

La compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro estado de la unión europea: La consolidación de un cambio de criterio jurisprudencial con posible repercusión a nivel normativo

The compatibility of the increase in the Spanish total permanent disability pension with a retirement pension from another European Union member state: The consolidation of a change in jurisprudential criteria with possible repercussion at a regulatory level

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA*

CARMEN SOLÍS PRIETO

*PROFESORA AYUDANTE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA*

Resumen

Este estudio tiene por objeto subrayar la consolidación del cambio de criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro Estado de la Unión Europea tras la STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16) y su posible repercusión a nivel normativo pues dicha compatibilidad se fundamenta en la inexistencia, en nuestra legislación, de una previsión específica que declare la incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación no nacional con el incremento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total española.

Abstract

The paper sets out to highlight the consolidation of the change of jurisprudential criteria of the Spanish Supreme Court regarding the compatibility of the increase in the Spanish total permanent disability pension with a retirement pension from another European Union member state after the CJEU ruling of 15 March 2018 (C-431/16) and its possible repercussion at a regulatory level, as said compatibility is based on the absence, in Spanish legislation, of a specific provision that declares the incompatibility between the receipt of a non-Spanish retirement pension with the 20% increase in the Spanish total permanent disability pension.

Palabras clave

prestación económica de incapacidad permanente total, incremento, compatibilidad, pensión de jubilación, coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea

Keywords

Total permanent disability benefit; increase; compatibility; retirement pension; coordination of Social Security systems in the European Union

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA Y SU LIMITADO RÉGIMEN JURÍDICO: PROBLEMÁTICA EN TORNO A SU COMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES

Nuestro sistema de Seguridad Social reconoce, como es bien sabido por todos, la posibilidad de incrementar la pensión de incapacidad permanente total en un porcentaje adicional cuando condiciones como la edad, la falta de preparación general o especializada y las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia del beneficiario hagan presumir la dificultad de éste para obtener un empleo en una actividad distinta a la profesión habitual que viniera desarrollando con anterioridad (artículo 196.2 TRLGSS¹), quedando la concreción de la cuantía de ese incremento, así como de los requisitos para la obtención del mismo, a merced de un desarrollo a nivel reglamentario (artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social²). Dicha prestación incrementada es lo que se ha venido denominando por la doctrina incapacidad permanente total cualificada³, que, a través de los criterios expresados, conecta con el concepto de incapacidad de ganancia al atender a factores extrapatológicos que dificultan o impiden la obtención de un nuevo empleo⁴. Como señala la propia STC 137/1987, de 22 de julio⁵, “para compensar esa mayor dificultad en la «capacidad de ganancia», se señalan en el citado precepto unas circunstancias (edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia) que, por derivarse de ellas la presunción de esa mayor dificultad, ha tenido en cuenta el legislador para el otorgamiento del incremento de pensión”. Sin embargo, este incremento de naturaleza prestacional⁶, aunque no pueda ser calificado en sí mismo como una propia prestación⁷, ha perdido la conexión con la dificultad de ganancia, quedando desnaturalizado⁸, en tanto la jurisprudencia ha atemperado los requisitos para tener derecho al mismo exigiendo simplemente el cumplimiento de la edad marcada⁹.

Ahora bien, la escueta regulación reglamentaria de la incapacidad permanente total cualificada, siendo necesario subrayar que ésta, pese a sus particularidades y propios

¹ Este precepto tiene su origen en el artículo 11.4 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 149, de 22 de junio de 1972).

² BOE núm. 154, de 28 de junio de 1972.

³ Ya usada por MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social en la Ley de 21 de junio de 1972*, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1973, p. 13.

⁴ BARBA MORA, A.: *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 73. En el mismo sentido, ROMERO RÓDENAS, M. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 48.

⁵ BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987.

⁶ STS 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1353).

⁷ ROMERO RÓDENAS, M. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, ob. cit., p. 49. En la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992\8846), de 9 de octubre de 2008 (RJ 2009\120) y de 25 de junio de 2009 (RJ 2009\5046). En concreto, la STS de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994\804) subraya que “la pensión no varía en su naturaleza y esencia y solamente cambia su cuantía, al incrementar en un 20 % durante el período de inactividad laboral”.

⁸ GOERLICH PESET, J. M.: “La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada”, *Actualidad Laboral*, tomo 3/1996 (LA LEY 2925/2001), p. 2 del documento pdf y ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 34.

⁹ SSTS de 10 de marzo de 1987 (RJ 1987\1378) y 4 de marzo de 1992 (RJ 1992\1617). En la doctrina, GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La incapacidad permanente y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 32.

requisitos de acceso, no constituye por sí misma un grado adicional de incapacidad¹⁰, sólo establece la edad mínima para poder optar al mencionado incremento (cincuenta y cinco años¹¹), la cuantía del mismo (20 % de la base reguladora de la pensión percibida¹²) y la incompatibilidad de éste con la obtención de un empleo. Esta última circunstancia habrá de ser interpretada conforme a los dictados del artículo 198.1 TRLGSS, donde se establecen unos términos más amplios para la mencionada incompatibilidad: “la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social”.

