



Roj: **STS 2141/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2141**

Id Cendoj: **28079149912017100025**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **3050/2015**

Nº de Resolución: **356/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 356/2017

Fecha de sentencia: 26/04/2017

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3050/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/04/2017

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SOCIAL

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

Transcrito por: OLM

Nota:

Resumen

INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL EN POLICÍA MUNICIPAL. LA FECHA INICIAL DE EFECTOS, EN RELACIÓN CON EL POSIBLE EJERCICIO DE LA «SEGUNDA ACTIVIDAD». EL DEVENGO DE LA PENSIÓN SE PRODUCE CUANDO SE CESA EN LA ACTIVIDAD COMO POLICÍA, SEA PRIMERA O SEGUNDA, POR INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL SALARIO PERCIBIDO POR TAL CONCEPTO Y LA PENSIÓN QUE ES RENTA SUSTITUTORIA. LA CUESTIÓN NO SE HA VISTO AFECTADA POR LA LEY 27/2001 Y POR LA REDACCIÓN DADA AL ART. 141 LGSS. VOTO PARTICULAR.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3050/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 356/2017



Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 26 de abril de 2017.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Letrada Sra. Aragoneses Zaragoza, en nombre y representación de D^a. Angelina , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 10 de junio de 2015, [recurso de Suplicación nº 3072/14], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, autos 147/2013, en virtud de demanda presentadas por D^a. Angelina contra INSS y TGSS, sobre INVALIDEZ.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda formulada por Angelina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro que por las dolencias que padece la parte actora se encuentra afecto/a de una incapacidad permanente TOTAL para su profesión habitual, con origen en enfermedad común, condenando a la demandada a estar y pasar por las consecuencias legales de esta declaración, teniendo derecho la parte actora a percibir la prestación económica correspondiente, siendo su base reguladora mensual la de 2.628,82 euros, (le corresponde un porcentaje del 55%) y sus efectos económicos se fijaran al momento en que se de baja en el Ayuntamiento de Benidorm, más las mejoras, pagas y revalorizaciones legales correspondientes.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- Que la actora Angelina , con DNI núm. num. NUM000 y afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social con núm NUM001 siendo su profesión habitual la de Policía Local del Ayuntamiento de Benidorm (cuestión no discutida entre las partes) .SEGUNDO.-Que se insto por la actora solicitud de expediente de declaración de Invalidez Permanente, siendo emitido informe medico de síntesis por el E.V.I. en base al siguiente diagnostico: rizartrrosis bilateral (intervenida en Mato 2012), espondiloartrosis, discopatía cervical sin radiculopatía, síndrome de túnel carpiano bilateral, condromalacia de rodillas bilateral y meniscopatia derecha, Hallux valgus, metatarsalgia, hipertrigliceridemia, antecedente de pancreatitis y cólicos renales, con tratamiento de deficiencias mas significativas y trastorno adaptativo. TERCERO.- Que con fecha del día 10/12/2012, la Dirección Provincial del INSS resolvió que se declaraba que las dolencias del actor NO alcanzaban entidad suficiente para declararle afecto de incapacidad permanente. Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna RECLAMACIÓN PREVIA, siendo desestimada por Resolución expresa del INSS de fecha de salida 25/01/13. CUARTO.-Que el actor solicita se le declare afecto a una Invalidez Permanente TOTAL PARA SU PROFESIÓN HABITUAL; se acredita una Base Reguladora para la Invalidez Permanente total de 2.628,82 euros al /mes,(le corresponde un porcentaje del 55%) estando las partes conformes con dicha Base Reguladora y siendo la fecha de efectos cuando se de baja como Policía Local del Ayuntamiento. QUINTO.- Que el actor presenta el siguiente cuadro clínico residual derivado de enfermedad común: rizartrrosis bilateral (intervenida en Mato (sic) 2012),



espondiloartrosis, discopatía cervical sin radiculopatía, síndrome de túnel carpiano bilateral, condromalacia de rodillas bilateral y meniscopatía derecha, Hallux valgus, metatarsalgia, hipertrigliceridemia, antecedente de pancreatitis y cólicos renales, con tratamiento de deficiencias más significativas y trastorno adaptativo. Como limitaciones orgánicas y funcionales presenta según EVI algias osteoarticulares referidas en raquis y extremidades, teniendo dolencias osteoarticulares degenerativas, alteración referida del ánimo, quejas de mareos y de fallos de memoria ya estudiadas, tratamiento actual farmacológico, RHB, psicoterapia, IQ rodilla izquierda hace un año y de rizartrosis mano derecha hace seis meses y medio (según EVI) con evolución satisfactoria, no estando pendiente de nuevas IQ ni de otras alternativas de tratamiento. Según el perito neurólogo de parte actora, Dr. xxxxxxxxxxxx esta diagnosticada de cervicodorsalgia, contractura cervical y de trapecio, rectificación de la lordosis cervical fisiológica, mareo cervicogénico, cervicoartrosis, uncoartrosis bilateral de predominio derecho en niveles C3-C4, C4-C5 y C5-C6, hernia discal posterior en los tres niveles acompañando a las barras artrosicas, escoliosis lumbar, disfunción sacroiliaca bilateral, bursitis trocánterea bilateral, STC bilateral de predominio izquierdo, síndrome depresivo reactivo, insomnio de mantenimiento, quejas de memoria previas, recomendando evitar la conducción y que no pase más de 30 minutos en sedestación, lo que imposibilita el desarrollo de actividad laboral dado que no puede permanecer sentada mucho tiempo, estar de pie es doloroso, la marcha se compromete por la patología de los pies y no es recomendable conducir. Según el perito de parte actora Dr. Jon la actora padece artrosis grave de columna cervical, asociada a una triple hernia discal sintomática, rizartrosis bilateral avanzada ya operada en el lado derecho, síndrome de túnel carpiano bilateral, condropatía degenerativa de ambas rodillas de grado moderado, Hallus valgus bilateral deformante con metatarsalgia. Todo ello le supone una irreversible inaptitud física para la realización de actividades ocupacionales que supongan sobreexigencias biomecánicas de columna cervical, manos, rodillas o pies, es decir, para manejar pesos no ligeros, adoptar posiciones mantenidas de raquis (tanto bidepesteación como sedestación prolongadas o sin posibilidad de autogestionar cambios posturales frecuentes, ponerse en posturas forzadas de miembros inferiores (cuclillas, arrodillada, etc..) ejecutar tareas que requieran cierta fuerza y destreza bimanual o aquellas que requieran una aceptable agilidad de piernas.-SEXTO.- Se ha acreditado que la actora es Policía Local, habiendo pasado a segunda actividad hasta que por Decreto de Alcalde del Ayuntamiento de Benidorm de fecha 01/07/2013, vuelve a pasar a primera actividad (servicio ordinario, doc 1). Igualmente se ha acreditado con la testifical practicada en la persona de Torcuato, que la actora, de quien fue compañero en la Policía Local durante varios años, no se sentía capacitada para realizar el mínimo requerimiento físico como incluso para escribir, hacer informes, conducir, etc... y mucho menos actividades de requerimientos físicos como proceder a una detención, separar en una reyerta, etc... para lo que no está capacitada, teniendo que proceder a su traslado hospitalario por dolores o mareos.-SÉPTIMO.- La actora además consta que se encuentra adscrita al programa de ayuda a domicilio y recibe ayuda de una voluntaria de acompañamiento adscrita al proyecto en actividades de atención tanto dentro como fuera de su domicilio, con una frecuencia semanal (doc 2), siéndole ofrecido dicho servicio por la testigo Verónica, según la cual ayuda en casa de la actora a limpiar, coger peso, acompañamiento al hospital, pues ella no puede conducir, sufriendo la actora mareos, de cervicales y estando operada de una mano, rodilla y con problemas de páncreas, habiéndola encontrado una vez inconsciente, y teniendo que ayudarla a bajar incluso de la cama, cayéndosele a veces hasta una taza de café, y llevando collarín en su casa».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a. Angelina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 10 de junio de 2015, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Zaira contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Benidorm de fecha 27-septiembre-2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TGSS; aclarando que la prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo, manteniendo en el resto la sentencia».

