

Reglamentos comunitarios de coordinación y normas de incompatibilidad entre el incremento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total y la de jubilación

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2018, asunto C-431/16**

Andrés Ramón Trillo García

Letrado jefe de los Servicios Jurídicos Centrales del INSS

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La sentencia estudia la naturaleza jurídica del contenido del artículo 6.4 del [Decreto 1646/1972](#) en los supuestos de incompatibilidad de la pensión de jubilación y el incremento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total en la interpretación dada por la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS de 26 de enero de 2004 \(rec. 4433/2002\)](#)) como norma comunitaria anticúmulo. Se estudia el artículo 46.3 d) bis en relación con el anexo IV, letra H, ambos del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#), y el actual artículo 53 del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#). La doctrina de la sentencia ha dado lugar a un cambio de criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, plasmado en la [Sentencia de 29 de junio de 2018 \(rec. 4102/2016\)](#).

2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO

El demandante, nacido el 3 de febrero de 1943, es titular de una pensión de incapacidad permanente total para la profesión de oficial electricista de interior de mina, derivada de enfermedad común, que le fue reconocida por Sentencia judicial de 3 de junio de 1998, con efectos de 13 de enero de 1998. Para establecer el derecho a la pensión y fijar su cuantía no se tomaron en cuenta otras cotizaciones más que las efectuadas por el actor en España. Al ser trabajador mayor de 55 años, le fue reconocido un complemento del 20 % de la base reguladora de la prestación.

El demandante obtuvo, al cumplir los 65 años de edad, una pensión de jubilación de la Seguridad Social suiza con efectos desde el 1 de marzo de 2008. Dicha pensión se le concedió y se calculó tomando en cuenta exclusivamente las cotizaciones efectuadas por el trabajador a la Seguridad Social suiza, con arreglo a lo establecido en el artículo 46.1.a.i) del [Reglamento 1408/71](#), sin aplicar norma anticúmulo alguna.

El 6 de febrero de 2015, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) inició un procedimiento de revisión del complemento del 20% de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total, dictándose resolución el 24 de febrero de 2015. En virtud de dicha resolución se revisó la prestación, suprimiéndose el derecho del trabajador a percibir el complemento del 20% desde el 1 de febrero de 2015, y se le requirió al beneficiario la devolución de 17.340,95 euros correspondientes a dicho concepto por el periodo no prescrito, desde el 1 de febrero de 2011 al 31 de enero de 2015. El INSS fundamentaba su resolución en la incompatibilidad entre el complemento del 20% sobre la base reguladora de la incapacidad permanente total y la percepción de la pensión de jubilación suiza.

El trabajador recurrió la resolución del INSS ante el Juzgado de lo Social número 1 de Ponferrada, que el 28 de septiembre de 2015 dictó sentencia en los Autos 264/2015, anulando la resolución recurrida por considerar que el complemento del 20% sobre la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total no es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación suiza, toda vez que los artículos 46 bis.3 a) del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) y 53.3 a) del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#) exigen, para que exista tal incompatibilidad, que la legislación española establezca expresamente la incompatibilidad de tal incremento con los ingresos adquiridos en el extranjero, resultando que dicha disposición no existe.

El INSS recurrió ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, alegando que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y las sentencias previas de esa misma sala consideran incompatible el complemento del 20% sobre la base reguladora de la incapacidad permanente total con la percepción de una pensión de jubilación de otro Estado de la Unión Europea o de Suiza.

La sala dictó Auto de 11 de mayo de 2016 por el que se acordó el planteamiento de la presente cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) realizando seis preguntas que en esencia se referían, en primer lugar, a si el artículo 6.4 del [Decreto 1646/1972](#), que permite la suspensión del incremento del 20% cuando concurra con una pensión de jubilación, resulta ser una cláusula de reducción en el sentido establecido en el artículo 12 del [Reglamento 1408/71](#); en segundo lugar, si debe existir una reserva de ley para establecer una cláusula de reducción; en tercer lugar, si a efectos de la aplicación de las cláusulas anticúmulo reguladas en las normas de coordinación, las pensiones tienen la misma naturaleza, y, por último, para el caso de que se considerara que las pensiones en principio incompatibles son de la misma naturaleza, qué disposiciones concretas se deben aplicar.

