

NIG: [REDACTED]

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5
C/ PRINCESA 3, 2º
MADRID.

AUTOS- 1.008/2.021

SENTENCIA NÚMERO 143/22

EN NOMBRE DEL REY

En Madrid a veintiocho de marzo de dos mil veintidós

VISTOS por la Ilustrísima Sra. [REDACTED],
Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Madrid los presentes
autos sobre SEGURIDAD SOCIAL siendo partes en los mismos, de una como
demandante D. [REDACTED] representado por
la Letrada D^a Ana Leal Antañón y de otra, como demandados el INSTITUTO
NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL representados por el Letrado D. [REDACTED]
[REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de septiembre de 2.021 tuvo entrada en este Juzgado
demanda suscrita por el actor en reclamación por SEGURIDAD SOCIAL.

SEGUNDO.- Admitida a trámite se convocó a las partes a los actos de
conciliación y, en su caso juicio para el día 23 de febrero de 2.022.

TERCERO.- Llegada la fecha señalada, y abierto el acto de juicio, la parte
actora se ratificó en su demanda, oponiéndose la parte demandada. Recibido
el pleito a prueba, se practicó la propuesta y declarada pertinente con el
resultado que consta en acta, elevando las partes sus conclusiones a
definitivas. Se acuerda Diligencia final a petición de la entidad Gestora, sin
que se hay contestado al requerimiento efectuado.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. [REDACTED], nacido el [REDACTED] [REDACTED] tiene reconocida una prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de Técnico de Fotocopiadoras por Sentencia de 26 de marzo de 1.998 y con efectos de 6 de mayo de 1.997. Se constataba un cuadro de hernia discal cervical C5-C6 no intervenida, hernia discal C6-C7 no intervenida. Espondiloartrosis y artrosis cervical lo que le ocasiona molestias cervicales con irradiación a MSD y ROT bicipital derecho disminuido (residual).

SEGUNDO.- El 16 de julio de 1.999 el actor junto con su hermano constituyen la mercantil [REDACTED] SL en donde ha llevado a cabo tareas como Administrador Social y con alta en el RETA.

TERCERO.- Por resolución del INSS de 14 de abril de 2.021 se declara al actor afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual en el RETA sobre una reguladora de 1.028,55 € y un porcentaje del 55 %. Se señala que la pensión no tiene efectividad económica por ser incompatible y de menor cuantía, en términos anuales, que la pensión de incapacidad que viene percibiendo, pudiendo optar por la pensión suspendida.

CUARTO.- Contra dicha resolución se interpone reclamación previa que es desestimada.

QUINTO.- El actor presenta Gonartrosis bilateral severa (grado IV). Artrosis glenohumeral avanzada hombro derecho con lesión PASTA del manguito rotador. Síndrome subacromial hombro izquierdo. Colitis ulcerosa en tratamiento inmunodepresor. Urgencia defecatoria 3-4 deposiciones / día Lumbalgia mecánica crónica. Gran dificultad para realizar la marcha autónoma con un patrón muy alterado. Sobrepeso. Genu varo bilateral. Rodillas Globulosas con cepillo (+) en ambas, cepillo+ y limitación del BA con limitación en la extensión en últimos grados (-10°) y flexión 130 ° con dolor, maniobras meniscales positivas en ambos meniscos; atrofia cuadricipital (izquierda > derecha). Dolor a la palpación hombro derecho de forma difusa, BA muy doloroso pero con aceptable movilidad (abducción 140 °, flexión 160

°), hombro izquierdo con BA muy doloroso y limitado: flexión 110 °, abducción 85°. Limitación funcional de MMII por gonoartrosis bilateral avanzada en tratamiento con opiáceos. Deambulacion asistida con bastón

SEXTO.- El actor se encuentra de baja por IT desde el 11 de enero de 2.022

SÉPTIMO.- el demandante ha permanecido de alta en el Régimen General un total de 7.053 días y en el RETA 7.616, periodos que nunca han estado superpuestos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor solicita que se le declare como invalido permanente absoluto tanto en el RETA como en el Régimen General puesto que las reducciones que presenta le hacen acreedor de ambas pensiones en régimen de compatibilidad.

Con carácter subsidiario se pide la Incapacidad permanente Total con un incremento del 20 % en el RETA compatible con la pensión causada en el Régimen General.