CUARTO.- Por la Letrada Sra. Aragonese Zaragoza, en nombre y representación de D^a. Angelina, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 30 de junio de 2011.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de marzo de 2017. Dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó suspender el señalamiento acordado, trasladando el mismo para el 19 de abril de 2017, para su deliberación, votación y fallo por la Sala en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La sentencia recurrida.- La actora fue declarada en situación de IPT como Policía municipal por la sentencia que en 27/09/13 dictó el Juzgado de lo Social de Benidorm [autos 247/13], fijando efectos económicos «al momento en que se dé de baja en el Ayuntamiento de Benidorm». Se interpuso recurso de Suplicación por la trabajadora, instando que «se le reconozca el derecho a percibir la prestación reconocida "sin que sea necesaria su baja en el Ayuntamiento empleador, sin perjuicio de la incompatibilidad del percibo de la pensión para cualquier periodo en que haya permanecido o permaneciere en primera actividad». Y la STSJ Comunidad Valenciana 10/Junio/2015 [Supl. 3072/14] desestimó el recurso, si bien «aclarando que la prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo».

2.- Recurso de casación que se formula.- En su recurso de casación, la representación de la actora invoca como contraste la STSJ Comunidad Valenciana 30/Junio/2011 [Supl. 360/11] y se denuncia la infracción de los arts. 137 y 141 LGSS, así como 40 y sigs. Ley 6/1999 [19/Abril], de la Comunidad Valenciana, sobre Policía local. Y ello en relación con la doctrina sentada por diversas resoluciones de esta Sala [SSTS 16/10/12 -rcud 3907/11-, 10/10/11 -rcud 4611/10-...].

SEGUNDO.-1.- La exigencia general de contradicción.- Para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, el art. 219 LJS requiere -como presupuesto de admisibilidad- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que supone diversos pronunciamientos de sus respectivas partes dispositivas respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 29/11/16 - rcud 1235/15-; 01/12/16 -rcud 2164/15-; y 02/12/16 -rcud 959/15-).

2.- Concurrencia de contradicción en el caso debatido.- En ambos procedimientos contrastados se parte de la base de declaraciones de IPT derivadas de enfermedad común y referidas a Policías municipales, a los que se les reconoce por la imposibilidad -en los dos casos- del desempeño de los cometidos de la llamada «primera» actividad y persistiendo aptitud para la llamada «segunda». Es cierto que en la recurrida lo que se discute expresamente es la fecha inicial de efectos de la pensión por IPT que se reconoce, pero determinándola por la compatibilidad que se aprecia entre el referido grado y la «segunda» actividad, mientras que en la decisión de contraste de lo que formalmente se trata es de si el desarrollo de esta «segunda» actividad puede justificar la revisión por mejoría pretendida por la EG, pero este planteamiento -formal, repetimos- se basa precisamente en la pretendida incompatibilidad de la IPT declarada con el desarrollo de aquella «segunda» actividad, que es lo que precisamente constituye el objeto expreso y formal del presente debate, hasta el punto de que en la decisión referencial la Sala del TSJ entiende que los realmente debatido es «si la percepción de la prestación ... es compatible con el desarrollo de una segunda actividad», de manera que tanto en uno como en otro procedimiento está involucrada una misma y compleja cuestión, relativa a la incidencia de la «segunda actividad» -propia de algunas profesiones, como Policías y Bomberos- en la declaración de IPT y en el percibo de la correspondiente prestación.

Por ello, aunque es innegable que el examen de la cuestión se hace desde una diferente ópticas de partida [funciones valorables para la declaración de IPT/funciones compatibles con la prestación por IPT] e incluso en un marco procesal diverso [reconocimiento inicial/revisión de oficio], en todo caso no se nos ofrece duda de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida [compatibilidad entre la IPT y la «segunda» actividad] y diversidad en la solución [incompatibilidad en la recurrida/compatibilidad en la decisión de contraste], determinante de que apreciemos la necesaria contradicción en los pronunciamientos.

TERCERO.-1.- La llamada «segunda actividad».- Existen determinadas profesiones [Cuerpo de Bomberos; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Policía Municipal...], que para su óptimo desempeño requieren de singulares condiciones psico-físicas que -inevitablemente- con la edad van minorando. Por tal circunstancia, las reglamentaciones respectivas de estos cuerpos, tanto a nivel nacional, como autonómico y municipal, disponen el establecimiento de una especial situación la «segunda actividad», que contempla precisamente la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados, excluyendo las requirentes de mayores exigencias y manteniendo aquellas que sean compatibles con su estado psico-físico [particularmente las de tipo auxiliar, apoyo o burocráticas]. Se trata del llamado pase a la «segunda actividad», que comporta el desenvolvimiento de aquellas tareas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero con una carga de exigencias físicas y psíquicas ostensiblemente menor, y que se produce tanto por cumplimiento de determinada edad, cuanto a petición propia concurriendo determinadas causas [singularmente con determinados años de servicio], como por apreciarse oficialmente insuficiencia de aptitudes psicofísicas; especial estado que comporta el mantenimiento de la situación activa y que igualmente acarrea el devengo básico de la misma retribución, excepto -como es lógico- de los complementos inherentes al puesto desempeñado.



Para la Policía local, en concreto, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han introducido y regulado esta «segunda actividad»: así, la Comunidad Valenciana [arts. 40 a 44 de la Ley 6/1999, de 19/Abril], Cataluña [arts. 43 y 44 de la Ley 16/91, de 10/Julio], Castilla la Mancha [arts. 23 a 26 de la Ley 8/2002, de 23/Mayo], Galicia [arts. 62 a 73 de la Ley 4/2007, de 20/Abril], Canarias [arts. 33 y 34 Ley 6/1997, de 4/Julio], Andalucía [Decreto 135/2003, de 20/Mayo]...