3. DOCTRINA JUDICIAL APLICADA

3.1. *Naturaleza jurídica del incremento del 20 % en la pensión de incapacidad permanente*

Con la norma contenida en el actual [artículo 196.2 de la LGSS](#) y en el artículo 6.4 del [Decreto 1646/1972](#) se clarificaba la naturaleza de la incapacidad laboral que debía ser considerada para reconocer la pensión de incapacidad permanente absoluta, en el sentido de que para valorar la situación de incapacidad permanente total o la incapacidad permanente absoluta había que estar a la incidencia funcional que tienen los padecimientos y patologías del trabajador de manera que otras circunstancias, como la edad, la preparación del trabajador o el lugar en el que reside este, que pudieran incidir en la posibilidad para acceder a otro trabajo se tomaban en consideración a través del incremento del 20% de la cuantía de la incapacidad permanente total. De este modo, si el trabajador encuentra un trabajo pese a las circunstancias personales que dificultan el mismo, el complemento devendría innecesario al desaparecer la razón que fundaba su reconocimiento, lo que determina la incompatibilidad entre el complemento de pensión y el trabajo y la necesidad de acordar la suspensión en el percibo del complemento durante el tiempo en que el trabajador prestara servicios por cuenta propia o ajena.

Sobre la naturaleza jurídica del incremento del 20 % se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias sentencias indicando que el complemento del 20% aplicable a la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total cualificada no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad permanente total, sino un complemento de la misma ([STS de 9 de febrero de 2010, rec. 1607/2009](#)), si bien el Tribunal Supremo considera que el incremento del 20% «tiene cierta autonomía» con requisitos específicos de acceso al mismo que «aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación» ([STS de 22 de mayo de 1995, rec. 2559/1994](#)). En este sentido, el Tribunal Supremo considera que el complemento del 20% aplicable a la pensión de incapacidad permanente total no solo es incompatible con el trabajo, al desaparecer su finalidad, sino también con aquellas prestaciones sustitutorias de otro trabajo distinto de aquel que determinó la incapacidad permanente total, tales como la prestación por desempleo o la pensión de jubilación. Así, el Tribunal Supremo en las Sentencias de [26 de enero de 2004 \(rec. 4433/2002\)](#) y 13 de abril de 2005 (rec. 1785/2004) señala que el artículo 139.2 de la [LGSS/1994](#) (actual [196.2 de la LGSS/2015](#)) intenta cubrir el posible vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que dificultan el empleo.

3.2. *Norma comunitaria de coordinación aplicable a la cuestión*

Tanto la pensión de incapacidad permanente total española como la pensión de jubilación suiza se reconocen con anterioridad a la entrada en vigor del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#) y, por tanto, la situación de incompatibilidad entre el complemento del 20% en la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y las rentas derivadas de una pensión de jubilación sustitutorias del trabajo se produce estando en vigor el [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#). En este sentido, la pen-

sión de incapacidad permanente total reconocida al demandante en el asunto principal es de tipo A, recogida en el anexo IV del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#), por lo que se aplica lo dispuesto en el citado reglamento, según el cual la cuantía de las prestaciones de invalidez se determina con independencia de la duración del periodo de seguro.

3.3. La caracterización del artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 como norma anticúmulo

El artículo 12 del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) establece el principio de no acumulación de prestaciones en el marco de la coordinación de legislaciones nacionales de Seguridad Social en la Unión Europea con la finalidad de evitar una sobreprotección sin causa por aplicación de estas normas de coordinación. El apartado 2 del precepto establece que, salvo en los casos en que el [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) disponga otra cosa, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro. Por último, el apartado 3 del precepto dispone que las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en el caso de que el beneficiario de prestaciones de invalidez o de prestaciones anticipadas de vejez ejerza una actividad profesional, le afectarán aunque ejerza su actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro.

La representación del INSS consideraba que no nos encontramos ante una cláusula de reducción de prestaciones con fundamento en el hecho de que los mismos periodos de seguro propicien una sobreprotección, toda vez que las prestaciones causadas en España y Suiza se alcanzaron en virtud de distintos periodos de seguro, por lo que la regla establecida en el artículo 6.4 del [Decreto 1646/1972](#) se limita a ser una regla de incompatibilidad fundada en la desaparición de la situación de necesidad protegida, pues la percepción de una pensión de jubilación sustitutiva del salario provoca la desaparición de la finalidad del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total. No es esta la conclusión del TJUE, que considera, en primer lugar, que la pensión de incapacidad permanente y el incremento del 20% constituyen una prestación sujeta al [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#), de acuerdo con lo previsto en sus artículos 1 t) y 4.1 b).