Sin embargo, cabría plantearse si este exiguo régimen de incompatibilidad se limita exclusivamente al desarrollo de una prestación de servicios por cuenta propia o ajena incluida en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social o si, por el contrario, debería también extenderse a todos aquellos supuestos de percibo de una prestación cuya naturaleza fuese la de renta sustitutiva del trabajo¹³, tuviese la misma origen en el sistema de Seguridad Social español o de otro Estado miembro de la Unión Europea. A darle respuesta a esta cuestión se dedicarán las líneas que siguen, centrándose éstas particularmente en la segunda de las hipótesis señaladas dada la problemática presentada en torno a la percepción por determinados beneficiarios, por una parte, de una pensión de incapacidad permanente total cualificada con cargo a la Seguridad Social española y, por otra, de una pensión de jubilación o vejez con cargo a otro Estado miembro de la Unión Europea, nacida tomando exclusivamente en consideración las cotizaciones allí efectuadas¹⁴.

¹⁰ La STS de 5 de junio de 1992 (RJ 1992\4527) señala expresamente que “cuando el legislador establece [...] que los declarados afectos de incapacidad permanente total, para la profesión habitual percibirían la pensión prevista [...] incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por necesidad, falta de preparación general o especializada y lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior, no está creando un nuevo grado de incapacidad distinto de los ya existentes, simplemente se limita en aquel supuesto, a aumentar el importe de la prestación que ya se percibía; la invalidez es la misma, solamente varía la cuantía de la prestación” y que, “si esto es así, el hecho causante de la prestación tampoco varía, es siempre el mismo, en concreto cuando se produjo la situación de invalidez permanente reconocida al trabajador; lo contrario supondría, tanto como establecer un nuevo hecho causante, como si de una nueva prestación se tratase, cuando el trabajador cumpliera los 55 años de edad, y reuniese los restantes requisitos allí previstos”. Sin embargo, en la doctrina, como “subgrado” la califica ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, p. 235 y llega a tenerlo por “grado” ALBERT EMBUENA, V. L.: *La incapacidad permanente contributiva: aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 107.

¹¹ La mencionada STC 137/1987, de 22 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987) sostiene que este requisito de edad, establecido posiblemente atendiendo a factores financieros y a la mayor dificultad para encontrar nuevo trabajo, no constituye un límite desproporcionado que lesione los derechos de los beneficiarios y no vulnera el principio de igualdad pues “prescribir estas circunstancias no es, en modo alguno, discriminar a quienes no las tengan, sino compensar a quienes las padecen para que su situación de capacidad laboral se aproxime a la de aquéllos”.

¹² Resolución de 22 de mayo de 1986, de la Secretaría General para la Seguridad Social, sobre reconocimiento de incremento del 20 por 100 de la base reguladora a los pensionistas de incapacidad permanente total cuando cumplen la edad de cincuenta y cinco años (BOE núm. 126, de 27 de mayo) de 1986 y Resolución de 11 de abril de 1990, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se fijan criterios para la aplicación del complemento del 20 por 100 a reconocer a los pensionistas de invalidez permanente total para la profesión habitual, mayores de cincuenta y cinco años (BOE núm. 101, de 27 de abril de 1990).

¹³ ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, ob. cit., pp. 248-249, donde se hace un magnífico resumen de los pronunciamientos judiciales y doctrinales al respecto.

¹⁴ TRILLO GARCÍA, A. R.: “Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total”, en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, (...)

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018: LA SUPRESIÓN DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL “POR REALIZAR TRABAJOS” TRAS EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN ALEMANA DE JUBILACIÓN

La resolución judicial objeto de análisis trae causa en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2017 (JUR 2017\288962) en materia de prestación por incapacidad permanente.

El periplo judicial, tras la pertinente reclamación administrativa previa, comenzó en el año 2015. Tras haberle sido reconocida una incapacidad permanente total cualificada del Régimen General de la Seguridad Social con fecha y efectos de 29 de noviembre de 2006, la misma pasó a denominarse pensión de jubilación cuando su beneficiario cumplió la edad ordinaria, sin que ello implicase modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se venía percibiendo (artículo 200.4 TRLGSS). Sin embargo, en 2015 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución por la que modificaba el importe de la pensión de incapacidad permanente total cualificada, de la que traía origen la actual pensión de jubilación, procediendo a suprimir, “por realizar trabajos”, el incremento del 20 % de la base reguladora de la pensión, al ser éste incompatible con la pensión de jubilación reconocida igualmente al beneficiario en Alemania.