2.- Precedentes de la Sala en torno a la «segunda actividad».- Aunque la incidencia de la llamada «segunda actividad» en el posible reconocimiento de IP ha tenido tratamiento reiterado en precedente doctrina de la Sala, sin embargo, el examen que sobre la materia hemos realizado hasta la fecha no ha recaído sobre la concreta faceta que este recurso se debate [fecha de efectos de la IPT reconocida a quien -Policía local/ Bombero- se halla realizando cometidos de segunda actividad] y ni siquiera nos hemos pronunciado respecto de la procedencia de IP en quienes tiene aptitud laboral limitada a esa «segunda» actividad. En efecto.

a).- Las tres primeras decisiones adoptadas por la Sala en esta materia [SSTS 23/02/06 -rcud 5135/04-; 10/06/08 -rcud 256/07-; y 25/03/09 -rcud 3402/07-] fueron referidas concretamente a Policías locales, pero aunque la pretensión ejercitada iba referida al reconocimiento de IPT o IPP, lo cierto es que el debate suscitado en trámite de casación se ceñía exclusivamente a determinar las funciones que habrían de valorarse en la determinación de un posible grado de IP [las de la «segunda» actividad; las de la «primera»; o ambas], habiendo indicado tales precedentes que atender -para calificar la IP- sólo a la segunda actividad contraría el art. 137.2 LGSS, habida cuenta de que «el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas como la patrulla, el mantenimiento de orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, ... ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual». Pero en lo que al resultado valorativo se refiere, la Sala anula actuaciones y las remite al TSJ para la correspondiente evaluación de la entidad invalidante de las secuelas, porque «... quedando un segundo problema a resolver cual es el de determinar en qué medida puede valorarse la merma de capacidad, y en concreto si la misma alcanza a todas o las fundamentales tareas de aquella profesión, o solo en un porcentaje, y si éste es o no superior al 33% como exigen los distintos apartados del art. 137.1 LGSS para determinar si puede serle reconocida algún grado de invalidez merecedor de la acción protectora de la Seguridad Social... ».

b).- Las restantes decisiones adoptadas por este Tribunal en esta materia -segunda actividad- tienen por reclamantes a miembros del Cuerpo de Bomberos [SSST 22/05/12 -rcud 2111/11-; 02/07/12 -rcud 3256/11-; 04/07/12 -rcud 1923/11-; 10/07/12 -rcud 2900/11-; 24/07/12 -rcud 3240/11-; 02/11/12 -rcud 4074/11-; 04/12/12 -rcud 258/12-; y 16/12/10 -rcud 3907/11-], quienes habían obtenido reconocimiento de IPT en vía administrativa y a los que la misma EG pretende revisar el grado reconocido por supuesta mejoría, en razón a haber pasado a la segunda actividad. Debate que la Sala resolvió argumentando - básicamente- tanto la referida doctrina acerca de la valoración de todas las actividades que integran la función y no sólo las inherentes a la segunda actividad, cuanto que la calificación de las incapacidades es independiente de las vicisitudes en el empleo, como -finalmente- que el ámbito de la profesión que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la IP no puede ser la segunda actividad sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento inicial de la incapacidad; aparte de que -como es lógico- sólo cabe revisar la IP por mejoría si media variación en la patología determinante del reconocimiento inicial de aquélla.

3.- Ciertamente que en algunas de ellas [STS 10/10/11 -4611/10-, referida a Bombero y posteriormente reproducido su texto -también para tales profesionales- en las de 03/05/12 -rcud 1809/11-; 24/07/12 -rcud 3240/11-; 02/11/12 -rcud 4074/11-; 04/12/12 -rcud 258/12-; y 16/12/10 -rcud 3907/11-] se hizo referencia incidental a la compatibilidad entre la pensión por IPT y el desempeño laboral, al indicarse que «... *la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta parece condicionada a que las nuevas funciones #no coincidan con aquellas que dieron lugar# a la propia pensión*», pero en la posible trascendencia de tal texto al presente debate -como el recurso pretende- han de tenerse en cuenta las consideraciones que al final de esta sentencia haremos sobre la redacción dada al art. 141 LGSS por la Ley 27/2001.

CUARTO.- 1.- La concreta cuestión objeto de debate.- Lo que específicamente se discute en los presentes autos es la fecha de efectos que ha de atribuirse a la IPT declarada cuando la beneficiaria -Policía municipal- continúa prestando servicios en la «segunda actividad». Efectivamente:

a).- En su demanda, la accionante solicitaba con carácter principal que se le declarase en situación de IPA y de manera subsidiaria se le reconociese «Incapacidad Permanente Total para la Profesión Habitual, con el derecho al percibo de una pensión vitalicia, que no podrá ser inferior al 55 % de la base mínima de cotización, cantidad que tendrá que incrementarse en el porcentaje que reglamentariamente se determine».



b).- La sentencia de instancia, dictada por el J/S nº 1 de Benidorm en 27/09/13 [autos 147/13] declaró a la trabajadora en situación de IPT cuyos «efectos económicos se fijaran al momento en que se dé de baja en el Ayuntamiento de Benidorm».

c).- En el recurso de Suplicación, la beneficiaria solicita que «tiene derecho al percibo de la pensión correspondiente sin que sea necesaria su baja en el Ayuntamiento empleador, sin perjuicio de la incompatibilidad del percibo de pensión para cualquier periodo en que haya permanecido o permaneciere en primera actividad» y que la IPT «se reconoce con efectos desde el momento en que debió ser estimada, y en cambio fue desestimada, en la fecha 11 de diciembre y en los términos antes referidos».

d).- La Sala del TSJ rechaza el recurso interpuesto si bien «aclarando que la prestación de incapacidad permanente total reconocida lo es con efectos económicos desde el cese en el trabajo...». La aclaración - un tanto críptica, ciertamente- ha de interpretarse en función de la argumentación precedente que la sentencia había realizado, de la que se colige sin mayor duda que para el inicio del devengo económico, la Sala del TSJ excluye -con toda razón- que sea precisa la baja como empleado del Ayuntamiento, bastando para ello -coincidimos nuevamente con la recurrida- con que se produzca su cese como Policía municipal; con lo cual viene a sostenerse la incompatibilidad de la prestación económica reconocida con el ejercicio remunerado de la segunda actividad.

e).- En el recurso de casación interpuesto se reitera y concreta la pretensión, insistiendo en que por la Sala se declare su derecho «a recibir el cobro de la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad».

f).- A destacar -son afirmaciones de la propia demanda- que la actora ha nacido en NUM002 /64 y solicitó voluntariamente el pase a segunda actividad en 02/11/12 [con 48 años], siéndole reconocida la situación por Decreto municipal de 04/02/13. Previamente -en 09/11/12- solicitó del INSS la declaración en situación de IP.