Sobre la compatibilidad de las pensiones y en un supuesto relativamente similar al que ahora nos ocupa el TSJ de Cataluña en Sentencia de 7 de marzo de 2.016 ha señalado

SEGUNDO

.- Como segundo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte codemandada recurrente denuncia la infracción del artículo 143.2 del Real decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con las sentencias del tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993, 7 de julio de 1995, 27 de julio de 1996, 2 de octubre de 1997, 12 de junio de 2000, 18 de febrero de 2002, y 4 de noviembre de 2004. Se alega, en síntesis que, en el presente supuesto, el cauce adecuado para la declaración de incapacidad permanente absoluta es el procedimiento de revisión por agravación, por lo que existiría una incompatibilidad entre las dos prestaciones, lo que debe conducir a confirmar las resoluciones impugnadas.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que de la reciente doctrina jurisprudencial se desprende, contrariamente a la interpretación de la entidad gestora, que resultan compatibles dos pensiones de incapacidad permanente total si las mismas son generadas en regímenes distintos, como es el supuesto que nos ocupa (la primera del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y la segunda del Régimen General, ambos de la Seguridad Social), como consecuencia de cotizaciones no simultáneas, y suficientes en cada uno de tales regímenes, con independencia de que la nueva incapacidad resulte generada por la misma patología que la anterior.

Como ineludible punto de partida para dirimir sobre la cuestión jurídica controvertida, procede traer a colación el inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia, a cuyo efecto constituyen datos especialmente reveladores los siguientes:

1º.- En fecha 16 de julio de 2009, el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de oficial de la construcción, constando como cuadro residual: artrodesis instrumentada L5S11 por discopatía, con afectación radicular.

2º.- En fecha 18 de diciembre de 2009, el actor comunicó a la entidad gestora el inicio de la actividad laboral de conductor de camión para la entidad Cincaporc, S. A., que consideró aquélla como compatible con la percepción de la prestación de incapacidad permanente anteriormente reconocida.

3º.- Iniciado expediente de revisión de grado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 9 de enero de 2014, dictó resolución el 10 de febrero de 2014 por la que se recalificaba al actor en el mismo grado, de total para la profesión actual de conductor de camión, derivada de enfermedad común. Previamente, fue emitido dictamen por la comisión de Evaluación de Incapacidades, en que se proponía considerar al actor en situación de incapacidad permanente total para la profesión de conductor de camión, por presentar artrodesis instrumentada lumbosacra con lumbociatalgia izquierda persistente refractaria a medidas terapéuticas.

Sentados tales presupuestos fácticos, en aras a dirimir sobre el objeto del recurso, resulta de interés traer a colación la doctrina jurisprudencial en relación a la compatibilidad de prestaciones. De este modo, tal como expuso la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2010 (recurso 3316/2009):

"Como hace tiempo que ha observado la Sala, el principio de prestación única tiene un evidente interés doctrinal, pero no traduce un criterio positivo de ordenación general de la materia, puesto que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, ni entre éste y los anteriores seguros sociales, por cuanto que el art. 91 LGSS (RCL 1994, 1825) /74 [en la actualidad, art. 122LGSS/94] y los preceptos análogos de los regímenes especiales son

normas internas de cada régimen, y -por otra parte- la posibilidad de causar derecho a pensión en distintos regímenes del sistema se reconoce expresamente en el art. 1.3 de la Ley 26/1985 [31 /Julio] (STS 23/07/92 (RJ 1992, 5653) -rcud 2502/91 -). Asimismo es doctrina de este Tribunal que «la regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida», siquiera lo «jurídicamente correcto» sea en tal supuesto reconocer la «nueva pensión» y permitir que el asegurado «ejercite el derecho de opción que le atribuye el art. 122 de la LGSS » (SSTS (SSTS 19/12/00 (RJ 2001, 825) -rcud 4635/99 -; 22/05/01 (RJ 2001, 5476) -rcud 2613/00 -; 09/07/01 (RJ 2001, 7313) -rcud 3432/00 -; 18/12/02 (RJ 2003, 2345) -rcud 173/02 -; 18/07/03 (RJ 2003, 8798) -rcud 2924/02 -; y 05/02/08 (RJ 2008, 2778) -rcud 462/07 -). Y que la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no den origen a varias prestaciones de percepción simultánea, pero a la par que las mismas puedan ser aprovechadas [DA Trigésimo Octava y art. 9LGSS /94], lo que lleva a interpretar -conjuntamente con el componente literal- el art. 5.1 RD 691/1991 (RCL 1991, 1180 y 1321) [12 /Abril] en el sentido de que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda posibilidad de ulterior reconocimiento, pero que la compatibilidad es plena cuando no existe reutilización de cotizaciones (STS 10/05/06 (RJ 2006, 7989) -rcud 4521/04 -).