Ante este panorama, el pensionista interpuso demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando seguir percibiendo el complemento del 20 % sobre la pensión de incapacidad permanente total, dejando sin efecto la resolución que lo suprimió.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo el 17 de febrero de 2017 (sentencia núm. 74/2017), estimó su pretensión. Pero la Seguridad Social, lejos de aquietarse, interpuso, primeramente, recurso de suplicación, que fue desestimado por la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2017 (JUR 2017\288962) y, con posterioridad, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como resolución de contraste la STSJ de Navarra de 7 de abril de 2016 (JUR 2016\171156). Dicho recurso, de la misma manera, fue desestimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 noviembre de 2018 (RJ 2018\5560), cuyo ponente fue el Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer, que constituye el objeto de este trabajo.

3. POSICIONAMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD O NO DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON PRESTACIONES ORIGINADAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión relativa a la compatibilidad o no del incremento del 20 % de la incapacidad permanente total reconocida por la Seguridad Social española con la prestación

Murcia, 2017, p. 1069, señala que el Estado de origen de la gran mayoría de las pensiones de jubilación que han dado lugar a esta controversia sobre la compatibilidad es Suiza, país al que, pese a no pertenecer a la Unión, se le aplican los reglamentos comunitarios en materia de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros como se comentará más adelante.

de jubilación o vejez a cargo de otro Estado miembro de la Unión Europea (además de Suiza¹⁵ u otro Estado del Espacio Económico Europeo¹⁶) ha venido siendo objeto de controversia desde hace tiempo.

A nivel administrativo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social siempre ha defendido la incompatibilidad de dicho incremento de la incapacidad permanente total con la pensión de vejez extranjera, tanto es así que la misma se puso de manifiesto expresamente en diversas consultas evacuadas por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, dependiente de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Así, la Consulta 11/2015, de 24 de febrero (JUR 2017\75877), se posicionaba dando la razón al INSS, determinando la no obtención del incremento si, en el momento de reconocer el derecho a la pensión de incapacidad permanente total, el interesado percibiese una pensión de vejez procedente de otro país y la pertinente reclamación al interesado de las cantidades indebidamente percibidas si, con posterioridad al reconocimiento del incremento, se detectase la percepción por parte del pensionista de una pensión extranjera de vejez. De la misma forma, la Consulta 17/2017, de 7 de septiembre (JUR 2017\251920), señala cuáles serían las consecuencias que para el incremento del 20 % de la pensión española de incapacidad permanente total tendría, dada la incompatibilidad entre ambas, la renuncia del interesado a la pensión de vejez causada en otro Estado, sentando que la misma resultaría inoponible frente a la Seguridad Social española al considerarse en perjuicio de tercero (artículo 1902 CC) pues supondría un incremento de cargas para esta última, por lo que no procedería la reposición del citado incremento.

A nivel jurisdiccional, por contra, los pronunciamientos han oscilado indistintamente en ambas direcciones.

A favor de la incompatibilidad se posicionaron la SJS núm. 1 de Vigo de 13 de junio de 2016 (sentencia núm. 327/2016), frente a una pensión de jubilación originada en Holanda; SSJS núm. 4 de Vigo de 12 de febrero de 2016 (sentencia núm. 88/2016) y de 29 de noviembre de 2016 (sentencia núm. 550/2016), en relación con pensiones alemana y francesa, respectivamente, de jubilación; las STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de

¹⁵ A efectos de la coordinación en materia de Seguridad Social y de la aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE L 149, de 5 de julio), “la Confederación Suiza debe ser asimilada a un Estado miembro de la Unión”, como señala la STJUE de 18 de noviembre de 2010 (C-247/09, asunto Alketa Xhymshiti contra *Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Lörrach*), pues ya suscribió el 21 de junio de 1999 el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra (DOCE L 114, de 30 de abril de 2002). A su vez, la coordinación modernizada, constituida por los Reglamentos (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE L 166, de 30 de abril) y n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 (DOUE L 284, de 30 de octubre de 2009), le es aplicable desde el 1 de abril de 2012 gracias a la Decisión núm. 1 /2012 del Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra de 31 de marzo de 2012 por la que se sustituye el anexo II de dicho Acuerdo relativo a la coordinación de los regímenes de Seguridad Social (2012/195/UE) (DOUE L 103, de 13 de abril de 2012).

¹⁶ En relación con Noruega, Islandia y Liechtenstein, países del Espacio Económico Europeo (EEE), la coordinación modernizada es aplicable desde el 1 de junio de 2012 en virtud de la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 76/2011, de 1 de julio de 2011, por la que se modifica el anexo VI (Seguridad Social) y el Protocolo 37 del Acuerdo EEE (DOUE L 262, de 6 de octubre de 2011).

octubre de 2013 (JUR 2013\345321) y de 11 de junio de 2014 (JUR 2014\185711), que enjuiciaban el caso de una pensión suiza de vejez (junto con una francesa en el segundo de los pronunciamientos), al igual que la STSJ de Navarra de 7 de abril de 2016 (JUR 2016\171156) y la STSJ de Galicia de 29 de julio de 2016 (rec. de suplicación núm. 396/2016), que se pronunció sobre una prestación de origen alemán.

