tanto, de la aplicación de la norma al supuesto de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente absoluta, por lo que fue ajustada a derecho la suspensión de la misma, acordada en el caso de autos.

Por lo tanto, cabe colegir que el efecto de la realización por el beneficiario de una incapacidad permanente absoluta, de un trabajo incompatible con su estado de salud, es la tramitación, de oficio o a instancia de parte, de un expediente de revisión del grado reconocido y, en el caso en el que se concluya que el desarrollo del trabajo es incompatible con su estado, se acordará por la entidad gestora, la suspensión de la pensión.

6. LA ACTUALIZACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA, TRAS EL CESE DE LA ACTIVIDAD LABORAL

Como se ha indicado, la entidad gestora acordó la suspensión del abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta a la actora, durante la prestación de servicios como vigilante de seguridad. En principio, la suspensión de la pensión debería de tener como consecuencia su reanudación en igual importe, tras el cese en la actividad[4]. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo que se examina llega a la conclusión de que han de computarse las cotizaciones realizadas por la actora, correspondientes a la prestación de servicios, mientras la pensión de incapacidad permanente absoluta estuvo suspendida y, actualizar la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta en el momento de la reanudación del pago, computando tales cotizaciones.

6.1. Los precedentes en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

La pretensión deducida por la actora se centra en el cómputo de las cotizaciones efectuadas, con ocasión del trabajo desempeñado por cuenta ajena, durante el tiempo de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta, de forma tal que se vuelva a calcular la base reguladora de la misma y, en consecuencia, se reanude la percepción de la pensión en la mayor cuantía, resultante de lo anterior.

Como pone de manifiesto la Sentencia que se analiza, esta cuestión no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo. No obstante, encontramos algún precedente en un supuesto similar, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (Rcud 907/2012). En este caso, el beneficiario de una pensión de gran invalidez, desarrolló una actividad compatible con la misma, trabajando en la ONCE y, cuando finalizó su trabajo porque sus dolencias le impedían continuar, solicitó que se computaran las cotizaciones efectuadas, para incrementar la pensión de gran invalidez, recalculándose la base reguladora. Y declaró el Tribunal Supremo que las cotizaciones eran computables y habían de tener eficacia, por lo que estimó que debía recalcularse la base reguladora de la pensión y, el gran inválido tenía derecho a la pensión de superior importe reclamada. De hecho, esta sentencia, según consta en su fundamento jurídico cuarto, sienta la siguiente doctrina: *"que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir*

[4] DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "La pensión contributiva de jubilación del Régimen General en la unificación de doctrina", Revista del Poder Judicial número 78, 2005, Consejo General del Poder Judicial, página 15.

desarrollando la actividad profesional –o actividades profesionales– desempeñada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad". Por lo tanto, en esta doctrina se encuadra también el supuesto enjuiciado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, aunque la diferencia con el caso anterior, radica en que en aquél, la actividad era compatible con la gran invalidez reconocida y, en éste, era incompatible con la incapacidad permanente absoluta declarada a la beneficiaria.

En relación con la pensión de jubilación, se pueden encontrar sentencias que sostienen la invariabilidad de las bases reguladoras, como las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1997 (Rcud 853/1996) y de 22 de marzo de 1999 (Rcud 2838/1998), que declararon que las cotizaciones posteriores al reconocimiento de la pensión de jubilación, que había sido suspendida durante la realización de trabajos, no son computables a los efectos de modificar la base reguladora inicial. Pero estas sentencias se dictaron aplicando el artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, que prohibía variar la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida, aunque hubiera quedado en suspenso por la realización de trabajos por cuenta ajena, por los que se hubiera cotizado. Este precepto fue derogado por la Ley 26/1985, por lo que la doctrina sentada por las indicadas sentencias, carece de incidencia en el supuesto que se analiza, amén de que se refieren a la pensión de jubilación y no de incapacidad permanente absoluta.

Un ejemplo, en nuestro derecho, de la posibilidad de actualización de la base reguladora, se produce en los supuestos de recaída en la situación de incapacidad temporal, pues, en estos casos, la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal se recalculará en el momento del hecho causante de la recaída, como declararon las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2003 (Rcud 3605/2002) y de 12 de julio de 2007 (Rcud 5448/2005).

6.2. La resolución del litigio por la STS de 25 de abril de 2018

La Sentencia del Tribunal Supremo que se examina concluye que *"las cotizaciones realizadas en una actividad, durante la suspensión de la prestación de incapacidad permanente absoluta, son computables para el cálculo de la base reguladora de la pensión que se reanuda"*. Precisamente así titula el apartado D del fundamento jurídico cuarto. A continuación indica que existe la misma identidad de razón que cuando la Sala admitió que, en los supuestos de compatibilidad entre la pensión y el trabajo, las cotizaciones computaran para incrementar la pensión. Se basa en los siguientes argumentos, que se resumen a continuación:

1. Cuando el beneficiario de una incapacidad permanente absoluta realiza trabajos por cuenta ajena, pone de manifiesto que, a pesar de su situación, ha podido atender una actividad profesional, cotizando por la misma. Como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2009 (Rcud 1674/2008), en este caso, no procede la suspensión por incompatibilidad sino la iniciación del expediente de revisión conforme al 143.2.2º de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.