2.- Básica incompatibilidad pensión/salario de la «profesión habitual».- El punto de partida para resolver el tema litigioso ha de ser -por fuerza- el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones en la IPT, que -por definición- tiene por principio básico la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad, pues no hay que olvidar que la pensión de IPT se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión habitual del trabajador, por lo que -sostiene la doctrina autorizada- «entre éste y aquélla existe una incompatibilidad esencial». Y en tales términos se ha manifestado esta Sala, al afirmar que «la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva (supuesto del art. 49.1.e. del ET) o temporal (supuesto excepcional del art. 48.2 del ET) del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se le ha reconocido incapacitado. La pensión de invalidez total tiene, por tanto, una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez» [STS 18/01/02 -rcud 2479/01-].

Tal conclusión no se halla desvirtuada por el art 24.3 OM 15/Abril/1969, porque si bien afirma que la pensión por IPT «será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta» y refiere su posible devengo a un «... nuevo puesto de trabajo» y no expresamente a «diversa profesión», **en manera alguna pueda utilizarse la literalidad de un precepto reglamentario de tal lejana fecha y fuera de su contemporáneo contexto normativo, para excluir -precisamente- interpretaciones y consecuencias derivadas de los principios vigentes en la actualidad, cuales son los de flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012 y de racionalización del gasto que inspira la Ley 27/2011.**

Por ello puede mantenerse con toda lógica -como se ha dicho- que la inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT. Y esta incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo -bien por persistencia, bien por reanudación- de la misma profesión, requiere en su aplicación -de un lado- previa definición de la «profesión habitual» y comporta -de otro- la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión.

QUINTO.- 1.- Determinación de la «profesión habitual».- Ha de tenerse en cuenta que las declaraciones de incapacidad total -al menos hasta el momento- han venido refiriéndose siempre a una concreta profesión, la



que a la luz de la trayectoria profesional del sujeto merezca la consideración de «habitual». Y como es lógico, la concreción de esta incompatibilidad absoluta pasa ineluctablemente por el enunciado de reglas precisas que permitan la certera identificación de la profesión habitual en cada caso. En este sentido, el art. 194.2 LGSS/TR 2015 [DT Vigésima sexta] dispone que «se entenderá por profesión habitual, en caso ... de enfermedad común... aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine».

Así las cosas, en caso de enfermedad -profesional o común- la profesión habitual será «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria [incapacidad temporal en la terminología de la legislación vigente] de la que se deriva la invalidez» (determinación reglamentaria -en defecto de otra- que se localiza en el art. 11.2 OM 15/Abril/1969). Definición legal ciertamente imprecisa, y partiendo de tal insuficiencia normativa, el Tribunal Supremo más que cerrar y precisar la «definición legal», ha optado por la concreción negativa del término, en el bien entendido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de profesión habitual. Así, se ha admitido con rotundidad que la profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional» [STS 28/02/05 rcud 1591/04]; pero que tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional» [SSTS 27/04/05 podrá rcud 998/04; 25/03/09 rcud 3402/07; y 26/10/16 rcud 1267/15]. Afirmaciones quizás revisables -ya se verá hasta qué punto- cuando entre en vigor el artículo 194.2 LGSS/TR 2015 en la versión de futuro [«...la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente... »].

2.- Los efectos iniciales de la pensión por IPT.- Coherentemente con ello, la constante jurisprudencia de la Sala ha sido la de entender que en el supuesto de que se acceda a la IPT desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo, tanto si la causa es una EP (STS 16/12/97 -rcud 1731/97-), cuanto si se trata de EC (SSTS 24/04/02 -rcud 2871/01-; 19/12/03 -rcud 2151/03-; 13/10/04 -rcud 6096/03-; 14/03/06 -rcud 2724/04-; 18/05/06 -rcud 425/05-; 15/02/07 -rcud 5398/05-; 19/01/09 -rcud 1764/08-; 17/02/09 -rcud 1827/08-; 04/05/16 -rcud 1848/14-; y 22/06/16 -rcud 353/15-). Y como argumentos justificativos, la Sala ha resaltado que ello obedece -en efecto- al principio de «incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente» [STS 16/12/97 -rcud 1731/97-], incompatibilidad que deriva de que la función de la pensión de IPT es precisamente la sustitución de la renta de trabajo de una profesión habitual que ya no se puede desempeñar en las condiciones mínimas requeridas; principio que ha sido acogido en la regulación reglamentaria de la prestaciones de IP [desde el derogado art. 23.a. del Decreto 3158/1966, hasta los vigentes arts. 6 RD 1300/1995 y 13 OM 18/01/96] [STS 24/04/02 -rcud 2871/01-]. Aparte de que la propia denominación legal de IPT «presupone la imposibilidad de que se lleven a cabo los trabajos propios de la profesión habitual», por lo que «la prestación deberá comenzar a percibirse cuando se cese en ella» [STS 19/12/03 -rcud 2151/03-].

3.- Aplicación de la doctrina al caso debatido.- Como es fácil colegir, el empleo de los precedentes planteamientos al supuesto de autos, por fuerza ha de pasar por la consideración profesional que haya de merecer la «segunda actividad», o lo que es igual, si el ejercicio de tales funciones integra la profesión de «Policía local», y ello no puede sino hacerse tras pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, lo que únicamente resulta alcanzable tras el estudio de su régimen jurídico, que -como es lógico- no puede hacerse sino en atención a la normativa concretamente aplicable a la reclamante en autos, la propia de la Comunidad Valenciana, que se integra básicamente por la Ley 6/1999, de 19/Abril [DOCV núm. 3482, de 27/04/99] y se desarrolla por el Decreto 19/2003, de 4/Marzo [DOCV núm. 4455, de 07/03/03], por el que se regula la «Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía local de la Comunidad Valenciana». Cuestiones ambas a tratar acto continuo.

SEXTO.- 1.- Regulación de la «segunda actividad» en la Policía local de la Comunidad Valenciana.- Efectivamente, su régimen jurídico de la misma viene contenido en los arts. 40 a 44 de Ley 13/2001 y en los arts. 24 a 29 del Decreto 19/2003, en los que la «segunda actividad» de la Policía local:

- a).- Se define como «situación administrativa especial que corresponde a los funcionarios de los Cuerpos de Policía local de la Comunidad Valenciana por razones de edad o por enfermedad» [art. 40 Ley; art. 24 Reglamento]
- b).- Se produce por el cumplimiento de las edades que se determinen para cada escala [55 años, para la Escala básica], la disminución de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de la función policial, y estado de gestión [art. 41 Ley; art. 25 Decreto]
- c).- Se caracteriza por desarrollarse en otro puesto de trabajo para prestar «servicios de policía administrativa, vigilancia de edificios públicos e instalaciones» [art. 27]; por no suponer disminución de las retribuciones básicas y complementarias, en tanto que se conserva el derecho a percibir la «totalidad de las retribuciones



básicas que correspondan a su categoría en activo, las de carácter personal que tenga reconocidas y las específicas inherentes al puesto de trabajo de procedencia» [art. 44 Ley; art. 28 Reglamento]; y por estar los trabajadores sujetos a idénticos regímenes disciplinarios y de incompatibilidades que en servicio activo [art. 29 Reglamento].