La razón en la que se justificaría la misma se halla en la propia finalidad del incremento: si éste “tiene por objeto cubrir el vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que según la normativa aplicable dificultan la obtención de empleo”, el mismo deja de existir en el preciso instante en que el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente total cualificada es igualmente pensionista de jubilación, percibiendo “una compensación económica precisamente por estar apartado por razón de su edad del mundo laboral”. Esta posición, si bien no exenta de cierta razón, a su vez se fundamenta, erróneamente en nuestra opinión por su carácter en exceso extensiva, en la aplicación al supuesto que nos interesa de sendos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se postula la incompatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total causada en un régimen de nuestro sistema de Seguridad Social con una de jubilación originada en otro régimen distinto, como consecuencia de un supuesto de pluriactividad¹⁷, compatible con aquélla¹⁸, pues lo contrario haría de mejor condición a quien percibe la pensión de jubilación de la Seguridad Social extranjera. A su vez, alguna resolución también sostiene, en base a la normativa europea en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social [artículo 5 del Reglamento (CE) nº 883/2004], que precisamente la compatibilidad de la pensión de jubilación extranjera con la pensión de incapacidad permanente total española es lo que lleva a que sea incompatible el percibo de dicha pensión de jubilación con el incremento del 20 %¹⁹.

Sin embargo, no son pocas las resoluciones judiciales que abogan por la compatibilidad del mencionado incremento con pensiones de jubilación o vejez causadas en

¹⁷ Cuando el beneficiario de la pensión ha desarrollado sus servicios en pluriactividad, no existe incompatibilidad entre las pensiones procedentes de los distintos regímenes de la Seguridad Social en que desarrolló las diferentes actividades, salvo en el caso de procederse al cómputo recíproco de las cotizaciones cuando la pluriactividad hubiera sido sucesiva (artículo 49 TRLGSS).

¹⁸ Las SSTs de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517), dictadas ambas en unificación de doctrina y que examinan supuestos de percepción conjunta de, por un lado, una pensión de incapacidad permanente total, incrementada en ese 20 %, del Régimen Especial de la Minería del Carbón y, por otro, una pensión de jubilación derivada del Régimen Especial de Autónomos, señalan que dicho incremento de la prestación “intenta cubrir el posible vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que [...] dificultan la obtención de empleo” pero en los casos enjuiciados “ese vacío es inexistente porque las pensiones de jubilación a las que no es preciso renunciar por su compatibilidad con la pensión por incapacidad tiene como razón de ser suplir la falta de rentas procedentes del trabajo, en su totalidad, motivada por la edad. Desaparece por tanto la finalidad perseguida [...] ya que de otra manera se haría de mejor condición a quien se apartase del mercado laboral por su voluntad, no es obligatorio el cese en la actividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que quien se mantiene en dicho mercado, obtiene trabajo y al mismo tiempo ostenta la condición de inválido permanente total, para otra profesión u oficio”. Igualmente, otros tribunales han subrayado la incompatibilidad del mencionado incremento con el percibo de una pensión de jubilación del Régimen Especial de la Minería del Carbón [STSJ Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007\215734)], de una pensión del sistema de Clases Pasivas [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012\56653)] y del subsidio por desempleo para mayores de 52 años [STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2015 (JUR 2015\158360)].

¹⁹ STSJ de Galicia de 29 de julio de 2016 (rec. de suplicación núm. 396/2016).

Estados de la Unión Europea (señaladamente, Alemania²⁰, Francia²¹, Holanda²² y Polonia²³) o en Suiza²⁴.

Los argumentos esgrimidos a favor de la compatibilidad giran en torno a cuatro ejes principales. Por un lado, la criticable interpretación extensiva y analógica que viene haciendo el Tribunal Supremo de los artículos 198.1 TRLGSS y 6 del Decreto 1646/1972, ampliando la incompatibilidad del mencionado complemento más allá de los concretos casos previstos de realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, circunstancia que no se da cuando lo que se percibe es una pensión de Seguridad Social con origen en otro Estado miembro, sobre la base de que en esos supuestos el incremento de la prestación pierde su finalidad de suplir la carencia de rentas, rentas que se obtendrían mediante la pensión de jubilación independientemente de la cantidad que la misma supusiese. Por otro, la censura jurídica se fundamenta en el desconocimiento del régimen jurídico de la pensión causada en el extranjero, lo que desaconseja su asimilación a una pensión de jubilación de origen español. A su vez, no puede desconocerse que, resultando de aplicación a estos supuestos el artículo 53.3.a) del Reglamento (CE) nº 883/2004 [antes artículo 46 bis.3.a) del Reglamento (CEE) 1408/71], en el mismo se prevé el tratamiento de las cláusulas anticúmulo en el sentido de que sólo puede tenerse en cuenta la prestación causada en otro Estado miembro cuando la legislación de la institución encargada del reconocimiento así lo estableciese “claramente”²⁵, circunstancia que no recoge la normativa española. Además, como establece el artículo 53.3.d) del Reglamento (CE) nº 883/2004, existe en todo caso un límite que de ninguna manera se habría respetado: si se aplicaran normas anticúmulo por parte de uno de los Estados miembros como consecuencia del disfrute de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza diferente en virtud de la legislación de otros Estados miembros, la prestación podría reducirse solamente en el importe de dichas prestaciones. Por todo lo expuesto, se llega a la