2.- En esta misma línea se sostiene que las normas sobre incompatibilidad de prestaciones contenidas en el Título II de la Ley General de la Seguridad Social son exclusivamente aplicables a las servidas por el Régimen General, por lo que se admite «la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social, cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos para su devengo, siempre que no exista en los mismos normas que lo prohiban expresamente». Y que si de los términos de las normas aplicables no puede establecerse la incompatibilidad entre prestaciones, ésta tampoco puede construirse a partir de una interpretación extensiva que establezca la exclusión de la concurrencia (SSTS 24/07/92 (RJ 1992, 5658) -rcud 2117/91 -; 21/09/92 (RJ 1992, 6797) -rcud 1596/91 -; 18/12/92 (RJ 1992, 10341) -rcud 658/92 -; 29/12/92 (RJ 1992, 10375) -rcud 128/92 -; 20/01/93 (RJ 1993, 102) -rcud 1729/91 -; 16/05/94 (RJ 1994, 4207) -rcud 2237/93 -; y 15/03/96 (RJ 1996, 2074) -rcud 1316/95 -).

3.- De esta manera se han declarado compatibles -lo referimos a título de ejemplo- las pensiones por Incapacidad Permanente declaradas en el REMC y en el RGSS (STS 29/12/92 -rcud 128/92 -); en el RETA y en el de Régimen Especial de Artistas (STS 20/01/93 -rcud 1729/91 -; en el REA y en el RGSS

(STS 15/03/96-rcud 1316/95 -); la de Jubilación en el RGSS y en el de Clases Pasivas, siempre que no se produzca intercomunicación entre las cotizaciones realizadas a uno y otro Régimen en orden a completar el período de carencia o incrementar el porcentaje determinante de la pensión en alguno de ellos (STS 13/03/95 (RJ 1995, 1768) -rcud 2758/94 -); la pensión por Clases Pasivas y la de IPA derivada de Enfermedad Profesional, pues al no exigir ésta carencia alguna no hay tampoco doble utilización de las cotizaciones, que es lo realmente prohibido(STS 10/05/06 -rcud 4521/04 -). Y muy contrariamente se ha afirmado que se produce incompatibilidad -pero con derecho de opción- entre IPT por enfermedad común e IPT por ANL, con trabajos en empresas y profesiones distintas, sucesivamente producidas y para profesiones diferentes (SSTS 18/12/02 -rcud 173/02 -; y 05/02/08 -rcud 462/07 -); como también entre IPT y posterior GI derivadas ambas de AT en el REMC (STS 18/07/03 -rcud 2924/02 -).

TERCERO.- 1.- En el caso de que tratamos hay alta sucesiva en dos Regímenes de la Seguridad Social [RETA cuando se declara la IPT; RGSS cuando se obtiene la IPA], diferencia de profesiones [Mecánico Electricista en la IPT; Especialista de calzado en la IPA], disparidad en las secuelas determinantes de la Incapacidad Permanente [patología cardíaca en la IPT; y básicamente neurológica en la IPA] y cotizaciones suficientes en cada uno de los Regímenes para -sin intercomunicación alguna cotizatoria- obtener el derecho a la correspondiente pensión. Y de los preceptos citados como infringidos no pueden servir de base a la incompatibilidad que se pretende: a) del Decreto 2530/1070, los arts. 28 y 30 se refieren a los requisitos para acceder a la prestación [ya declarada en 1994], y el art. 34 se limita a disponer que «las pensiones que concede este Régimen Especial ... serán incompatibles entre sí , a no ser que expresamente se disponga lo contrario»; y b) de la LGSS , el art. 9.2 se refiere a la estructura del sistema en términos de los que mal puede derivarse la conclusión que se mantiene, el art. 122 tiene el estricto alcance que más arriba hemos indicado, y la DA Trigésima octava versa sobre superposición de cotizaciones en régimen de pluriactividad que nada tiene que ver con el supuesto debatido [cotizaciones sucesivas por actividad laboral única].

