

**MÁSTER EN DISCAPACIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y
ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA.**

VI Edición – Curso Académico 2019-2020.

Trabajo Fin de Máster.

TÍTULO:

**COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE GRAN
INVALIDEZ**

Autor: Carlos Javier Pérez San Blas.

Tutor: D. Luis Enrique de la Villa Gil.

INDICE

I. INTRODUCCION.

II. DISCAPACIDAD Y TRABAJO: 1. La Discapacidad. 2. El Agravio Socio-Económico. 3. La Inserción Laboral 4. La Discapacidad en el Trabajo.

III. LA INCAPACIDAD PERMANENTE LABORAL: 1. Concepto y caracteres. 2. Gradación y Grados. 3. La Incapacidad Permanente Absoluta. 4. La Gran Invalidez.

IV. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO:
1. Trabajo y pensión: 1.1. Criterio clásico: restrictivo. 1.2. Criterio intermedio: flexible. 1.3. Criterio actual: favorable. 1.4. Incidencia de la ley 27/2011.
2. Trabajo y revisión de grado.
3. Trabajo y futuras prestaciones.
4. Epílogo: Panorama actual.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Objeto del trabajo.

El contenido del trabajo tiene como destinatarios a un colectivo específico de personas con el siguiente perfil: persona en edad laboral, en la que confluyen simultáneamente la situación de discapacidad y el estado de dependencia.

Y el objeto de estudio es el régimen jurídico de compatibilidad/incompatibilidad a la hora de simultanear la percepción de:

- 1.- Una pensión contributiva de Gran Invalidez como prestación económica de la Seguridad Social.
- 2.- Los ingresos económicos y/o salariales derivados del trabajo por cuenta propia o ajena.

Fundamento y Justificación.

Este trabajo se fundamenta por:

- 1.- La situación de ambigüedad o indefinición de las normas jurídicas que regulan la materia. El paradigma de referencia es la redacción literal de el art. 198.2 del RDL 8/2015 de la LGSS que transcribo: “Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.
- 2.- La ausencia en el tiempo de una jurisprudencia consolidada en el TS que interprete y delimite de manera rigurosa el contenido y alcance del precepto,

así como la existencia de una doctrina diversa en los Tribunales de rango inferior en los casos ya planteados. A lo que hay que añadir las opiniones de diversa índole, en la doctrina científica publicada hasta ahora por los autores.

3.- La práctica habitual, y que casi podríamos catalogar como sistemática, de proceder del ISNN, a una revisión de grado dando lugar a una rebaja de la pensión e incluso a la pérdida de la calificación de incapacidad laboral, o en su defecto, a suspender el abono de la prestación, una vez que tiene constancia y le sea comunicada a la Entidad Gestora el inicio de una actividad laboral mediante el alta en la Seguridad Social.

La justificación del estudio se deriva del efecto de incertidumbre y generalmente disuasorio, que ese estado de hecho y de derecho aún no resuelto de manera inequívoca, provoca en el perfil del destinatario que tiene que tomar una decisión en esta encrucijada, y ante la duda suele optar por la postura menos arriesgada o más conservadora, pero también menos conveniente a sus propios intereses, o sea recibir la prestación pública y abstenerse del intento de reincorporarse al mundo laboral.

Resulta fundamental que la regulación jurídica de cualquier ámbito de actuación que afecte a las decisiones esenciales de la vida, aporte confianza legítima, pero como veremos el actual régimen de la Incapacidad Permanente genera cierta inseguridad jurídica que puede disuadir de trabajador a las personas con discapacidad ante el riesgo de perder su pensión.

Estructura, contenido y método del trabajo.

La discapacidad es un fenómeno complejo, cuya realidad se compone una suma de especificidades con un resultante global y diverso, por lo que su aproximación y estudio requiere de un enfoque holístico.

Para posicionarse sobre el debate de la compatibilidad/incompatibilidad entre trabajo y pensión, conviene previamente conocer que supone la discapacidad, y eventualmente en este caso la dependencia, cuales son sus repercusiones personales y familiares, así como su reflejo sobre la inserción social y laboral, antes de abordar la incapacidad laboral y específicamente la gran invalidez.

Por ese motivo es aconsejable anticipar una visión panorámica con la intención de iluminar el sistema institucional vigente, condicionado por diversas regulaciones enmarcadas en el Derecho Social, incorporando un capítulo previo en torno a la relación de la discapacidad con el trabajo, para después estudiar la incapacidad permanente laboral, y finalmente centrarnos a fondo en el debate planteado sobre la compatibilidad trabajo/pensión.