²⁰ Pueden verse al respecto la SJS núm. 4 de Pontevedra de 26 de mayo de 2016 (procedimiento núm. 607/2015), la SJS núm. 2 de Lugo de 17 de febrero de 2017 (sentencia núm. 74/2017), la SJS núm. 3 de Pontevedra de 3 de marzo de 2017 (procedimiento núm. 558/2016), la SJS núm. 2 de Pontevedra de 12 de diciembre de 2017 (sentencia núm. 403/2017), la SJS núm. 26 de Barcelona de 24 de mayo de 2018 (AS 2018\1918) y las SSTSJ de Galicia de 23 de febrero de 2017 (JUR 2017\78160), de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017\89205), de 11 de septiembre de 2017 (JUR 2017\243570), de 23 de octubre de 2017 (JUR 2017\288962) y de 29 de junio de 2018 (AS 2018\2093).

²¹ STSJ de Asturias de 17 de enero de 1994 (AS 1994\99); SJS núm. 2 de Ponferrada (León) de 13 de febrero de 2014 (autos núm. 12/2014), en cuyo supuesto de hecho se percibía una pensión de origen francés y otra suiza; SJS núm. 5 de Vigo de 22 de enero de 2016 (autos núm. 771/2015) y STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2016 (AS 2016\1611) y de 18 de octubre de 2017 (JUR 2017\279668).

²² STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017\85649).

²³ SJS núm. 1 de Oviedo de 12 de abril de 2016 (sentencia núm. 197/2016) y STSJ de Asturias de 26 de julio de 2016 (JUR 2016\194179).

²⁴ Cabría mencionar las SSJS núm. 1 de Ponferrada (León) de 10 de mayo de 2013 (procedimiento núm. 1091/2012) y de 28 de septiembre de 2015 (procedimiento núm. 264/2015), la SJS núm. 3 de León de 29 de abril de 2016 (autos núm. 809/15), la SJS núm. 2 de Pontevedra de 27 de abril de 2016 (sentencia núm. 143/2016), la SJS núm. 1 de León de 21 de junio de 2017 (autos núm. 796/2016), la STSJ de Galicia de 19 de enero de 2017 (JUR 2017\41642) y las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\72114), de 13 de junio de 2018 (AS 2018\2021) y de 13 de septiembre de 2018 (AS 2019\205).

²⁵ Así lo subraya expresamente la STSJ de Asturias de 22 de febrero de 2013 (JUR 2013\124440) que, aplicando los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social de la Unión, entiende que no existe en el Derecho español, tal y como exigen aquéllos, una previsión expresa que incompatibilice el indicado complemento con el trabajo o las pensiones obtenidas en el extranjero, con cita de la STJCE de 22 de octubre de 1998 (C-143/1997, asunto *Office national des pensions (ONP) contra Francesco Conti*).

conclusión de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social carecería de fundamento legal, tanto por lo que hace a la normativa española aplicable (arts. 196.2 TRLGSS y 6 del Decreto 1646/1972) como a la de la Unión Europea [el mencionado Reglamento (CE) nº 883/2004], en la que fundamentar la declaración de incompatibilidad, de la que hace derivar la pérdida del incremento del 20 % sobre la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total.

Como se ha podido comprobar, la cuestión venía siendo objeto de controversia desde hace tiempo²⁶. Sin embargo, sobre la concreta cuestión de la compatibilidad del incremento del 20 % de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total con una pensión de jubilación de origen extranjero nunca se había pronunciado el Tribunal Supremo. Y es que, al entender aplicable a este supuesto la doctrina relativa a la incompatibilidad del mismo con pensiones de dicha naturaleza causadas en otro régimen de la Seguridad Social española²⁷, había procedido a desestimar mediante auto los distintos recursos de casación para la unificación de doctrina presentados al respecto²⁸. Ahora bien, no debe perderse de vista que los supuestos son bien distintos: dicha postura jurisprudencial, en origen, se refería a la incompatibilidad entre el mencionado incremento de la pensión de incapacidad permanente total y otra pensión con causa en otro régimen de nuestro sistema de Seguridad Social mientras que el caso que nos ocupa conlleva la existencia de sendas pensiones lucradas por distintos sistemas de Seguridad Social pero dentro de la Unión Europea o Suiza.