2.- Por su parte, la pretendida vulneración art. 138.4LGSS , en cuyo apoyo se cita también -por identidad de contenido- el art. 6 del RD 1799/1985 (RCL 1985, 2387) [27Octubre]. Preceptos que disponen un especial requisito carencial [quince años superpuestos] para el reconocimiento de IPA o GI en el RGSS y Especiales, pero faltando alta o situación asimilada, con lo que es claro que se establece un endurecimiento de las normas generales -permisivas, según acabamos de ver- sobre compatibilidad de pensiones, que encuentra explicación -precisamente- en el hecho de que el reconocimiento de la

prestación se produce pese a la inexistencia de alta, lo que presenta como excepción a la exigencia tradicional de aquélla o situación asimilada.

3.- Singular referencia merece la supuesta infracción del art. 143LGSS, que se hace destacando que la declaración de IPA se hubiese llevado a cabo tras procedimiento de revisión de IP instado por el trabajador y no declaración ex novo de IPA. Denuncia que rechazamos por dos consideraciones:

a).- En el plano formal, porque «los procedimientos de declaración y revisión de incapacidades son idénticos en lo esencial. Ello es así... porque... uno y otro procedimiento están encaminados a la misma finalidad, que es la evaluación de las capacidades o incapacidades de trabajo o de ganancia de una persona a la vista de la apreciación conjunta de las secuelas de todas sus dolencias. Es éste el objeto de la eventual solicitud del asegurado, que naturalmente no siempre estará en condiciones de saber en el momento de la incoación del expediente si el resultado de la evaluación practicada va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas que se han agravado, o la declaración de una invalidez derivada de secuelas de dolencias distintas. Así las cosas, va en contra del principio de eficacia administrativa el obligar al asegurado a recorrer de nuevo el circuito del procedimiento de declaración de invalidez, cuando el procedimiento de revisión ha producido o ha podido producir el mismo efecto de verificación de su estado físico y de comprobación del cumplimiento de requisitos para el reconocimiento de prestaciones» (STS 2/10/97 (RJ 1997, 7186) -rcud 4575/96 -, siguiendo precedente de 07/07/95 -rcud 1349/93 -). Y

b).- En un plano material, porque la declaración de IPA trae causa -a pesar de lo que se razona en el fundamento quinto de la decisión recurrida- en patología completamente diversa a la que en su día había motivado el reconocimiento de IPT. En efecto, de las cinco dolencias -ordinal segundo del relato de hechos- que en 1994 fueron apreciadas como determinante de IP para la profesión de Mecánico [insuficiencia cardíaca ligera; disnea de grandes-medianos de esfuerzo; varices importantes; sintomatología depresiva; y signos de congestión pulmonar], en el informe propuesta que se formula en 2008 y que concluye con el reconocimiento de IPA -quinto de los hechos declarados probados-, de entre aquéllas dolencias originales únicamente se alude al cuadro cardiológico y precisamente para hacer referencia a lo que se presenta como obvia mejoría [prótesis mitral normofuncionante con FE del 68 %], siendo declaración expresa la de que el menoscabo funcional -determinante de la IPA- consistía en «necesidad de ayuda externa para la deambulación en recorridos cortos y claudicación, limitación de la movilidad en los diferentes arcos y astenia»; siendo tal menoscabo atribuido a la «resección de al menos 3 cm en recto y sigma... polineuropatía sensitivo motora y axonodermielinizante ... profusión difusa L3-L4, L5-S1... radiculopatía motora crónica bilateral L5 Radiculopatía sensitiva S1...

polineuropatía sensitiva motora mixta de intensidad severa en EEII con afectación bilateral... síndrome de túnel carpiano bilateral... grado severo». Y esta diversidad patológica es precisamente la que justifica -en todos los órdenes- la plena compatibilidad de pensiones por las que se acciona, al menos en tanto ninguna de ellas se deje sin efecto por mejoría. Porque no se trata de un supuesto en el que la agravación de un cuadro determinante de IPT hubiese generado el grado de IPA [supuesto en el cual sería sostenible que este superior grado discapacitante absorbía el precedente inferior], sino se dos diferentes panoramas de secuelas que se producen con intervalo -cotizado- de casi quince años, en el ejercicio de profesiones diversas, en diferentes Regímenes de la Seguridad Social y con cotización suficiente en el cada uno de ellos para lucrar pensión por IP; en concreto, que la IPA se reconoce sin recurrir a cuota alguna que hubiese sido utilizada en la declaración de IPT". Más recientemente, en sentencia del Alto Tribunal de 14 de julio de 2014, se argumenta:

"En la igualmente referida STS/IV 20- enero -2011 se sistematiza la doctrina de esta Sala, señalando que "La cuestión planteada, que versa sobre el alcance que haya de darse al art. 122 LGSS, ha sido resuelta reiteradamente por la Sala... El mencionado precepto establece la incompatibilidad de las pensiones del Régimen General 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 tesis del INSS es que ha de aplicarse tal precepto sin distinción, aun cuando se esté en el caso, como aquí sucede, de que las dos pensiones coincidentes en el mismo beneficiario se hayan lucrado, cada una de ellas, en atención exclusivamente a las cotizaciones de regímenes distintos ", señala que " Como hemos recordado en las dos reciente antes aludidas (SSTTSS de 12-5-2010 y 15-7-2010 (R. 3316/09 y 4445/09), "el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema", pues lo que hace el art. 122LGSS no es sino indicar el mecanismo que rige en el propio régimen General al que se refiere (así lo hemos indicado en las STS de 18-12-2002, R. 173/02 , y 5-2-2008, R.462/07), del mismo modo que, dentro del RETA, lo contempla el art. 34 del Decreto 2530/1970 (RCL 1970, 1501 y 1608) . De ahí que esta Sala IV se haya venido pronunciando en múltiples ocasiones a favor de la compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, como puede observarse en las STS de 29-12-1992, R. 128/92 , 20-1-1993, R. 1729/91 , y 15-3-1996, R. 1316/1995 , entre otras "; recuerda que " Los criterios generales sobre los que se asienta esta doctrina, tal como hizo nuestra precitada sentencia de 15- 7-2010, pueden resumirse así: " a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.- b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la

pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución (así lo recuerda la STS de 5.2.2008 -rcud. 462/2007).- c) En caso de concurrencia de pensiones, lo "jurídicamente correcto" en tal supuesto es reconocer "la nueva pensión", ya que así se permite que el asegurado "ejercite el derecho de opción que le atribuye el art. 122 de la LGSS" (STS de 18.12.2002 -rcud. 173/2002).- d) La misma naturaleza contributiva del sistema "determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disposición Adicional 38ª LGSS" (STS de 10.5.2006 -rcud. 4521/2004)"; concluyendo que " En suma, en el presente caso, al igual que en nuestro referido precedente, "se trata de la concurrencia de dos pensiones de incapacidad permanente total generadas en regímenes distintos, como consecuencia de cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de ellos para lucrarlas, por lo que no le son aplicables ni el art. 122LGSS antes mencionado, ni la Disp. Ad. 38ª del mismo texto legal, en tanto que se refiere a la pluriactividad, cuestión ajena a este litigio" ".

2.- Señalar, por último, que el supuesto ahora analizado, al igual que los que fueron objeto de enjuiciamiento en las sentencias anteriormente referidas, es distinto al contemplado en SSTs/IV 5-julio-2010 (rcud 3367/2009), en que no se partía de cotizaciones suficientes no superpuestas en los distintos Regímenes y se resolvía sobre el tratamiento unitario del estado incapacitante, -- y en la que, por otra parte, se matiza sobre una afirmación " obiter dicta " contendida en la STS/IV 12-mayo-2010 (rcud 3316/2009) --, señalándose en la referida sentencia de 5-julio-2010 que " El problema debatido debe centrarse, por tanto, en determinar si las lesiones sucesivas, derivadas o no de distintas contingencias, deben tratarse de forma independiente o deben dar lugar a una consideración unitaria a la hora de valorar la incapacidad resultante. Frente a la doctrina tradicional que mantenía que la agravación a efectos de la revisión debería limitarse a la evolución de las lesiones que determinaron el reconocimiento de la incapacidad inicial (sentencia de 13 de noviembre de 1986), la Sala , a partir de la sentencia de 29 de junio de 1987 , ha venido manteniendo con carácter general la tesis de que todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser apreciadas conjuntamente, a los efectos de la revisión del grado de incapacidad, aunque provengan de distintas contingencias determinantes "" , desestimando el recurso desestimación del recurso " porque lo que sostiene el actor es que en contra de esta doctrina se reconozcan dos pensiones por un cuadro lesivo en el que es claro que se han considerado para calificar el estado del actor como incapacidad absoluta las lesiones derivadas del primer proceso por enfermedad común ... que se incrementan con las lesiones posteriores del accidente de trabajo ... con lo que