En segundo lugar, el TJUE entiende que el contenido del artículo 6.4 del [Decreto 1646/1972](#) constituye una cláusula de reducción en los términos interpretados por la misma sala en las Sentencias de [7 de marzo de 2002 \(asunto C-107/00, Insalaca, apdo. 16\)](#) y [de 7 de marzo de 2013 \(asunto C-127/11, Van den Booren, apdo. 28\)](#), pues de acuerdo con dicha doctrina, una norma nacional debe calificarse como cláusula de reducción cuando el cálculo que impone tiene por efecto reducir el importe de la pensión a la que puede tener derecho el interesado debido a que percibe una prestación en otro Estado miembro. Por tanto, en cuanto que la aplicación de la regla establecida en el artículo 6.4 del [Decreto 1646/1972](#) tiene como efecto reducir el importe total de las prestaciones a las que puede tener derecho el interesado, nos encontramos ante

una cláusula de reducción contemplada en el artículo 12 del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#). Por tanto, la esencia de las cláusulas anticúmulo no se encuentra en la causa que lo motiva sino en el efecto que produce.

3.4. Sobre la reserva de ley para la determinación de cláusulas anticúmulo

El artículo 46 bis.3 a) del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) establece que solo se considerarán a efectos de establecer reglas anticúmulo las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o los ingresos obtenidos en otro Estado miembro si la legislación del primer Estado miembro establece el cómputo de las prestaciones o los ingresos obtenidos en el extranjero. Pues bien, en relación con si el término «legislación» utilizado por el precepto entraña una reserva de ley, la sentencia que comentamos recuerda que el artículo 1 j) del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) señala que el término «legislación» designa, para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación, existentes o futuras. Por tanto, es a la jurisprudencia del Estado miembro a la que corresponde determinar el rango de la norma aplicable.

3.5. Naturaleza de las prestaciones controvertidas a efectos de la aplicación de cláusulas anticúmulo

El artículo 46 bis del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) y en la actualidad el artículo 53.1 del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#) establecen que se entenderá por acumulación de prestaciones de la misma naturaleza toda acumulación de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia calculadas o abonadas sobre la base de los periodos de seguro y/o residencia cumplidos por una misma persona, añadiendo el apartado 2 de dichos preceptos que será de distinta naturaleza toda acumulación de prestaciones que, con arreglo al apartado 1, no pueda considerarse de la misma naturaleza.

La distinción es importante, pues los efectos jurídicos que se derivan en un caso o en otro son distintos, siendo más restrictiva la aplicación de cláusulas anticúmulo cuando la cláusula afecta a pensiones de la misma naturaleza. De acuerdo con la doctrina del TJUE, las prestaciones de Seguridad Social son de la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad, así como la base del cálculo y sus requisitos de concesión, son idénticos sin perjuicio de las características formales. En este sentido, la prestación de incapacidad permanente y la pensión de vejez presentan características análogas en la medida en que tienen por objeto garantizar medios de subsistencia a los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y que, habiendo alcanzado una cierta edad, tendrán dificultades para encontrar un empleo en un ámbito diferente al de su profesión habitual. Esta analogía no se puede predicar respecto de la prestación por desempleo ([Sentencia de 18 de julio de 2006, asunto C-406/04, De Cuyper](#)).

Por tanto, cabe concluir que un complemento de pensión de incapacidad permanente total y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza han de considerarse de la misma naturaleza.

3.6. Efectos de la aplicación de cláusulas anticúmulo entre pensiones de la misma naturaleza

El artículo 46 ter del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) y actualmente el artículo 54 del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#) establecen la regulación de la acumulación de pensiones de la misma naturaleza, fijando las siguientes reglas:

- Con carácter general, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro no serán aplicables a una pensión calculada totalizando periodos de cotización de otro Estado.
- En segundo lugar, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro solo se aplicarán a una pensión calculada únicamente de acuerdo con su propia legislación si se trata de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los periodos de seguro o de residencia cumplidos y que esté señalada en la parte D del anexo IV del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) o que el importe de la prestación se calcule teniendo en cuenta un periodo ficticio cumplido entre la fecha del hecho causante y otro posterior.

Que la pensión se calcule sin tener en cuenta la duración de los periodos de seguro y que se encuentre indicada en el anexo IV del reglamento son condiciones acumulativas que se deben cumplir. Hay que señalar al respecto que el artículo 54 del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#) se remite al anexo IX de dicho reglamento. En esencia, el precepto señala que cuando proceda aplicar una cláusula de reducción a una pensión, esta reducción estará limitada cuantitativamente al importe de la pensión que percibe en el otro Estado.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO

A la hora de determinar los efectos de la aplicación de la cláusula anticúmulo entre pensiones de la misma naturaleza en el caso enjuiciado, hay que tener también en consideración el tipo de pensión de que se trata a efectos de determinar si se encuentra incluida en el anexo IV del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#). Así, en el caso que nos ocupa nos encontramos con que la pensión de incapacidad permanente total es una pensión de tipo A que ha sido calculada únicamente teniendo en cuenta los periodos de seguro cumplidos en España y aplicando únicamente su legislación, además, se trata de una pensión causada con anterioridad a la [Ley 40/2007](#) y, por tanto, se calculó sin tener en cuenta la duración de los periodos de seguro o de residencia cumplidos. Además, en principio cumpliría el requisito de encontrarse recogida en el anexo IV del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#), letra H (seguro de invalidez), no así en el anexo IX del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#), a pesar de que las pensiones de accidente, laboral o no, y de enfermedad profesional no se calculan atendiendo a la duración de los periodos de cotización.

