



Roj: **STS 3966/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3966**

Id Cendoj: **28079140012015100545**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2015**

Nº de Recurso: **2993/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 7538/2014,**  
**STS 3966/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Julio de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Joan Josep Gimeno i Codina, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Diana , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3 de julio de 2014 dictada en el recurso de suplicación número 2225/2014 formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Barcelona de fecha 15 de noviembre de 2013 dictada en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup> Diana (tutora legal de D. Romeo , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) sobre prestaciones de jubilación.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) representado por el letrado D. Andrés Trillo García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social número 4 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por DOÑA Diana , en nombre y representación, como Tutora Legal, de DON Romeo , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Prestaciones de Jubilación, DECLARO el DERECHO de Don Romeo a ser beneficiario de forma simultánea de la prestación de Orfandad que venía percibiendo y de la de Jubilación que le ha sido reconocida por Resolución de 30.08.2012 en cuantía de 662,72 ? mensuales, con abono de los atrasos correspondientes a la prestación por jubilación y demás efectos correspondientes en derecho ".

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La parte actora, DON Romeo , nacido el NUM000 .1955, con DNI núm. NUM001 , solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida en cuantía de 662,72 ? mensuales por Resolución de 30.08.2012, quedando su efectividad económica condicionada a que optara entre la pensión reconocida y la pensión de orfandad que percibe desde fecha de 01.01.2006, de mayor cantidad en cómputo anual. SEGUNDO: Formulada en fecha de 14.09.2012 por el actor reclamación previa al entender que tiene derecho al reconocimiento simultáneo al percibo de ambas pensiones, ha sido tal pretensión desestimada mediante Resolución del INSS de fecha 27.09.2012. TERCERO: El actor por Auto de 17.11.1981, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 8 de Barcelona , fue declarado en situación de incapacidad total para administrar su persona y bienes, al hallarse afecto de oligofrenia de grado severo con grave déficit de discapacidad de comprensión y razonamiento, que impedirían un normal desarrollo de sus actividades sociales y laborales (folio 44) constituyendo en su favor un régimen



de tutela en el que se designaba mediante Auto de 19.10.2001 como tutora a Doña Diana y Doña Verónica . CUARTO: El actor tiene reconocido por Resolución de 06.07.2010 un Grado de Discapacidad del 77% (73% grado de discapacidad y 4 puntos por factores sociales complementarios); superando baremo de dependencia y no superando el de movilidad."

**TERCERO.**- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sentencia con fecha 3 de julio de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Barcelona de fecha 15 de noviembre de 2013 , dictada en los autos nº 1061/2012, revocamos dicha resolución y, en consecuencia, desestimamos la demanda interpuesta contra el recurrente por Doña Diana , en nombre y representación, como tutora legal, de Don Romeo , sobre compatibilidad de pensiones, absolvemos al demandado de las pretensiones en su contra formuladas."

**CUARTO.**- El letrado D. Joan Josep Gimeno i Codina en nombre y representación de D<sup>a</sup> Diana , mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6/03/2012 (recurso nº 5696/11 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 179,3 de la LGSS .

**QUINTO.**- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de julio de 2015, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La sentencia impugnada revoca la dictada en la instancia --que ha declarado el derecho del actor a ser beneficiario de forma simultánea de la prestación de orfandad que venía percibiendo y de la de jubilación-- y desestima la demanda. Al demandante, nacido el NUM000 /55, le fue reconocida pensión de orfandad en el año 2006 y pensión de jubilación por resolución de 30/08/12, quedando su efectividad económica condicionada a que optara entre ésta y la pensión de orfandad. Mediante Auto de 17/11/81 dictado por el Juzgado de Primera Instancia, el actor fue declarado en situación de incapacidad total para administrar su persona y bienes. Asimismo, tiene reconocido un grado de discapacidad del 77%.

La Sala razona que al actor le fue reconocida pensión de orfandad cuando tenía 51 años de edad, no consta fuese declarado incapaz para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de edad de 18 años y, si bien es cierto que en 1981 fue declarado en incapacidad total para administrar su persona y bienes, no cumple el requisito del art. 179.3 de la LGSS al serle reconocida la pensión de orfandad después de haber cumplido los 18 años de edad, por lo que debe aplicarse el régimen general de incompatibilidad.

La sentencia de contraste es del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de marzo de 2012 (R. 5696/11 ). La actora en este caso, nacida el NUM002 /45, percibe la pensión de orfandad desde el 1/06/77. Por resolución del EVO de 24/04/89 se le había reconocido un grado de minusvalía del 65% por presentar deficiencia mental en grado medio. El 25/06/10 la Entidad Gestora le reconoció la pensión de jubilación indicando en la misma resolución que las pensiones eran incompatibles y la beneficiaria debía optar de conformidad con el art. 122.1 LGSS . Dicha sentencia estima la demanda y declara la compatibilidad en el percibo de ambas pensiones interpretando el art. 179.3 LGSS párrafo 2º con sentido finalista, de no penalizar la actividad laboral de la demandante que le ha permitido acceder a una pensión de jubilación, cuyo devengo es autónomo y compatible con la incapacidad que motivó la pensión de orfandad, al menos en el mismo sentido que una incapacidad causada por lesiones distintas.

