

**JUZGADO DE LO SOCIAL N° SIETE DE ALICANTE**  
C/ Pardo Gimeno,43- 3ª planta  
03007 Alicante

Sentencias y Recursos: 965936067  
Fax: 965936152

N.I.G.: 03014-44-4-2017-00051

**AUTOS n° 0 /2017**

**Sobre COMPLEMENTO INCAPACIDAD PERMANENTE**

**De:**

**Abogado/Graduado Social:** ORTI MOLINA, AMPARO BEATRIZ

**Contra:** TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y  
INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**SENTENCIA núm. 151**

En Alicante, a 15 de abril de 2019

Vistos por SSª. Dª M.ª Alicia Román Lora, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número 7 de Alicante, los autos de SEGURIDAD SOCIAL instados por D. .

frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se ha dictado la presente resolución, en base a los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Habiendo tenido entrada en este juzgado la presente demanda a virtud de turno de reparto, suscrita por la parte demandante, sobre el concepto arriba referenciado, en la que sucintamente se exponían los hechos fundadores de su pretensión, fue admitida a trámite.

SEGUNDO.- Señalado día y hora para la celebración de los oportunos actos de conciliación y juicio, los mismos tuvieron lugar en el día y hora señalados con asistencia de las partes en la forma y circunstancias que constan en el acta del juicio, practicándose las pruebas que se propusieron con el resultado que después se dirá.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales establecidas.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** El demandante D. . . . . , cuyos datos personales obran en el expediente administrativo, fecha nacimiento 1 1956, tenía reconocida una prestación de Incapacidad Permanente Absoluta desde el 01.03.1995, en el RETA, con una base reguladora de 326,43 euros mensuales, percibiendo actualmente 526,21 euros al mes.

**SEGUNDO.-** Con posterioridad, ha desempeñado la profesión de vendedor de productos de juego de la ONCE, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Mediante sentencia de fecha 26 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, autos . . . . . 10, le fue reconocida una Incapacidad Permanente Tota para su profesión habitual. Dicha sentencia fue confirmada mediante sentencia del TSJ Comunidad Valenciana der fecha 10.12.13.

Desde el inicio, la prestación, se ha venido percibiendo sobre el porcentaje del 75%, con fecha de efectos 01.05.13, sobre una base reguladora de 2.365,09 euros, según la documental obrante.

**TERCERO.-** En fecha 25.09.17 por el INSS se emitió resolución modificando el importe de la prestación por incapacidad permanente total que venía percibiendo el actor, suprimiendo el porcentaje adicional del 20% que venía cobrando de la prestación, y ello al considerar que es incompatible con la percepción de una pensión de incapacidad permanente absoluta, al considerar ésta última como renta de sustitución

plena del salario que se deja de percibir. En dicha resolución se fijó como fecha de efectos de la reducción el día 01.08.2017. Dicha resolución fue notificada al actor.

**CUARTO.-** Se interpuso reclamación administrativa previa desestimada mediante resolución de fecha 10.11.2017

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** El demandante peticiona que se declare la nulidad de la resolución del INSS de fecha 25.09.17, que reduce el porcentaje de la pensión de incapacidad permanente total que venía percibiendo desde 01.05.13, en base al considerar que es incompatible con la percepción de una pensión de incapacidad permanente absoluta, al considerar ésta última como renta de sustitución plena del salario que se deja de percibir.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, vemos que el art 47 Ley 39/2015 señala que :

*1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) Los que tengan un contenido imposible.*

*d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

*g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.*

*2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

También el art 48 señala que *1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*

*2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*

*3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*

Asimismo el art 163 LGSS señala 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.*