No fue sino hasta el año 2018 cuando el Tribunal Supremo se pronunció sobre esta concreta cuestión y lo hizo tras haber recaído al respecto la STJUE de 15 de marzo de 2018 [C-431/16, asunto Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra José Blanco Marqués], que deriva de la cuestión prejudicial

²⁶ La cuestión no estaba exenta de polémica ni siquiera en el seno de las secciones que componen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, sirviendo como ejemplo la de Galicia, que en su sentencia de 22 de febrero de 2018 (JUR 2018\127887) llegó a declarar que “esta Sala de duplicación ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión ahora debatida existiendo una discrepancia entre sus secciones en torno a la misma, ya que mientras una parte entendía que el desconocimiento del origen y del régimen de la prestación extranjera no permite declarar la incompatibilidad de la misma con el incremento del 20 % [STSJ de Galicia de 11 de septiembre de 2017 (JUR 2017\243570) ,de 18 de octubre de 2016 (AS 2016\1611), o la citada por sentencia de instancia de 19 de enero de 2017 (JUR 2017\41642)], esta sección resolvía en el sentido de que había de estarse a la simple existencia de dicha prestación extranjera, que de por sí es incompatible con la finalidad perseguida por el incremento del 20 % de la incapacidad permanente total [en este sentido, STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2017 (JUR 2017\269630)].

²⁷ Señaladamente, las SSTs de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517), ya mencionadas.

²⁸ Los AATS de 11 de septiembre de 2014 (JUR 2015\23332), de 24 de febrero de 2015 (JUR 2015\97864), de 18 de noviembre de 2015 (RJ 2016\64) y de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017\141589) hacen equivalente la percepción de una pensión de jubilación pagada por el sistema español de Seguridad Social con la satisfecha por otros países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, lo que conlleva la inadmisión de los recursos de casación unificadora interpuestos al entender que versaban sobre una cuestión ya clarificada pues la doctrina aplicable era la recogida en las citadas SSTs de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517). En base a ellas se venía manteniendo la incompatibilidad entre el incremento del 20 % de la incapacidad permanente total y la obtención de rentas bien del trabajo bien substitutivas del mismo, incluyéndose entre éstas últimas las pensiones de jubilación sin distinguir entre si se habían devengado en España o fuera de España.

planteada ante dicho órgano mediante ATSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de 2016 (AS 2017\196)²⁹.

4. LA ESPERADA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018 (ASUNTO BLANCO MARQUÉS): LA DEFINITIVA CLARIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN

Como ya se ha adelantado, la STJUE de 15 de marzo de 2018 [C-431/16, asunto Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra José Blanco Marqués] resuelve la cuestión prejudicial presentada por el ATSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de 2016 (AS 2017\196) sobre interpretación y aplicación de las normas en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social y sus disposiciones antiacumulación³⁰. Concretamente, se plantea si el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, que establece que el complemento del 20 % de la base reguladora en favor de los pensionistas de incapacidad permanente total para su profesión habitual mayores de 55 años quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo, constituye una norma antiacumulación en el sentido de los artículos 12, 46 *bis*, 46 *ter* y 46 *quater* del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y 5, 53, 54 y 55 del Reglamento (CE) n° 883/2004, y, si en caso afirmativo, es aplicable la citada norma antiacumulación española (con su ampliación, por vía jurisprudencial, a la percepción de una pensión de jubilación) a las prestaciones o ingresos adquiridos en el extranjero (una pensión de jubilación originada en Suiza en el caso analizado por la misma), y si se trata de prestaciones de igual o distinta naturaleza.

De esta forma, el TJUE se pronunció respecto a la interpretación de los mencionados artículos de los Reglamentos n° 1408/71 y n° 883/2004, que recogen una suerte de cláusula de reducción para casos de acumulación, en un mismo beneficiario, de una prestación originada en España y de otra causada en otro Estado miembro de la Unión Europea (incluyendo también a Suiza y a los países integrantes del Espacio Económico Europeo).

²⁹ En la misma dirección, ATSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2017 (AS 2017\353), planteando ante el TJUE cuestión prejudicial del siguiente tenor: para un perceptor de una pensión de jubilación por transformación de la prestación de incapacidad permanente total por cumplir los 65 años, que percibe un complemento del 20 % por la edad, al que se le reconoce una prestación de jubilación del Estado alemán, ¿debe entenderse el artículo 53.3.a) y d) del Reglamento (CE) n° 883/2004 como una de las disposiciones en contrario a que se refiere su artículo 5?; a efectos del artículo 53.3.a) del citado Reglamento, ¿cabe entender que la regulación española del complemento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual es una legislación que establece que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero?; ¿cabe entender contraria al artículo 53.3.a) del mencionado Reglamento la práctica administrativa y judicial española que suspende el cobro del complemento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual cuando el beneficiario accede a pensión de jubilación de otro Estado miembro? y ¿ha de entenderse incompatible con el artículo 53.3.d) del Reglamento que el complemento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual se suspenda también en la parte que supera la cuantía de la pensión causada en el otro Estado miembro? La misma se encuentra aún pendiente de resolución [C-141/17, asunto José Luis Cabana Carballo contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)].