Razón por la que recomiendo al lector iniciado en el mundo de la discapacidad, soslayar el próximo capítulo para dar un rodeo directamente en este diseño estructural hacia los siguientes, que centrarán en profundidad el objeto del trabajo.

El marco teórico parte del actual régimen jurídico, diferenciando:

- a) Los Tratados Internacionales ratificados y principios inspiradores que resultan vinculantes.
- b) La Legislación interna desde su evolución y vigencia, así como su interpretación y/o necesaria actualización a la luz de aquellos.

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

Analizaremos la jurisprudencia de los Tribunales, en los supuestos de antecedentes ya planteados y resueltos, para iluminar el estado real, histórico y actual, de nuestro estudio.

Veremos también las publicaciones más destacadas que hayan abordado el tema, con la doctrina científica de los autores y juristas que se hayan posicionado al respecto, para sondear las posibles y diversas tesis aportadas.

El proceso metodológico parte del estudio bibliográfico, legal, jurisprudencial y doctrinal expuestos, y tras a consultar de fuentes oficiales los datos estadísticos que ilustren la situación real de la población en que concurren los factores citados (o sea trabajo, discapacidad y dependencia), en base a los resultados obtenidos y desde un punto de vista crítico-racional, plantear cuestionando en su justa medida los objetivos del debate en controversia, para comprobar la existencia de una respuesta adecuada.

Premisas, conclusiones y propuestas.

Como hemos planteado a la hora de seleccionar el tema que es objeto de este trabajo, partíamos de una premisa básica cuya presunta veracidad trataremos de verificar, cuyo origen es la experiencia basada en el conocimiento de un colectivo significativo de personas cercanas que ya han trasladado su preocupación por haberse visto afectadas. Sus características habituales son: joven o adulto laboralmente activo, que a consecuencia de un accidente, enfermedad o cualquier otra causa originaria o sobrevenida, deriva en una situación de discapacidad y/o dependencia que devenga la percepción de una pensión de Gran invalidez, con que atiende sus necesidades económicas vitales a la vez que, en ese momento y de cara al futuro, se plantea la posibilidad o incluso necesidad de reincorporarse a la vida laboral.

En base de esta posición a priori, se pretende investigar si se puede concluir que existe una relación de causa-efecto, entre el régimen jurídico vigente en la actualidad y su presión disuasoria o realmente excluyente sobre los afectados, hacia una efectiva inclusión laboral y por consiguiente también social, con todos los efectos colaterales que ello significaría. Relación motivada por la inseguridad jurídica debida a la ausencia de un criterio transparente y uniforme, y a la práctica obstruccionista de la Administración.

Relación de causalidad que nos permitiría arriesgarnos a formular propuestas de reformas, con recomendaciones que puedan aportar alguna luz en demanda de soluciones, dirigidas a despejar barreras a una efectiva reinserción social y laboral, compensando el injustificado agravio social y oneroso que supone convivir desde la discapacidad/dependencia, con el propósito añadido de aumentar el empleo (propio y ajeno) y la actividad económica, generando inercias de retorno económico a favor de la Hacienda Pública.

II. DISCAPACIDAD Y TRABAJO

1. La discapacidad.

El concepto de la discapacidad como fenómeno humano y sociológico ha experimentado una gran transformación a lo largo de la historia, generando diversos arquetipos que a su vez han auspiciado cambios de paradigma en todos los órdenes de la vida social, inspirando la acción política y la respuesta institucional en el tratamiento de la discapacidad.

Partiendo en nuestro Derecho del orden Constitucional, se enfocó la discapacidad desde una perspectiva *médico-rehabilitadora*, modelo que concebía la discapacidad desde las limitaciones de la persona, protagonista por sus deficiencias y que debía ser objeto de tratamiento sanitario y rehabilitador con el fin de adaptarla para reintegrarla de nuevo en la sociedad, y solo en el caso de que no fuera posible, suplir su indigencia con prestaciones económicas o asistenciales. Partía de una premisa perversa: la discapacidad era una anomalía, una deficiencia o enfermedad de la que su protagonista debía curarse para integrarse de nuevo en el entorno social. No obstante, en su momento supuso un importante avance respecto al anterior *modelo de prescindencia o exclusión*, caracterizado por la marginación social y que trataba a las personas con discapacidad como sujetos desprotegidos necesitados de tutela y beneficencia, o en el mejor de los casos objeto de políticas de asistenciales de carácter graciables.