Pues bien, a la vista del proceso tramitado, y documental aportada por el INSS, se considera probado que se dictó por el INSS resolución de fecha 25. 09.17, en que se eliminaba el porcentaje adicional del 20% de la prestación de incapacidad permanente total, sin dar trámite de alegaciones al interesado para optar entre una u otra en caso de ser consideradas incompatibles, existiendo por tanto causa de anulabilidad de lo actuado, situando al actor en una situación de indefensión, pues la resolución de minoración de la prestación ha sido dictada al margen de cualquier procedimiento, no habiendo efectuado notificación alguna al actor, más que la resolución final de fecha 25

de septiembre de 2017, contra la que únicamente pudo interponer reclamación administrativa previa, encontrándose de manera totalmente sorpresiva con una reducción de la pensión que venía percibiendo, sin poder efectuar alegación u opción alguna. Por ello, se debe estimar en parte la demanda y declarar la nulidad de la resolución de fecha 25.09.17, y la de 06.11.17, por infracción del art 48 Ley 39/15 y 163 LGSS, con los efectos inherentes a tal declaración de nulidad, incluyendo el abono del 20% eliminado desde el día 01.08.17 hasta la fecha de la presente resolución.

En segundo lugar, procede anular la resolución impugnada no solo por defectos formales, sino que entrando en el fondo del asunto, vemos que debe alcanzarse idéntica conclusión. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018 en relación a este plus de la incapacidad permanente total cualificada señala que *Nuestra doctrina viene entendiendo que la IP contemplada en el art. 139.2.II LGSS no constituye un nuevo grado de invalidez distinto de los ya existentes (de aquí la ambigua denominación doctrinal de invalidez permanente total cualificada), sino un supuesto de aumento del importe de la prestación económica por IPT. El desencadenante de este grado de incapacidad no constituye un nuevo "hecho causante" porque los requisitos exigidos (edad, falta de preparación, dificultad de encontrar empleo, etc.) se superponen al único que en su momento sirvió para calificar la IPT y que ha quedado definitivamente fijado. La STS 7 febrero 1994 (rec. 2651/1992) resume la doctrina consolidada sobre el particular y concluye 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".*

*El citado precepto reglamentario cifra en 55 años ("como mínimo") la edad a partir de la cual pueden considerarse existentes esas especiales dificultades para acceder a un empleo, sin que en tal decisión se haya visto vulneración del principio de igualdad ya que existen condicionamientos financieros que justifican el límite atendiendo a un factor -la edad- que aumenta las dificultades para trabajar ( STC 137/1987 ).*

### *3. Suspensión del complemento.*

*Coherente con la finalidad del precepto (suplementar los ingresos de quien teóricamente podría realizar otra actividad productiva pero es improbable que la consiga) es la previsión conforme a la cual el incremento del 20% queda en suspenso*

mientras el beneficiario desarrolla una actividad productiva de las que dan lugar a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social ("un empleo" decía el art. 6.4 del Decreto 1646/1972 , que hay que entender corregido por el art. 141.1.II LGSS ), o bien percibe el desempleo generado por ella.

#### 4. Doctrina de la Sala sobre incompatibilidad del complemento.

Tanto el Informe del Ministerio Fiscal cuanto la sentencia referencial y el recurso del INSS basan su posición en la doctrina sostenida por esta Sala Cuarta. Recordemos su contenido.

Las SSTS 26 enero 2004 (rec. 4433/2002 ) y 13 abril 2005 (rec. 1785/2004 ) sostienen lo siguiente:

El artículo 139.2 de la Ley General de la Seguridad Social intenta cubrir el posible vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que menciona al dificultar la obtención de empleo. En el caso del demandante y en el de la sentencia de contraste 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 por el artículo 139.2 de la Ley General de la Seguridad Social en el párrafo segundo 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.

Tales sentencias contemplan el caso de pensión de jubilación abonada por la Seguridad Social española y aquí estamos ante la sufragada por Francia. Por lo tanto, no puede decirse que las sentencias en cuestión contengan la doctrina aplicable para resolver el presente recurso o que lo planteado haya sido solucionado por aquéllas.