³⁰ *In extenso* sobre la normativa comunitaria de coordinación y el cúmulo de prestaciones, CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pp. 89-101. En particular, sobre la eventual aplicación de una cláusula anticúmulo en casos de incapacidad permanente total cualificada, TRILLO GARCÍA, A. R.: “Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total”, ob. cit., pp. 1069-1076.

Sin perjuicio de la fundamentación recogida en la STJUE en el asunto Blanco Marqués³¹, a la cual se remite para no alargar en exceso este estudio, cabe señalar las principales conclusiones alcanzadas por la misma:

1) Una disposición nacional, como el artículo 6 del Decreto 1646/1972, en virtud de la cual el complemento de la pensión de invalidez permanente total quedaría suspendido durante el período en el que el beneficiario de la misma perciba una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción en el sentido del Reglamento [artículo 12.2 del Reglamento (CEE) nº 1408/71].

2) El mencionado Reglamento [art. 46 *bis*.3.a)] debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “legislación del primer Estado miembro” allí recogido incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo haya realizado de una disposición legislativa nacional, lo que da entrada a la interpretación extensiva del supuesto de incompatibilidad recogido en el mencionado artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 defendida por nuestro Tribunal Supremo [STS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426)] que afecta al caso de percepción de una pensión de jubilación de origen nacional o extranjero, aunque sobre esta última cuestión nunca se había pronunciado expresamente mediante sentencia pues había desestimado a través de auto los recursos de casación unificadora presentados en la materia.

3) Un complemento de la pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro Estado son de la misma naturaleza en el sentido del Reglamento.

4) El citado Reglamento [artículo 46 *ter*.2.a)] debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, no es de aplicación a una prestación calculada sin totalización si la misma no está incluida en el anexo IV del mismo Reglamento.

Por todo ello, cabría concluir la compatibilidad del complemento español por incapacidad permanente total con la pensión de jubilación abonada por otro Estado cuyo sistema de Seguridad Social queda dentro de los márgenes del ámbito de aplicación de la mencionada norma.

5. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN LA MATERIA POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO: CAMBIO DE CRITERIO Y CONSOLIDACIÓN

Para adecuar la doctrina española a los dictados de la STJUE de 15 de marzo de 2018 (asunto Blanco Marqués) antes citada, y dadas las características y trascendencia de la cuestión jurídica planteada, el Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo debería proceder al análisis de esta controversia en cuanto se le plantease la oportunidad. De esta forma, el Tribunal Supremo, sumándose así a la mencionada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cambiaría de criterio y se pronunciaría a favor de la compatibilidad del

³¹ Un magnífico comentario de la misma en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: “Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro estado miembro o de Suiza”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16 (2018), pp. 183-196.

citado complemento con la pensión de jubilación/vejez originada en otro Estado miembro de la Unión o en Suiza.

La primera resolución de nuestro Tribunal Supremo que conoció de la materia tras haber sido dictada la STJUE sobre el asunto Blanco Marqués fue la STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018\3970), cuyo ponente fue el Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, donde se planteaba la cuestión de la compatibilidad entre el porcentaje adicional propio de las prestaciones de incapacidad permanente total española y una pensión de vejez francesa³². A ella se han ido adhiriendo, además de la resolución comentada [STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5560)], las distintas sentencias recaídas en la materia desde entonces: las SSTS de 9 de octubre de 2018 (RJ 2018\5141, RJ 2018\5142, RJ 2018\5143 y RJ 2018\5329), que enjuician supuestos de pensiones de origen holandés, polaco, suizo y alemán, respectivamente; de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5552), relativa a una pensión alemana, y de 15 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5937), en relación a una prestación de jubilación francesa. En tanto todas ellas se remiten a los fundamentos recogidos en la primera citada, resulta oportuno analizar los argumentos por ésta esgrimidos a favor de la compatibilidad entre el complemento español de la pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación originada en otro Estado miembro de la Unión o Suiza.

El Tribunal Supremo procede a corregir su anterior criterio sentado en auto considerando aplicables las ya mencionadas SSTS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517). Así, pone de manifiesto que las mismas no contienen la doctrina aplicable a los supuestos de percepción conjunta de una pensión de incapacidad permanente total cualificada con una pensión de jubilación sufragada por otro Estado miembro de la Unión y subraya “lo diferente que resulta que el mismo sistema abone dos prestaciones [...] a que lo hagan dos distintos sistemas de Seguridad Social y que cada uno de ellos atienda sólo a las cotizaciones realizadas en el seno del mismo [...]”. Por ello, no puede sino, de alguna forma, censurar su propia actuación anterior de no admitir a trámite los recursos presentados.