Por tanto, en teoría, al tratarse de pensiones de la misma naturaleza, que se calculan sin tener en cuenta la duración del seguro y recogerse en el anexo IV, podría entenderse que se podría aplicar la regla excepcional antes vista que permite reducir del complemento del 20% la cuantía de la pensión de jubilación suiza. No obstante, hay que considerar otro elemento añadido y es que, en este caso que se enjuicia, el actor a la hora de aplicar la institución competente la cláusula de reducción ya había cumplido la edad ordinaria de jubilación y, por tanto, la pensión de incapacidad permanente complementada pasó a denominarse pensión de jubilación de acuerdo con lo previsto en el [artículo 200.4 de la LGSS](#), por lo que la pensión ya no se encontraría citada en el referido anexo.

La cuestión es trascendente y cuestiona si la pensión tras el cumplimiento de la edad de jubilación sigue siendo una pensión de incapacidad permanente, siendo el cambio meramente nominativo, o si por el contrario existe una transformación en su naturaleza jurídica. A favor de la tesis de que la pensión sigue siendo en esencia una pensión de incapacidad encontramos argumentos como el hecho de que de acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 200.4 de la LGSS](#) se mantiene el mismo régimen jurídico, lo que afecta a elementos como la cuantía, la compatibilidad, la validez de los periodos de seguro cotizados durante el percibo de la pensión de incapacidad o el régimen fiscal de la pensión. En cambio, a favor de considerar que tras el cumplimiento de la edad de jubilación se altera la naturaleza jurídica de la pensión encontramos el hecho de que tras el cumplimiento de esta edad lo que persigue el sistema prestacional de la Seguridad Social es proteger la incapacidad por el trabajo.

En cualquier caso, la sentencia del TJUE se inclina por considerar que en el anexo IV del [Reglamento \(CEE\) 1408/71](#) no se recogen pensiones de tal naturaleza, no está expresamente mencionada. Asume, de ese modo, un criterio estrictamente nominalista a pesar de que en la fundamentación de la sentencia ha argumentado que la pensión que el trabajador percibía en España era una pensión de incapacidad permanente total y que se acumulaban prestaciones de incapacidad permanente y de jubilación que resultaban de la misma naturaleza.

Pese a ello, su impacto en la doctrina judicial, así como en la jurisprudencia, españolas está siendo muy intenso, desbordando con mucho el caso concreto. En primer lugar, respecto del caso, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Castilla y León, de 13 de junio de 2018 \(rec. 1999/2016\)](#), resolviendo el caso que dio lugar a la cuestión prejudicial de referencia, estimará el recurso de suplicación, revocando el fallo de instancia social que daba la razón al INSS. Por lo que este deberá reponer al trabajador en sus derechos prestacionales.

En segundo lugar, y con un efecto de irradiación más intenso en la práctica, la sala gallega de suplicación dio pronta recepción a la sentencia comunitaria, de modo que, incluso con reconocimiento expreso de que se trataba de casos no del todo equiparables, llegó a la misma conclusión de compatibilidad. Las diferentes (numerosas) sentencias reconocen que, en una interpretación coherente del razonar del TJUE, la solución más adecuada hubiese sido la de estimar la incompatibilidad. Pero la falta de referencia nominal expresa en el anexo llevaría a la solución contraria (SSTSJ de Galicia, de [11 de mayo de 2018 \[rec. 396/2018\]](#); [26 de junio de 2018 \[rec. 696/2018\]](#), entre decenas más).

Por último, hay que señalar que el efecto más importante ha sido el de la recepción de dicha doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En efecto, la Sentencia del pleno de la Sala del [Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018 \(rec. 4102/2016\)](#), tras dictarse la sentencia que comentamos, ha variado de criterio inicial asumiendo la doctrina dictada en la [Sentencia Blanco Marqués](#), de manera que ha decidido expresamente abandonar la doctrina anterior y considerar compatible el complemento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total con la percepción de una pensión de jubilación reconocida por el propio sistema español de Seguridad Social.