Concurre la necesaria identidad entre los supuestos comparados. En la sentencia recurrida el demandante fue incapacitado en 1981, contando con 26 años de edad. Cuando tenía 51 años se le reconoció pensión de orfandad y posteriormente pensión de jubilación. En el caso de la sentencia de contraste se le reconoció a la actora un grado de minusvalía del 65% en abril de 1989 y estaba percibiendo la pensión de orfandad desde los 32 años (junio de 1977). La Sala aplica la regla de compatibilidad prevista en el art. 179.3 LGSS entre dicha pensión y la de incapacidad permanente cuando derive de lesiones distintas, pues el tenor literal de la norma es esa compatibilidad «con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena».



**SEGUNDO.-** Al examinar el fondo del asunto, la parte recurrente concreta su censura jurídica en la denuncia de infracción del art. 179.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), alegando, en síntesis, que el referido precepto debe ser interpretado, no de una manera meramente literal y formalista, sino acorde con su finalidad de dar una mayor protección social a la discapacidad.

Y el motivo debe prosperar porque la cuestión ya ha sido resuelta en casación unificadora por la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2014 (rcud. 2897/13), al hacer las siguientes declaraciones: "El art 122.1 de la LGSS dispone 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"*. La incompatibilidad es, pues, la regla general.

El art 179.3 de la misma norma establece, por su parte, en su actual redacción dada por por el número once de la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 con efectos de 1 de enero de 2010, que *"los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una y otra. Cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena"*.

Con anterioridad a dicha reforma lo que ese precepto y número decían era que *"los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar por una u otra"*. Se ha añadido, pues, lo relativo a la compatibilidad prestacional en los términos ya expresados. Sobre esta base, la hermenéutica normativa se cierra en torno a la frase "cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años", que es la condición que se exige para declarar la compatibilidad, hasta esa reforma inexistente.

La sentencia de instancia consigna en el primero de sus hechos probados -que se mantiene en la de suplicación- que el actor nació el NUM003 de 1948 "y desde la infancia, y en todo caso, con anterioridad a su mayoría de edad, padece una deficiencias mental media". Igualmente se declara en su hecho segundo, igualmente incólume, que en 1974-con veinticinco años de edad- se le extendió un certificado acreditativo de la condición de minusválido "por tener reconocida situación de subnormalidad" del Consejo Provincial del INP de Navarra, citando el folio 79 de los autos que da por reproducido, apareciendo, en fin, en el hecho tercero que la prestación de orfandad se declara el 26 de agosto de 2004 "por haber sido reconocido en dictamen del equipo de valoración de incapacidades como afecto de una incapacidad permanente absoluta por presentar una deficiencia mental media con un grado de minusvalía del 52%".

.....Nada se opone a que la declaración a que alude haya de consistir forzosamente en una resolución administrativa con efectos desde su emisión sino que asimismo cabría -teóricamente al menos- que se precisase unos términos cronológicos (que no efectos económicos) anteriores a la misma y en todo caso, una resolución judicial que efectúe, como ahora sucede, una declaración, en términos probatorios, de precisión temporal anterior al cumplimiento de los 18 años de edad del beneficiario de la prestación, resultando lógico admitir que si de lo que se trata es de hacer compatible la prestación y el requisito es la incapacidad, lo relevante no es tanto su constatación administrativa como su probada existencia de un modo fehaciente y suficiente como es el relato de una sentencia".

En el caso ahora enjuiciado, se hace constar en el hecho probado tercero de la recurrida, que "El actor por Auto de 17.11.1981, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 8 de Barcelona, fue declarado en situación de incapacidad total para administrar su persona y bienes, al hallarse afecto de oligofrenia de grado severo con grave déficit de su capacidad de comprensión y razonamiento, que impedían un normal desarrollo de sus actividades sociales y laborales. De lo que cabe colegir que tal circunstancia incapacitante, dadas sus características, se remontaba a un período anterior al límite temporal de 18 años. Y ello no le impidió realizar el trabajo que le permitió acceder a la jubilación.

**TERCERO.-** Procede, por tanto, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina de la actora.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**



Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Joan Josep Gimeno i Codina, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Diana , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3 de julio de 2014 dictada en el recurso de suplicación número 2225/2014 . Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Barcelona de fecha 15 de noviembre de 2013 , que se declara firme. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