... es la suma de las dos lesiones la que provoca el "estado de casi ceguera" que determina el reconocimiento de la incapacidad absoluta, teniendo en cuenta de forma unitaria y conjunta la pérdida de visión en los dos ojos, lo que es contradictorio con la pretensión de mantener la pensión de incapacidad total sumada a otra pensión de incapacidad absoluta. Realmente las limitaciones de la visión, que son las decisivas, operan sobre la modificación del mismo cuadro lesivo, generando una limitación acumulada que, en su conjunto, incrementa el efecto invalidante, integrando las limitaciones anteriores de forma que no podrían ser valoradas de forma independiente".

A mayor abundamiento, tal como hemos venido declarando en anteriores resoluciones, la doctrina sobre la consideración conjunta de las lesiones en el caso de agravación -a que alude la parte en su recurso- no impide la compatibilidad de las pensiones cuando concurren los requisitos para ello, conforme a la Jurisprudencia expuesta. Así, tal como expusimos en la sentencia de 10 de mayo de 2012 (JUR 2012, 223051) (recurso 3238/2011), con cita de la de 15 de julio de 2010 (recurso 4445/2009):

"los criterios generales sobre los que se asienta esta doctrina pueden resumirse en los puntos siguientes:

"a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.

b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución (así lo recuerda la STS de 5.2.2008 -rcud. 462/2007 -).

c) En caso de concurrencia de pensiones, lo "jurídicamente correcto" en tal supuesto es reconocer "la nueva pensión", ya que así se permite que el asegurado "ejercite el derecho de opción que le atribuye el art. 122 de la LGSS" (STS de 18.12.2002 -rcud. 173/2002 -).

d) La misma naturaleza contributiva del sistema "determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disposición Adicional 38ª LGSS" (STS de 10.5.2006 -rcud. 4521/2004 -).

"En suma, en el presente caso, se trata de la concurrencia de dos pensiones de incapacidad permanente total generadas en regímenes distintos, como consecuencia de cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de ellos para lucrarlas, por lo que no le son aplicables ni el art. 122 LGSS antes mencionado, ni la Disp. Ad. 38ª del mismo texto legal, en tanto que se refiere a la pluriactividad, cuestión ajena a este litigio.

En cuanto a la invocación que se hace del art. 138.4 LGSS, igual que sucedía en los casos contemplados en nuestras sentencias de 11 de mayo -rcud. 3640/2009 - y 12 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5252) -rcud. 3316/2009 - (antes

citada), no nos hallamos ante un supuesto en que concurra la pluriactividad a la que se refiere el precepto "exigiendo, para poder causar dos pensiones, una en cada régimen, que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan al menos durante quince años". El precepto legal (como también el art. 6 del RD 1799/1985) impone un "especial requisito carencial" para el caso de falta de alta o asimilación al alta "con lo que es claro que se establece un endurecimiento de las normas generales -permisivas, según acabamos de ver- sobre compatibilidad de pensiones, que encuentra explicación -precisamente- en el hecho de que el reconocimiento de la prestación se produce pese a la inexistencia de alta, lo que presenta como excepción a la exigencia tradicional de aquélla o situación asimilada".

Como ha declarado esta Sala en su recurso 3939/11, "en definitiva hay compatibilidad cuando se acreditan independientemente las cotizaciones necesarias en el Régimen de que se trate, sin necesidad de acudir al cómputo recíproco de cotizaciones, sean aquellas cotizaciones superpuestas o sean sucesivas, siempre que con ellas se reúna el período de cotización exigido. También existe compatibilidad en casos como el presente, en que no han debido de tomarse en consideración cotizaciones de otro régimen porque las prestaciones derivadas de contingencias profesionales no exigen período de cotización alguno. Naturalmente, entiende la Sala que tampoco puede haber "reutilización" de lesiones, de modo que una misma lesión pueda dar lugar a dos pensiones diferentes, lo que ocurriría a través del expediente de realizar trabajos en distintos regímenes con las mismas lesiones, causando pensiones en todos ellos (...)".