2.- Naturaleza jurídica de la «segunda actividad».- A lo que entendemos, aunque la regulación autonómica de que tratamos -lo mismo que la de las restantes Comunidades Autónomas, pues entre ellas no hay una diferencia significativa- considere la segunda actividad como una «nueva» situación administrativa o una situación «especial», lo cierto y verdad es que la misma se halla integrada en el servicio activo del Cuerpo de la Policía local, no sólo porque las referencias normativas que se han indicado las sitúan en ese marco [continúan manteniendo el mismo régimen económico y disciplinario, e incluso pueden ser obligados a realizar cometidos de la primera actividad], sino más específicamente porque la misma no tiene contemplación expresa en el art. 85 del EBEP [Ley 7/2007, de 12/Abril], que contempla como tales situaciones administrativas exclusivamente las que siguen: «a) Servicio activo. b) Servicios especiales. c) Servicio en otras Administraciones Públicas. d) Excedencia. e) Suspensión de funciones». Y debe resaltarse que así como estas concretas situaciones legales - EBEP- ofrecen sustantividad propia y tienen unos determinados efectos en la relación de servicio, muy contrariamente -como acabamos de ver- la «segunda actividad» únicamente se diferencia del ordinario servicio activo de Policía local en las específicas funciones a desempeñar, de menor exigencia psico-física.

Es más, esta permanencia en el servicio activo y por ello en la misma profesión de Policía local, se evidencia en el hecho de que en alguna normativa autonómica se prescriba específicamente que el «pase a la situación de segunda actividad no conllevará la pérdida de la condición de agente de la autoridad» [así, por ejemplo, el art. 72 de la 4/2007, de 20/Abril, de la Comunidad Autónoma de Galicia]; o de que -por ejemplo- tampoco conlleve la inhabilitación para portar el arma reglamentaria [caso de la propia Comunidad Autónoma de Valencia]; o de que -siquiera con carácter excepcional- el Policía en situación de segunda actividad pueda ser requerido para «el cumplimiento de funciones operativas» propias de la actividad primera [en tal sentido, para la Comunidad de Andalucía, el art. 9.1 Decreto 135/2003, de 20/Mayo].

3.- Trascendencia de esa naturaleza a la cuestión debatida.- Si, por lo dicho, el Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía, siquiera limitando sus funciones a las menos gravosas de entre todas las que le correspondan a su categoría, y a la par mantiene sus correlativos ingresos como Policía local en activo, es consecuencia obligada de ello entender que persiste en el ejercicio de la misma profesión y que el mantenimiento de su retribución es incompatible -por definición y en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante- con una pensión de IPT que tiene naturaleza de renta sustitutoria de salarios dejados de percibir. Conclusión diversa no sólo desconocería el significado finalista de la protección por IP, sino que esa situación de compatibilidad pensión/salario parecería escasamente justificable tanto frente a otros compañeros en la misma situación de segunda actividad, pero generada por el cumplimiento de la edad [55 años en el caso], como respecto de los que se encuentren en la primera actividad y mantienen el trabajo más exigente de la profesión. Con lo que entramos en el ámbito del argumento apagógico -*ad absurdum*-, conforme al cual en los supuestos de duda interpretativa la opción correcta es decantarse por el sentido que satisfaga la finalidad que la norma persigue, excluyendo siempre la que conduzca a un resultado absurdo o contrario a aquélla (SSTS 06/06/96 -rcud 2469/95-; ... 20/09/07 -rcud 3326/06-; 17/01/08 -rcud 24/07-; 27/01/09 -rcud 2407/07-; 14/01/09 -rco 1/08-; y 08/11/11 -rcud 885/11-). La lógica más elemental se opone -como acertadamente resolvió la sentencia recurrida- a que pueda percibir pensión por incapacidad para ser Policía local quien mantiene esa condición profesional, realiza los cometidos propios de ella -en primera o segunda actividad- y por tal actividad recibe la correspondiente retribución.

SÉPTIMO.- 1.- Posible incidencia de la nueva regulación sobre compatibilidades.- Tales conclusiones son las que impone -sin lugar a dudas- la normativa existente en la fecha del hecho causante, que es el que determina la normativa aplicable [SSTS 03/12/91 -Roj 6800/91-; 18/05/92 - rcud 2779/91-; 21/01/93 - rcud 2279/91-; 01/03/93 - rcud 2034/92-; 02/04/96 - rcud 3362/95-; 10/04/96 - rcud 3409/95-; 17/11/97 - rcud 1232/97-; 09/11/99 - rcud 4916/98-; 14/12/99 - rcud 1492/99-; 23/10/01 - rcud 425/01-; y 10/02/17 - rcud 1082/15-], y que en el presente caso sería la previa a la Ley 27/2011, porque con independencia de lo que diremos acerca de la intrascendencia de tal ley sobre la cuestión debatida, es lo cierto que tal hecho causante se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de aquélla [conforme a su DF Duodécima, entró en vigor el día 01/01/2013; y la resolución del INSS -denegando la IP- es de 10/12/12].

Ahora bien, como el derecho a pensión es de tracto sucesivo y como tal puede/debe verse afectado por las vicisitudes normativas que se refieran a la dinámica de su devengo, tampoco cabe duda que la reforma del art. 141 TR LGSS/1994 [art. 198.1 TR LGSS/2015] por la Ley 27/2011 pudiera incidir en la cuestión de que se trata, pese a que la norma inicia vigencia con posterioridad al HC. Pero al efecto han de hacerse dos observaciones y una conclusión: a) el recurso se limita a sostener que la sentencia recurrida «vulnera lo establecido en



los artículos 137, 141 de la Ley General de la Seguridad Social...», sin que a lo largo de la exposición de la infracción se haga tan siquiera mención o referencia -ni directa ni indirecta- a la indicada Ley 27/2011 y su posible interpretación, con lo que en buena técnica procesal bien pudiera entenderse que no procede estudiar la aplicación de oficio la referida norma -nuevo art. 141 LGSS- a un HC anterior como el de autos, pues así la impondrían el carácter extraordinario del recurso de casación y la consiguiente imposibilidad de que la Sala auxilie en la construcción del mismo, aplicando un derecho sustantivo omitido en la denuncia; b) sin embargo, de un lado apurando la tutela judicial podemos entender con la mayor flexibilidad que la denuncia se halla implícita en las referencias que se hacen a aquellos de nuestros precedentes en los que sí se hace mención -sin valoración alguna, por cierto- a la reforma operada por la Ley 27/2011, y de otro tampoco parece claro que esa aplicación del precepto relativo a la dinámica del derecho no debiera realizarse de oficio; c) pero de todas formas -y esta es la conclusión- la aplicación de tal norma al caso de autos tampoco llevaría/lleva al éxito del recurso.