2. El trabajo es incompatible con la incapacidad permanente absoluta cuando es perjudicial o inadecuado para el estado de salud del incapacitado. Esta cuestión no se debate en el presente litigio.

3. La declaración de incapacidad permanente absoluta no basta para presumir que no se realizó el trabajo por cuenta ajena.

4. Las cotizaciones realizadas durante el periodo de prestación de servicios, aunque ésta fuera incompatible, tienen eficacia de acuerdo con le artículo 124.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, salvo disposición legal en contrario.

5. Cuando se reanuda el abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta suspendida, debe de valorarse la situación del beneficiario, por si ha sufrido una mejoría o una agravación en su cuadro de secuelas, por lo que también, en este momento, ha de calcularse de nuevo, la base reguladora de la prestación, computando la cotizaciones realizadas durante la suspensión. Debe resaltarse que ha existido una efectiva prestación de servicios, unas cotizaciones reales y, el fraude no se presume.

6. Lo indicado es acorde con el principio de contributividad de nuestro sistema de Seguridad Social, que exige una proporcionalidad entre la prestación y la contribución del trabajador, por lo que la base reguladora se calculará en función de lo efectivamente cotizado, como declararon las Sentencias del Tribunal Constitucional 253/04, 1156/14 y, 110/15.

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

8. Si la Seguridad Social percibió las cotizaciones por todas las contingencias, incluida la de incapacidad permanente absoluta, deben computarse para recalcular la base reguladora de la misma.

9. Este criterio es acorde con el derecho al trabajo del artículo 35, en relación con los artículos 9.2, 14 y, 49 de la Constitución, pues como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (Rcud 907/12), lo contrario tendría un efecto desincentivador sobre la reinserción laboral de los trabajadores afectos de una gran invalidez o de una incapacidad permanente absoluta.

10. Asimismo, el cómputo de las cotizaciones garantiza la efectividad del mandato del artículo 41 de la Constitución de mantener un régimen público de Seguridad Social que dispense prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad y, las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

11. Y, teniéndose en cuenta que el trabajo de la actora no era perjudicial ni inadecuado para su estado de salud, pues lo desempeñó durante varios años, despliega un doble efecto en la protección de la Seguridad Social; a saber, de un lado, provoca la suspensión dela bono de la incapacidad permanente absoluta y, de otro, deben tomarse en consideración las cotizaciones realizadas, para el acceso a las diversas prestaciones, cualquiera que sea la contingencia y, por tanto, para la determinación

de la cuantía de la prestación de incapacidad permanente absoluta, que se reanuda, tanto si se mantiene este grado, como si se revisa por agravación o por mejoría.

6.3. La actualización de la base reguladora se aplicará sólo cuando resulte la pensión superior

Analizaré, en el presente epígrafe una cuestión no resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo que he examinado, –pues no era el objeto de la controversia–, pero que puede plantearse, dados los términos de los criterios expuestos en la misma. De este modo, se ha de tener en cuenta que, si se admitiera que procede la actualización de la base reguladora, finalizada la causa de suspensión de la pensión de incapacidad permanente absoluta, computándose las cotizaciones realizadas por el beneficiario durante la prestación de servicios, podría suceder que resultara una base reguladora inferior y, por ende, una pensión de menor cuantía. Esto no ocurre en el caso de autos. Pero, a efectos dialécticos, cabría plantearse si la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 que se examina sienta la doctrina de la procedencia de la actualización de la base reguladora en todo caso, permitiendo a la entidad gestora, reducir, –cuando así resulte–, el importe de la pensión, tras el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el beneficiario en un trabajo por cuenta ajena.

El artículo 197 de la vigente Ley General de la Seguridad Social contiene el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, con una redacción idéntica a la del artículo 140 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, derogada, pero que es la aplicable al caso de autos. Con carácter general, de conformidad con el artículo 197.1 de la Ley General de la Seguridad Social la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, derivadas de enfermedad común, será igual al cociente que resulte de dividir por 112, las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante. Las bases de cotización de los 24 meses inmediatamente anteriores, se computarán por su valor nominal y, las restantes, hasta las 96, se actualizarán con el IPC. Al cociente que resulte, se le aplicará el porcentaje que corresponda, dependiendo de los años cotizados que acredite el beneficiario, previstos en el artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social. Se considerarán, como cotizados, los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento. En el caso de no alcanzarse quince años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento. El resultado es la base reguladora, a la que se le aplicará el porcentaje que corresponda, según el grado de incapacidad permanente reconocido, lo que dará el importe de la pensión.

Como he indicado anteriormente, puede que resulte una pensión inferior a la que venía percibiendo el beneficiario, antes de que se suspendiera la misma, por la realización de un trabajo por cuenta ajena.