Precisamente es este último el supuesto en que nos encontramos, en que las mismas lesiones han determinado el reconocimiento de la incapacidad permanente en ambos regímenes. De este modo, resultando reconocida en primer momento por "artrodesis instrumentada L5S1 por discopatía con afectación radicular", y ulteriormente por "artrodesis instrumentada lumbosacra con lumbociatalgia izquierda persistente refractaria a medidas terapéuticas", el añadido de esta última patología (lumbociatalgia) no resulta determinante para el referido reconocimiento, por lo que las lesiones esenciales al efecto resultan coincidentes. Ello comporta que ambas prestaciones resulten incompatibles, tal como postula la entidad gestora recurrente, al no poder "reutilizarse" idénticas lesiones para lucrar dos incapacidades permanentes, con independencia de que hayan sido lucradas en diferentes regímenes.

No habiéndolo así entendido la sentencia de instancia, procede estimar la infracción jurídica denunciada, y, consecuentemente, el recurso interpuesto, revocando la resolución recurrida, y acordando en su lugar, con desestimación de la demanda, absolver a las codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

En definitiva:

- 1.- Las pensiones pueden ser compatibles si se devengan en distintos regímenes.
- 2.- Las cotizaciones que han servido para una de las prestaciones no pueden utilizarse para las prestaciones de la otra.
- 3.- No se pueden emplear las dolencias que se han tenido en cuenta en una de ellas para dar lugar a otra prestación diferente.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa la primera consecuencia que se obtiene es que debe rechazarse la petición principal.

El actor no puede lucrar dos pensiones de invalidez permanente absoluta atendiendo al mismo cuadro y eso es precisamente lo que se pretende.

No se hace como petición subsidiarias otra diferente de la de la compatibilidad de las prestación de IPT en ambos regímenes.

SEGUNDO.- Para poder establecer si el actor puede compatibilizar ambas prestaciones es preciso fijar si para dar lugar a cada una de ellas se ha hecho preciso emplear no sólo las cotizaciones realizadas en cada régimen sino que se hubiese hecho preciso acudir a las efectuados en el otro.

Eso es lo que sostiene la Seguridad Social en la desestimación a la reclamación previa y no se ha realizado ningún otro motivo de oposición a la demanda.

En el acto del juicio, el Letrado de la Seguridad Social solicitó diligencia final ya que manifestó que no contaba con la documental adecuada para fijar si se habían computado las cotizaciones de ambos regímenes para otorgar la pensión del RETA.

Este Juzgado, pese a que se trata de una documental que podría haber sido aportada al acto del juicio o incluso, valorar los informes de vida laboral, acuerda lo solicitado.

Sorprendentemente la Seguridad Social no solo ignora la petición de este Juzgado (pese a que se había llevado a cabo atendiendo a sus propias

peticiones), sino que ni tan siquiera entiende que debe explicar a este Juzgado la causa por la que no se contesta (excesivo volumen de trabajo, escasez de personal,...).

Como quiera que tampoco en la escueta resolución se fijan períodos de cotizaciones tenidas en cuenta para haber dado lugar a la segunda prestación (RETA), este Juzgado lo único que puede hacer para otorgar tutela a la parte actora, es valorar el informe de vida laboral en el que constan los períodos de alta en los distintos regímenes.

De acuerdo con el artículo 195 de la LGSS el período de carencia exigido para poder dar lugar una prestación de IP Total derivada de enfermedad común en causantes con 31 o más años se requiere un período genérico de cotización equivalente a un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha de cumplimiento de los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. Y además se precisa, un período específico de cotización, ya que un quinto del anterior período exigido deberá estar comprendido en los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante o en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada, sin obligación de cotizar.

El actor, [REDACTED] a fecha marzo de 2.021 tenía 61 años. La cuarta parte del tiempo transcurrido desde que cumple 20 hasta que es calificado asciende a 10 años y 273 días, es decir, 3.923 días.

El actor acredita alta en el RETA cabe entender que cotizado puesto que no se alega ningún descubierto), todas ellas posteriores a su calificación como invalido permanente en el RG, por un total 7.616 días, más de veinte años.