2.- Significado del nuevo régimen de compatibilidad.- Es innegable que la redacción del art. 141.1 LGSS/94 -hoy art. 198.1 LGSS/2015- tras su modificación por el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1/Agosto, en su estricta literalidad no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento básico de incompatibilidad pensión/salario en la misma profesión que más arriba hemos sostenido [FJ Tercero.2], siendo así que admite su percepción simultánea «... siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», y la referencia legal bien pudiera entenderse alusiva -así lo impone el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis- a la coincidencia de «funciones» entre profesiones diversas, tal como impone la intelección del precepto en relación con la definición de IPT que previamente hace el art. 137.

Ahora bien, esa lectura se ensombrece si se atiende a la Exposición de Motivos [EM] de la Ley, en la que se mantiene que «[a]simismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad». Pero frente a ello no puede pasarse por alto:

a).- Que la reforma no alcanzó al art. 137 LGSS/94 -hoy todavía vigente, por aplicación de la DT Vigésima Sexta TR/20015- y el concepto de IPT que la misma define es el tradicional, de aquella que «inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el sujeto pueda dedicarse a otra distinta».

b).- Que, por ello, el legislador mantiene el referido concepto general de IPT y por lo tanto conecta tal grado incapacitante con los cometidos laborales propios de la profesión -los que el trabajador afectado está obligado a realizar conforme al «ius variandi» empresarial - y no con las concretas funciones ejercidas.

c).- Que no parece admisible -y menos desde la perspectiva del principio de igualdad, según veremos- la coexistencia de dos conceptos diversos de IPT, uno para su reconocimiento y de aplicación general [art. 137] y otro a efectos de compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados colectivos [art. 141].

d).- Que el entendimiento de la norma en los referidos términos -que rechazamos- de coexistencia de conceptos diversos de IPT, que ciertamente pudieran inferirse de la indicada referencia que se hace en la EM, comportaría -señala la doctrina- un privilegio sin ninguna justificación razonable para los citados colectivos, los que en situación de IPT tienen garantizado un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones, dada la finalidad de la pensión de sustituir las rentas de activo.

e).- Que ello es, además, no sólo contrario a la ya referida progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, sino también opuesto a la lógica de la también aludida racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011.

f).- Que tampoco es prescindible la idea -común en autorizada doctrina- de que la IPT tiene una cobertura «excesiva» cuando los beneficiarios continúan en activo y contrariamente comporta una innegable infraprotección cuando no encuentran nuevo empleo.

Bajo todas estas consideraciones creemos que la novedosa regulación legal ha de ser objeto de una interpretación sistemática, en la que primando una exégesis que atienda a la obligada búsqueda de la deseable igualdad y atendiendo a la conveniente lectura finalista de la norma [el objeto de la prestación es ser substitutiva del salario perdido], nos lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude -como dijimos arriba- a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma; y, además, que la expresión «...funciones ... que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas



de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con «segunda actividad» [nos remitimos a los precedentes arriba citados, en el punto «2» del FJ Tercero]. **En otras palabras, la necesaria interpretación sistemática por fuerza nos lleva -utilizando terminología tradicional- a atribuir prevalencia a la «mens legis» frente a una hipotética o posible «mens legislatoris»**, siendo así que ésta -la que en su caso pudiera inducirse de la EM- colisionaría con diversos preceptos de la institución legal a la que se refiere y distorsionaría su correcto funcionamiento. Aparte de que la supremacía de la Constitución sobre la Ley -unánimemente declarada desde la STC 9/1981, de 31/Marzo- determina que los órganos judiciales deban rechazar «toda regla hermenéutica que conduzca a un resultado opuesto a los valores y mandatos constitucionales... O lo que es igual, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y otra no, la que debe admitirse es la primera» (así, (SSTS SG 22/12/08 -rcud 3460/06-; SG 22/12/08 -rcud 856/07-; 10/11/09 -rcud 2514/08-; 11/11/10 -rco 239/09-; SG 17/07/14 -rco 32/14-; 20/01/16 -rco 163/14-; 21/01/16 -rco 277/13; y 13/09/16 -rco 206/15-); y ya hemos visto más arriba que esa interpretación en cierto modo propiciada por la EM se opone en no escasa medida al principio de igualdad -el tratamiento privilegiado a determinados colectivos ni se presenta justificado ni tampoco se pretende justificar-, por lo que debe imponerse un entendimiento del precepto -art. 141- que no solamente es más respetuoso con el principio constitucional, sino que es el único coherente con el concepto -mantenido- de IPT que con carácter general define la propia Ley en su art. 137 y por ello es también precisamente el que permite el normal funcionamiento de la institución de IP.

3.- Conclusión desestimatoria del recurso.- Las precedentes argumentaciones nos llevan a coincidir plenamente con la decisión del TSJ respecto de que -efectivamente- el inicio de la pensión por IPT reconocida en autos no puede tener otra fecha de efectos económicos sino la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad. Lo que se resuelve -oído el Ministerio Fiscal- sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dª Angelina frente a la sentencia que en 10/Junio/2015 fue dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana [rec. 3072/14], a instancia de aquélla y frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

2º.- Confirmar su pronunciamiento respecto de que los efectos iniciales de la pensión por la IPTTH declarada han de producirse a partir del cese en la segunda actividad.

Lo que se resuelve sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez Dª Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández D. José Luis Gilolmo López

Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana

Dª Rosa María Virolés Piñol Dª María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jordi Agustí Juliá

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Jordi Agustí Juliá, AL QUE SE ADHIEREN LAS EXCMAS. SRAS. MAGISTRADAS, DOÑA María Luisa Segoviano Astaburuaga y DOÑA Rosa María Virolés Piñol.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3050/2015, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto-, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

I.- Puntos de la discrepancia :



El haberse efectuado por la mayoría de la Sala una interpretación muy flexible del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias, exigido en el art. 219.1 LRJS, para viabilizar el recurso de casación unificadora, entrando a conocer del fondo del asunto del recurso interpuesto por la trabajadora demandante, para desestimar, confirmando el pronunciamiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, respecto a que los efectos de la pensión por la Incapacidad Permanente Total, para la profesión habitual que tiene reconocida la demandante han de producirse a partir del cese en la segunda actividad.