Los parámetros que influyen en el importe de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, son dos; a saber, las bases de cotización de los últimos 96 meses y, el número de años cotizados. Con la prestación de servicios, subirá siempre el tiempo cotizado y, por ende, el porcentaje a aplicar, pero el sumatorio de las bases de cotización de los últimos 96 meses, puede ser inferior y, por ende, el cociente de esta cantidad dividida entre 112. Sobre todo, teniéndose en cuenta que los meses durante los que no hay obligación

de cotizar, se integrarán con las bases mínimas. A estos efectos, conviene resaltar que el artículo 197.4 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que *"si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima".*

En el caso de la prestación de servicios por cuenta ajena de beneficiarios de incapacidad permanente absoluta, será más probable que la actualización de la base reguladora le suponga una menor pensión, que una pensión de mayor cuantía. Piénsese que se trata de una persona a la que se le ha reconocido una incapacidad permanente, por lo que las bases de cotización computables pueden ser inferiores a las que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión inicial, en el momento del reconocimiento, ya que los salarios que se le abonarán serán generalmente más bajos, salvo excepciones, claro. Además, la duración de la prestación puede ser inferior a los 96 meses u ocho años, por lo que como durante la percepción de la incapacidad permanente absoluta no hay obligación de cotizar, en este periodo, se computarán las bases mínimas durante los cuarenta y ocho meses anteriores y, el resto, el 50 % de la base mínima.

En el caso de la sentencia analizada, a la actora, con el cómputo de las bases de cotizaciones correspondientes al periodo de prestación de servicios, le correspondía una base reguladora superior, fundamentalmente, por dos razones: de un lado, porque prestó servicios como vigilante, es decir, en la misma profesión que ejercía en el momento inicial del reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta, por lo que las bases de cotización computables podían ser superiores a las que se computaron actualizadas con el IPC, salvo las de los 24 meses anteriores al hecho causante, que se computaron por el valor nominal. La actora fue declarada afecta de incapacidad permanente absoluta en el año 2004. Y, de otro, porque prestó servicios durante varios años, por lo que tuvieron que integrarse con las bases mínimas, pocos meses, ya que 96 meses equivale a 8 años y, estuvo trabajando desde el año 2006 hasta el 2013. Pero, como he indicado, no será lo habitual y la entidad gestora podría utilizar la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, para actualizar las bases reguladoras en todos los supuestos y, en su caso, reducir la pensión.

Ante esta situación, considero que debe abordarse la cuestión de si sería posible la actualización de la base reguladora sólo en el supuesto en el que, con el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el beneficiario de una incapacidad permanente absoluta, la pensión resultara superior y, no cuando fuera inferior. Y, en mi opinión, pueden avalar esta interpretación los siguientes aspectos:

1. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 se pronuncia en un asunto en el que el resultado de la base reguladora tras la actualización, suponía una pensión de incapacidad permanente absoluta superior. Por lo tanto, las expresiones genéricas que utiliza han de interpretarse en relación con el supuesto enjuiciado, pues no se plantea, ni siquiera obiter dicta, esta cuestión.

2. Mantener el criterio contrario, es decir, que opera la actualización, en todo caso, aunque resulte una pensión inferior, supone desincentivar a los beneficiarios para que presten servicios y, una quiebra del derecho a la reinserción laboral.

3. No parece razonable que el beneficiario que, con suspensión de la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta, contribuye al sistema público de la Seguridad Social con sus cotizaciones por el trabajo desempeñado por cuenta ajena, se vea perjudicado, percibiendo una pensión inferior.

4. El cómputo de las cotizaciones sólo cuando beneficie al pensionista se ha previsto legalmente, para el supuesto de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. En este sentido, el artículo 213.4 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, –de idéntico tenor que el artículo 165.4 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, derogada–, establece que *"el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social"*. Por lo tanto, a sensu contrario, las actividades por las que se cotice, sí generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social. Y, en el contexto de la norma, debe entenderse el término "derechos" como beneficios y no como perjuicios. En consecuencia, se está permitiendo el cómputo de las cotizaciones correspondientes al trabajo compatible, para obtener una pensión de jubilación superior.

5. Y, más concretamente, el artículo 8.1 del Real Decreto Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y establece que *"las cotizaciones efectuadas en las actividades realizadas, durante la suspensión parcial del percibo de la pensión de jubilación, surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez producido el cese en el trabajo"*.

Además, en relación con la cuestión debatida, sostengo que la actualización de la base reguladora no sólo tendría que llevarse a cabo con el cómputo de las bases de cotización correspondientes al periodo durante el que el beneficiario trabajó por cuenta ajena, sino también con el incremento correspondiente del porcentaje por el mayor tiempo cotizado, que es el segundo parámetro que incide en la cuantía de la base reguladora de la incapacidad permanente, como expuse anteriormente. Ninguna referencia contiene la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo analizada a este aspecto, ya que la parte actora sólo reclamaba el cómputo de las cotizaciones.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que no procederá la actualización de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, –con el cómputo de las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios por cuenta ajena y, el incremento del porcentaje por el mayor tiempo cotizado–, cuando el resultado suponga una pensión de incapacidad permanente de inferior importe a la que venía percibiendo el beneficiario, antes de desempeñar el trabajo por cuenta ajena.