Precisamente, por discutirse la compatibilidad del incremento del 20 % propio de la incapacidad permanente total cualificada con la percepción de una pensión por jubilación devengada fuera de España, pero dentro del ámbito de la Unión Europea, procede a buscar respuesta a dicha cuestión en la normativa comunitaria sobre coordinación de Seguridad Social: señaladamente, en el Reglamento (CE) n° 883/2004. Tras enumerar distintos preceptos del mismo en materia de normas antiacumulación, centra la atención en su artículo 53.3.a), que “regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza (como son las de incapacidad permanente y jubilación) y establece que a esos fines sólo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero”. En tanto, hasta la fecha no existe en nuestro ordenamiento interno previsión expresa al respecto como exige el citado Reglamento y especifica igualmente la STJUE

³² Antes del pronunciamiento unificador del Tribunal Supremo en la materia, ya había resoluciones judiciales que se hacían eco de lo expuesto en la STJUE en el asunto Blanco Marqués: sirva como ejemplo, la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2018 (AS 2018\2093), sobre pensión de jubilación de origen alemán.

sobre el asunto Blanco Marqués³³, aunque se trata de pensiones de la misma naturaleza, las mismas resultan compatibles. Dicho de otra manera, no existiendo en nuestra legislación una previsión específica que declare la incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación no nacional con el incremento del 20 % de la prestación de incapacidad permanente total nacional, ambas han de reputarse compatibles.

De esta forma, como señala la propia STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018\3970), “la claridad de la norma en cuestión [similar al precedente artículo 46.bis.3.a) del Reglamento (CEE) 1408/71], su especificidad (va referida a los supuestos de previsiones sobre compatibilidad o «acumulación») y la doctrina de la STJUE *Blanco Marqués* (aunque allí se trata de pensión abonada por Suiza) abocan a esa conclusión”. Así, se produce un cambio de criterio que determina que la incompatibilidad que se venía propugnando del complemento de la incapacidad permanente total con el percibo de una pensión de jubilación no alcanza a los supuestos en que esta última se origina en otro Estado miembro de la Unión en sentido amplio, limitándose así a las pensiones españolas de jubilación.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA VOZ DE ALARMA PARA PROCEDER A LA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES EN CASO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA?

Tal como ha quedado sentado por la jurisprudencia unificada que, como se ha dicho, sigue las directrices de la STJUE de 15 de marzo de 2018, la percepción del 20 % de complemento sobre la pensión de incapacidad permanente total resulta compatible con la pensión de jubilación abonada por un Estado miembro de la Unión Europea o Suiza. Ello se debe a que nuestra normativa interna no establece que se tengan en cuenta las prestaciones adquiridas en el extranjero al regular la compatibilidad del mismo, circunstancia exigida por el artículo 53.3.a) del Reglamento (CE) nº 883/2004.

Según los datos más actualizados, nuestro sistema de Seguridad Social está abonando 261.523 pensiones de incapacidad permanente total cualificada, ascendiendo la cuantía de la prestación media a 949,55 €³⁴. Aunque no se hayan podido obtener datos sobre cuántas de ellas podrían estar siendo actualmente o podrían a futuro ser compatibilizadas con pensiones de jubilación procedentes de otro Estado miembro de la Unión, es de suponer que el número podría ser bastante elevado teniendo en consideración las altas tasas de emigración española a zonas industriales de Europa Occidental durante la década de los sesenta, fenómeno que, con unas características distintas, ha vuelto a tener lugar como consecuencia de la crisis financiera que nos azota desde el año 2008³⁵.

³³ Como manifiesta la STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018\3970), criterio que continúa la resolución comentada, aunque en los casos enjuiciados resulta aplicable el Reglamento (CE) nº 883/2004 y la STJUE de 15 de marzo de 2018 se fundamenta en el articulado del Reglamento (CEE) nº 1408/71, ello no constituye obstáculo alguno pues “la continuidad de los contenidos básicos entre ambos Reglamentos y la similitud de las previsiones relevantes para resolver tanto el caso Blanco Marqués cuanto el presente permiten trasladar sus conclusiones sin modificación alguna”.

³⁴ Datos actualizados a 29 de marzo de 2019 disponibles en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST196>.

³⁵ Pueden consultarse las cifras de migraciones exteriores desde 2008 por año, sexo, grupo de edad, país de destino, nacionalidad (española/extranjera) y país de nacimiento en relación con el país de destino en <http://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p277/prov/e01/&file=01010.px>.

Por ello, no parece demasiado aventurado prever que, como medida de ajuste financiero, esta nueva tendencia jurisprudencial tenga su consiguiente reflejo en la escueta regulación de la incapacidad permanente total cualificada a fin de clarificar su régimen de incompatibilidades. Así, si la prestación de jubilación reconocida en otro Estado miembro no puede condicionar el derecho del beneficiario al incremento de la pensión de incapacidad permanente total porque nuestra normativa de Seguridad Social no establece una específica previsión respecto a dicha incompatibilidad, nada impediría una intervención legislativa en ese sentido en la materia.