II.- Discrepancia con los puntos argumentales de la sentencia mayoritaria sobre el presupuesto de contradicción de sentencias y, derivadamente, entrando a conocer del fondo del asunto, desestimando, en su caso, el recurso de casación formulado por la demandante .

En base a los siguientes razonamientos:

II.1.- Sobre la existencia o no de contradicción de sentencias :

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se planteaba en este recurso de casación unificadora, viene determinada por la petición de la trabajadora recurrente, consistente en que la Sala declare su derecho «a recibir el cobro de la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad».

2. No se da -palmariamente en mi opinión- el requisito de contradicción en sentencia que, para la viabilidad del recurso para la unificación de doctrina, exige, el art. 219.1 de LRJS. Baste para ello ver al respecto el apartado 2 del fundamento jurídico segundo de la sentencia mayoritaria "**Concurrencia de contradicción en caso debatido**", el que se contrastan los dos procedimientos de la sentencia recurrida y de constaste, para llegar a la conclusión, precisamente, de la inexistencia de contradicción. Ello es tan evidente, que en el párrafo segundo de dicho apartado, se dice, textualmente que, "*Por ello, aunque es innegable que el examen de la cuestión se hace desde una diferente óptica de partida [funciones valorables para la declaración de IPT/ funciones compatibles con la prestación por IPT] e incluso en un marco procesal diverso [reconocimiento inicial/ revisión de oficio], en todo caso no se nos ofrece duda de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida [compatibilidad entre la IPT y la «segunda» actividad] y diversidad en la solución [incompatibilidad en la recurrida/ compatibilidad en la decisión de contraste], determinante de que apreciemos la necesaria contradicción en los pronunciamientos*". Es decir, que admitiendo expresamente la mayoría de la Sala, que el examen de la cuestión se efectúa desde **una diferente óptica de partida e incluso en un marco procesal diverso**, llega a la conclusión de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida y diversidad en la solución, lo que es "**determinante**" -se dice- de que **apreciemos la necesaria** contradicción en los pronunciamientos. Más bien parece, que lo que es relevante para la mayoría de la Sala, es la "necesidad" de establecer una nueva doctrina, al margen de la identidad de las controversias, lo que resulta contrario a la doctrina "clásica" de esta Sala sobre la contradicción, contenida en tan gran número de sentencias que hacen ociosa su concreta cita. Dicho esto, para sostener la posición que mantuve en la deliberación, me congratulo de que, aun si expresarlo, la posición mayoritaria opte por dar esta "flexibilidad" al requisito de la contradicción, a los efectos de establecer la doctrina que se estima correcta, contrariamente a lo que venía manteniendo en casos análogos (véase al respecto la reciente sentencia del Pleno de 22 de febrero de 2017 rcud 1746/2015) y su voto particular.

II.2.- En cuanto al fondo del asunto, incompatibilidad de la pensión por Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual de Policía municipal, que la demandante tiene reconocida, o interpretación "contra legem" de la mayoría de la Sala ? :

PRIMERO.- 1.- Aunque como ya he señalado, la cuestión que debería ser objeto de controversia es la de si la demandante puede percibir la pensión de incapacidad permanente total y, a la vez, prestar servicios como policía local en segunda actividad, sin que, por tanto, tenga que "darse de baja" (o "cesar") definitivamente en el Ayuntamiento de Benidorm, y con efectos económicos desde que se reasentó en segunda actividad, en realidad, lo que se plantea por la mayoría de la Sala, a lo largo de toda la sentencia, es la de si el percibo de la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual, es o no compatible con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente el trabajador incapacitado venía realizando. Que el enfoque de la cuestión por la posición mayoritaria es ésta, lo pone de manifiesto, el fundamento jurídico cuarto apartado 2 de la sentencia que se expresa así : "**2.- Básica incompatibilidad pensión/salario de la «profesión habitual».**- El punto de partida para resolver el tema litigioso ha de ser -por fuerza- el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones en la IPT, que -por definición- tiene por principio básico **la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad**, pues no hay que olvidar que la pensión de IPT se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión habitual del trabajador,



por lo que -sostiene la doctrina autorizada- **«entre éste y aquella existe una incompatibilidad esencial»**. Y en tales términos se ha manifestado esta Sala, al afirmar que «la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva (supuesto del art. 49.1.e. del ET) o temporal (supuesto excepcional del art. 48.2 del ET) del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se le ha reconocido incapacitado. **La pensión de invalidez total tiene, por tanto, una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido** (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez» [STS 18/01/02 -rcud 2479/01-].

Tal conclusión no se halla desvirtuada por el art 24.3 OM 15/Abril/1969, porque si bien afirma que la pensión por IPT «será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta» y refiere su posible devengo a un «... nuevo puesto de trabajo» y no expresamente a «diversa profesión», en manera alguna pueda utilizarse la literalidad de un precepto reglamentario de tal lejana fecha y fuera de su contemporáneo contexto normativo, para excluir - precisamente- interpretaciones y consecuencias derivadas de los principios vigentes en la actualidad, cuales son los de flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012 y de racionalización del gasto que inspira la Ley 27/2011.

Por ello **puede mantenerse con toda lógica** -como se ha dicho- **que la inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT**. Y esta **incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo -bien por persistencia, bien por reanudación- de la misma profesión**, requiere en su aplicación -de un lado- previa definición de la «profesión habitual» y comporta -de otro- la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión". (las negrillas son mías).

Como es obvio, la Sala es conocedora de que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dio nueva redacción al artículo 141 de la LGSS de 1994 -hoy artículo 198.1 del Texto de 2015- y en el apartado 2 del fundamento jurídico séptimo, bajo la rúbrica **Significado del nuevo régimen de compatibilidad.-**, efectúa unos razonamientos, de muy difícil comprensión -entiendo- al señalar, textualmente, lo siguiente, "Es innegable que la redacción del art. 141.1 LGSS/94 -hoy art. 198.1 LGSS/2015- tras su modificación por el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1/ Agosto, en su estricta literalidad **no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento básico de incompatibilidad pensión/salario en la misma profesión que más arriba hemos sostenido [FJ Tercero.2], siendo así que admite su percepción simultánea** «... siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», y la **referencia legal bien pudiera entenderse alusiva** -así lo impone el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis- **a la coincidencia de «funciones» entre profesiones diversas**, tal como impone la intelección del precepto en relación con la definición de IPT que previamente hace el art. 137.