En la actualidad, se abre camino el llamado *modelo social* que transforma el concepto de discapacidad¹ trasladando el problema de lo individual a lo colectivo, por considerar que la cuestión no radica en la propia discapacidad sino que en la desventaja que esa situación comporta a la persona en el ámbito social en el que se integra. Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y modo de opresión social, resultado de una sociedad diseñada para unas mayorías que *no considera ni tiene presente* a las personas diferentes, y donde la atención se traslada hacia el impacto de las barreras sociales y actitudinales discriminatorias, basadas en estereotipos culturales negativos que discapacitan a las personas por su diversidad con relación a los estándares sociales normalizados. El problema no reside en la persona sino en la propia sociedad y en las bases sobre las que esta se ha edificado, por lo que es necesario rehabilitar a esa sociedad basada en estructuras diseñadas para un prototipo de mayorías que excluye a las minorías, removiendo las barreras y obstáculos de un entorno hostil que discrimina, impidiendo la igualdad real y efectiva de derechos. En este contexto, la relación entre discapacidad y derechos humanos es evidente, pues las personas con discapacidad no tienen acceso en igualdad de condiciones que las demás a derechos que se consideran básicos como la educación, el trabajo o la cultura entre otros. El modelo social es el de los derechos humanos: las personas con discapacidad son parte de la diversidad humana, y como el resto también son sujetos de derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación.

¹ Mercader Uguina, J., Aragón Gómez, C. y otros: *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el Trabajo*. Thomson Reuters, 2013, pgs. 96 y 97.

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

Enmarcado en la vigencia de este modelo de inclusión y como primer tratado de derechos humanos de Naciones Unidas del siglo XXI, el 13 de diciembre de 2006, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante CDPD, que la define como un concepto que evoluciona resultado de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas y las barreras debidas a la actitud y al entorno, observa con preocupación que las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones que las demás en la vida social, y proclama la interrelación de la igualdad con todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Destaca en sus arts. 3 y 5 como principios generales, la igualdad de oportunidades y la no discriminación por motivos de discapacidad, así como la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, imponiendo a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho.

La CDPD concibe en su art. 2 la discriminación por motivos de discapacidad, como cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito u obstaculice dejando sin efecto, el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en todos los ámbitos social, económico o laboral. Expresa su art. 8 el compromiso de los Estados Partes para adoptar medidas efectivas a fin de promover el reconocimiento de las capacidades, méritos y habilidades de las personas con discapacidad, y de sus aportaciones en el lugar de trabajo y el mercado laboral. Sobre trabajo y empleo, el art. 27 asegura a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, lo que incluye: tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo en un mercado y entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles; impone la obligación de promover y salvaguardar el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo; la promulgación de legislación y la adopción de medidas para prohibir la discriminación, proteger los derechos laborales y sindicales; el acceso a programas de colocación y formación profesional; promover oportunidades empresariales y de empleo por cuenta propia; emplear a personas con discapacidad en el sector público; promover el empleo en el sector privado mediante políticas que incluyan programas de acción positiva, incentivos y otras medidas; realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo; el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo.

Para indagar que orientaciones deberían inspirar el desarrollo normativo en materia de discapacidad, nos ofrece una pista el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social², en adelante LGDPD, que en su art. 1 señala como objeto garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de

² BOE--A-2013-12632, núm. 289, de 3-12-2013.

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

condiciones respecto que el resto, a través de la promoción de la autonomía personal, la accesibilidad universal, el acceso al empleo, la inclusión en la comunidad, la vida independiente, y la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la CE, la CDPD y demás Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España.

La Convención ha sido ratificada por España en diciembre de 2007, además de haber firmado el Protocolo Facultativo, y entró en vigor en mayo de 2008 lo que supuso su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Conforme el art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la misma reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Con ello los Tratados Internacionales, además de su vigencia como derecho interno una vez ratificados (art. 96.1 CE), adquieren un valor decisivo como referentes para interpretar el texto constitucional³, abriendo la puerta al Derecho Internacional de los derechos humanos, puesto que aunque no se da propiamente rango constitucional a los Tratados de Derechos Humanos, en la práctica se convierten en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y las libertades públicas que regula la Constitución, y determinan los perfiles exactos de su contenido por lo que constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce⁴. Y no sólo el texto de los Tratados sino también la interpretación de los mismos por los órganos jurisdiccionales, como fuente del Derecho, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en especial la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho y como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad constitucional del art. 1 CE, tiene un doble aspecto, formal y material, inseparables y complementarios como las dos caras de una misma moneda.