Pero también es cierto que en varias ocasiones hemos entendido que la solución debiera ser la expuesta cuando se está ante pensión abonada por la Seguridad Social de otro Estado. Así ha sucedido, por ejemplo, en los Autos de 11 septiembre 2014 (rec. 426/2014 ), 24 febrero 2015 (rec. 2456/2014 ) 18 noviembre 2015 (rec. 184/2015 ), 11 mayo 2017 (rec. 2998/2016 ). Todos ellos abordan la compatibilidad de la pensión de IPTC con una pensión abonada por sistema de Seguridad Social de otro Estado e inadmiten el recurso de casación unificadora interpuesto por entender que versa sobre cuestión ya clarificada, manifestando que: "Es irrelevante la contradicción alegada en

*el recurso, pues la doctrina aplicada por la sentencia recurrida es coincidente con la doctrina unificada por las SSTs de 26 de enero de 2004 y 13 de abril de 2005 ( R. 4433/2002 y 1785/2004 )". Por último la mencionada sentencia concluye En tal sentido hemos de abandonar expresamente el criterio sostenido por diversos Autos, como los antes citados, conforme a los cuales es trasladable a ese tipo de supuesto la doctrina unificada de SSTs 26 enero 2004 (rec. 4433/2002 ) y 13 abril 2005 (rec. 1785/2004 ) respecto de incompatibilidad del complemento en cuestión con el abono de pensión de jubilación por el propio sistema español de Seguridad Social...Se trata de pensiones de la misma naturaleza pero compatibles porque la legislación española carece de norma específica disponiendo lo contrario, condición impuesta por el Reglamento UE 883/2004.*

Ya bajo la anterior LGSS se venía considerando compatible la percepción simultánea de dos pensiones de invalidez en el mismo régimen cuando derivan de contingencias diferentes, cual ha ocurrido con una incapacidad parcial con origen en un accidente laboral y una posterior incapacidad permanente total causada por enfermedad profesional, derivadas de profesiones igualmente distintas —STS de 21 de junio de 1999 (Rec. 3128/1998 (LA LEY 9248/1999))—. La regla es, por tanto la de la compatibilidad cuando se trata de prestaciones conseguidas en distintos regímenes así como la compatibilidad entre la percepción de cualesquiera prestaciones de esta naturaleza y el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, por lo que con más motivo ha de serlo la percepción de otra prestación, reconocida en un régimen diferente, que viene a suplir la falta de toda capacidad laboral del sujeto, sin que exista norma específica que ampare la conclusión alcanzada por el INSS, que no puede acogerse a lo establecido en el art 196 LGSS, previsto para la realización de trabajos por el pensionista, no para el caso en que percibiera otra prestación por incapacidad, reconocida antes de cursar la incapacidad total, situación conocida y tolerada por la Administración, que desde el año 2013 reconoció el porcentaje del 75% según ha mostrado la documental aportada por el actor. La Administración no puede dejar sin efecto ese 20% adicional, y máxime hacerlo sin procedimiento alguno o sin dar al actor la posibilidad de elegir, y ello, sobre todo a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE y de nuestro TS, que reconoce la compatibilidad de la pensión de incapacidad con la de jubilación reconocida en otro estado, lo que es plenamente aplicable a este supuesto en que estamos en presencia de dos prestaciones por incapacidad en regímenes diferentes de seguridad social. Por ello procede estimar la demanda en este punto.

Ahora bien, no cabe la condena a intereses reclamada por el actor, pues debe acogerse el argumento ofrecido por el INSS, dado que el art 39 ET se refiere únicamente a salarios, no a prestaciones de seguridad social y ello sin perjuicio de los intereses del art 576 Lec aplicables de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**F A L L O:** Que **ESTIMANDO parcialmente** la demanda interpuesta por D. [redacted] contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar la nulidad de la resolución de fecha 25.09.17 y la de 06.11.17 con los efectos legales a dicha declaración de nulidad, reponiendo al actor en su derecho al incremento del 20% derivado de la pensión de incapacidad permanente total cualificada, tal y como le fue reconocida, con fecha de efectos 01.08.17, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, y a abonar las cantidades dejadas de percibir por la eliminación del 20% adicional desde el 01.08.17.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer el recurso de SUPPLICACIÓN, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de cinco días que tienen para ello, contados a partir del siguiente al de la notificación de esta sentencia y por conducto de este juzgado.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.