Por lo expuesto, debe estimarse la petición subsidiaria con la compatibilidad de ambas prestaciones.

TERCERO.- Por lo que se refiere al porcentaje de pensión (incremento del 20 %), como señala el TSJ de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 23 de octubre de 2.018, con cita de la jurisprudencia del TS sobre esta materia:

El artículo tercero del RD 463/2003, de 25 de abril (RCL 2003, 1140), por el que se modifica el artículo 38 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (RCL 1970, 1501, 1608), por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, añade un párrafo tercero en el apartado 1 de este último precepto en cuya virtud la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual se incrementará en un 20 por ciento de la base reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, cuando se acrediten los siguientes requisitos: por un lado, que el pensionista tenga una edad igual o superior a 55 años; por otro, que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social; y, por último que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo expresada en las SSTs de 15 de julio de 2015 (rcud. 2204/2014), 5 de julio de 2016 (rcud. 379/2015) y 16 de febrero de 2017 (rcud. 2535/2015) deben concurrir conjuntamente los tres requisitos que el precepto legal exige, por lo que "no basta con el cumplimiento de la edad de 55 años, y ni siquiera tampoco con el de no ejercer actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia; sino que es necesario, además, que no se ostente la titularidad real de un establecimiento mercantil en condición de propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Es palmario, que con esta regulación, el legislador quiere garantizar plenamente que el pensionista no ejerce actividad mercantil o comercial alguna, así como impedir que tenga acceso al incremento del 20% de la pensión quien continúa percibiendo ingresos económicos derivados de la explotación de un establecimiento mercantil, aun cuando haya cesado en la actividad profesional por la que era alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (...) La conjunta integración de estas situaciones daría lugar a que el afiliado al RETA causare baja en el mismo por aquella actividad cuando pasa a ser pensionista de incapacidad permanente total, aun cuando mantenga la titularidad del establecimiento mercantil cuya gestión y dirección se encomienda a una tercera persona, pero en este caso se vería privado de la posibilidad de percibir el incremento adicional del 20%, que ha de entenderse en suspenso mientras mantenga la titularidad del negocio y que podría ulteriormente reclamarse cuando se acredite la pérdida efectiva de dicha titularidad".

Y se añade en la STS 16 de febrero de 2017 que "(todo) ello debe ser acreditado por el interesado que, lógicamente debe justificar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos normativamente exigidos para obtener el incremento del 20% de la prestación y, en el supuesto concreto que se

examina, en especial debió acreditar que había abandonado la titularidad del establecimiento mercantil en el que desempeñaba su actividad como trabajador autónomo”.

No se aporta prueba tendente a probar este extremo por lo que debe rechazarse el incremento de porcentaje reclamado.

CUARTO.-Que conforme al artículo 191 de la LRJS contra la presente resolución cabe RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Que estimando parcialmente la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por D. [REDACTED] contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar la compatibilidad de las prestaciones de invalidez permanente TOTAL que el actor tiene reconocidas en el Régimen General y el RETA con efectos 14 de abril de 2.021, sin perjuicio de las regularizaciones que pudieran llevarse a cabo en el caso de percibir alguna otra prestación, condenado a la parte demandada a hacer efectiva la prestación del RETA en las condiciones señaladas.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que no es firme y contra ella cabe formular RECURSO DE SUPPLICACIÓN al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual deberá anunciarse en este Juzgado dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación de esta resolución, bastando para ello la mera manifestación de parte o de su abogado, o representante al hacerle la notificación de aquella, de su propósito de entablarlo o bien por comparecencia o por escrito de las partes, de su abogado, o su representante dentro del plazo indicado.

Si el recurrente no goza del beneficio de justicia gratuita deberá al tiempo de anunciar el recurso haber consignado la cantidad objeto de condena así como el depósito de 300 EUROS en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que tiene abierta este Juzgado con el número ES 55 0049 3569 92 000500 1274 en el BANCO DE SANTANDER, haciendo constar en el ingreso: concepto 2503 0000 00 nº de autos (4 cifras), año.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez [REDACTED] que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Juzgado. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se notifica la anterior resolución a las partes, por medio del Correo Certificado con acuse de recibo, conteniendo los sobres remitidos copia de la Sentencia dictada y Cédula de notificación. Doy fe.