Ahora bien, esa lectura **se ensombrece** si se atiende a la **Exposición de Motivos [EM] de la Ley**, en la que se mantiene que «[a]simismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad». Pero frente a ello **no puede pasarse por alto:**

a).- Que la reforma no alcanzó al art. 137 LGSS/94 -hoy todavía vigente, por aplicación de la DT Vigésima Sexta TR/20015- y el concepto de IPT que la misma define es el tradicional, de aquella que «inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el sujeto pueda dedicarse a otra distinta».

b).- Que, por ello, el legislador mantiene el referido concepto general de IPT y por lo tanto conecta tal grado incapacitante con los cometidos laborales propios de la profesión -los que el trabajador afectado está obligado a realizar conforme al «ius variandi» empresarial - y no con las concretas funciones ejercidas.

c).- Que **no parece admisible-y menos desde la perspectiva del principio de igualdad, según veremos-** la coexistencia de dos conceptos diversos de IPT, uno para su reconocimiento y de aplicación general [art. 137] y otro a efectos de compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados colectivos [art. 141].

d).- Que el entendimiento de la norma en los referidos términos -que rechazamos- de coexistencia de conceptos diversos de IPT, que ciertamente pudieran inferirse de la indicada referencia que se hace en la EM, comportaría -señala la doctrina- **un privilegio sin ninguna justificación razonable para los citados colectivos,**



los que en situación de IPT tienen garantizado un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones, dada la finalidad de la pensión de sustituir las rentas de activo.

e).- Que ello es, además, **no sólo contrario a la ya referida progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, sino también opuesto a la lógica de la también aludida racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011.**

f).- Que tampoco es prescindible la idea -común en autorizada doctrina- de que la IPT tiene una **cobertura «excesiva»** cuando los beneficiarios continúan en activo y contrariamente comporta una innegable infraprotección cuando no encuentran nuevo empleo.

Bajo todas estas consideraciones creemos que la novedosa regulación legal ha de ser objeto de una interpretación sistemática, en la que primando una exégesis que atienda a la **obligada búsqueda de la deseable igualdad** y atendiendo a la conveniente lectura finalista de la norma [el objeto de la prestación es ser sustitutiva del salario perdido], **nos lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación** sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, **cual es que la referencia legal alude -como dijimos arriba- a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma;** y, además, que la expresión «... funciones ... que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con «segunda actividad» [nos remitimos a los precedentes arriba citados, en el punto «2» del FJ Tercero]. En otras palabras, la necesaria interpretación sistemática por fuerza nos lleva -utilizando terminología tradicional- a atribuir prevalencia a la «mens legis» frente a una hipotética o posible «mens legislatoris», **siendo así que ésta -la que en su caso pudiera inducirse de la EM- colisionaría con diversos preceptos de la institución legal a la que se refiere y distorsionaría su correcto funcionamiento.** Aparte de que **la supremacía de la Constitución sobre la Ley** -unánimemente declarada desde la STC 9/1981, de 31/Marzo- determina que los órganos judiciales deban rechazar «toda regla hermenéutica que conduzca a un resultado opuesto a los valores y mandatos constitucionales... O lo que es igual, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y otra no, la que debe admitirse es la primera» (así, (SSTS SG 22/12/08 -rcud 3460/06-; SG 22/12/08 -rcud 856/07-; 10/11/09 -rcud 2514/08-; 11/11/10 -rco 239/09-; SG 17/07/14 -rco 32/14-; 20/01/16 -rco 163/14-; 21/01/16 -rco 277/13; y 13/09/16 -rco 206/15-); **y ya hemos visto más arriba que esa interpretación en cierto modo propiciada por la EM se opone en no escasa medida al principio de igualdad** -el tratamiento privilegiado a determinados colectivos ni se presenta justificado ni tampoco se pretende justificar-, **por lo que debe imponerse un entendimiento del precepto -art. 141- que no solamente es más respetuoso con el principio constitucional, sino que es el único coherente con el concepto -mantenido- de IPT que con carácter general define la propia Ley en su art. 137 y por ello es también precisamente el que permite el normal funcionamiento de la institución de IP.**" (las negrillas son mías).

2. A la vista de estas consideraciones, no creo que haga falta, por mi parte, añadir nada más al sentido doctrinal que se pretende dar, por la mayoría de la Sala, a la cuestión de la compatibilidad/incompatibilidad del percibo de la pensión por Incapacidad Permanente Total, con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente el trabajador incapacitado venía realizando, o de la denominada "segunda actividad". Las consideraciones de la sentencias que he transcrito, resaltando en negrilla algunas de sus afirmaciones hablan por sí solas.

En definitiva, a una modificación legislativa -nuevo redactado del artículo 141.1 de la LGSS dado por la Ley 27/2011, conforme al cual, **"En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente 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"**, y con respecto a la que, el propio Legislador, en la Exposición de motivos de la Ley nos dice claramente, cual es su intencionalidad " **Asimismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad"**, la mayoría de la Sala opone su particular interpretación que, como he anticipado, solo puede calificarse como "contra legem", en cuanto niega clara, lisa y llanamente la compatibilidad que la Ley reconoce expresamente, sobre la base -como expresamente se afirma- de distintas consideraciones : desigualdad, privilegios de determinados colectivos, racionalización del gasto, flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, etc, llegando a cuestionar, incluso su constitucionalidad, sin que no obstante -como resultaría obligado- se razone sobre la posible aplicación por la Sala del artículo 5.2 de la LOPJ.

3. Con independencia de que pudieran o no compartirse alguna de las consideraciones de la mayoría de la Sala, lo que no puede llevarse a cabo es, en mi opinión, una interpretación que, en realidad, niega la aplicación del



precepto legal - artículo 141.1 de la LGSS1994, actual 198.1 de la LGSS2015)-. Entiendo, que esta doctrina, que se formula con carácter general, y cuyo alcance es sin duda muy importante, dado el número de colectivos de trabajadores a que puede afectar -tanto aquellos que prestan servicios en Administraciones Públicas como la demandante, como aquellos otros que en empresas privadas, tienen regulada la cuestión de la "compatibilidad" en los Convenios Colectivos-, no debió formularse, al ser insistido "contra legem", y sin que se advierta -al menos por mi parte- una alarma social de la que resultare la necesidad de efectuar una interpretación tan negativa de la compatibilidad/incompatibilidad de la pensión por Incapacidad Permanente Total con el trabajo, como la que lleva a cabo la mayoría de la Sala. La solución al caso planteado ante la Sala no exigía -desde luego- una interpretación de carácter general, sino sencillamente examinar a la vista de los hechos declarados probados, si la demandante -aquí recurrente- reunía los requisitos para percibir la pensión por Incapacidad Permanente Total y al propio tiempo desarrollar una "segunda actividad" como Policía Local, estableciendo la fecha de efectos de la pensión, todo ello en aplicación de los artículos 40 a 44 de Ley 6/1999 de la Comunidad Valenciana, y artículos 24 a 29 de su Reglamento, aprobado por Decreto 19/2003. Y reunidos dichos requisitos -como así acontece- procedía la estimación del recurso de la trabajadora, dado que dicha regulación legal es acorde con el cuestionado -por la mayoría de la Sala- artículo 141.1 de la LGSS1994, actual 198.1 LGSS2015.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá, al que se adhieren las Excmas. Sras. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Virolés Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.