Su carácter formal viene recogido en el art. 14, como igualdad ante la ley y prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Entre la serie de motivos específicos no se incluye expresamente como discriminación a la desigualdad de trato por razón de discapacidad, pero ello no es obstáculo para su calificación pues la lista no constituye un *numerus clausus* y se cierra con una cláusula genérica. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, señalando que “la discriminación tal como es prohibida por el art. 14, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, en que concurren de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana, no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado por lo que es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Prohibiciones de

³ SSTC 116/2006, de 24 de abril (BOE núm. 125, de 26-5-2006); 198/2012 de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28-11-2012); 61/2013 de 14 de marzo (BOE núm. 86, de 10-4-2013).

⁴ SSTC 28/1991 de 14 de febrero (BOE núm. 64, de 15-3-1991); y 292/2000 de 30 de noviembre (BOE núm. 4, de 4-1-2001).

discriminación que implican un juicio de irrazonabilidad establecida *ex constitutione*, e imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica” (SSTC 269/1994 y 182/2005). Propio del pensamiento liberal, en el que todos somos iguales y hemos de recibir el mismo tratamiento, la igualdad supone un deber de abstención de cualquier arbitrariedad y una tutela represiva contra los actos discriminatorios, que es eficaz para reparar los ya detectados pero no los comportamientos discriminatorios omisivos generalizados en una sociedad cargada de prejuicios.

Por eso sería por sí solo ineficaz para garantizar la igualdad esa prohibición de actos discriminatorios, si no va acompañada de medidas que garanticen que esa libertad sea real y efectiva. Ese es el aspecto material, recogido en el art. 9.2 CE, que ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Se fundamenta en la premisa contraria, de que realmente no todos somos iguales, y que las desigualdades de partida deben ser corregidas con medidas de acción positivas que compensen la desigualdad real, y lo ampara nuestro Tribunal Constitucional al admitir “la legitimidad de un derecho desigual igualatorio” (SSTC 128/1987 Y 229/1992), señalando que la finalidad de erradicar una discriminación o desventaja existente, puede ser un argumento justificador de diferencias de trato, siendo preciso que se produzca en un ámbito en el que efectivamente exista una situación real de desventaja, y que la medida diferenciadora sea adecuada para la corrección de la misma.

La principal consecuencia del principio de igualdad es la obligación de los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva, que se definen en el art. 2 LGDPD como aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad, y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural. Son medidas de acción positiva por ejemplo, la reserva de plazas a personas con discapacidad en el acceso al empleo público así como reserva de puestos de trabajo en las empresas privadas, y que en sí mismas no sólo no son contrarias a la igualdad, sino que la hacen posible y efectiva, ya que intentan promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, entendido como el derecho de todos a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación⁵.

En este contexto, destaca el art. 49 CE que impone a los poderes públicos la obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, amparando a este colectivo con el objeto de que puedan disfrutar de los derechos que el título primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra el derecho al trabajo (art. 35 CE). Su ubicación en los principios rectores de la política social y económica de la Carta Magna, o sea dentro de

⁵ SSTC 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

los denominados artículos sociales necesitados de desarrollo legislativo, se caracterizó desde un inicio como voluntarista al expresar el compromiso de llevar a cabo por parte de los poderes públicos la política social y asistencial que se detallaba en aquellos, pero sin configurar verdaderos derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales en tanto no tengan cobertura legal expresa, no obstante lo cual no se puede obviar su carácter de mandato programático e informador del ordenamiento jurídico.

Transcurrido ya algo más de una década, la Convención significó un cambio radical en las políticas sobre discapacidad en el que todavía estamos inmersos, y que debe abrir un proceso de reflexión con el fin de verificar en qué medida se da cumplida respuesta a los objetivos fijados por Naciones Unidas. Entre ellos, la integración laboral de las personas con discapacidad constituye una pieza clave para lograr su inserción en la sociedad, por lo que resulta determinante que la regulación jurídica de las prestaciones públicas no tenga una influencia inhibitoria en el acceso al mercado de trabajo⁶. En septiembre de 2011 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, formuló unas Observaciones sobre el informe inicial presentado por España, donde destacó como aspectos positivos los progresos hechos en los sectores de la salud, la vivienda, el empleo, la igualdad de oportunidades y no discriminación y la accesibilidad universal, y también la adopción de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012. Sin embargo, como principales motivos de preocupación en el ámbito de los derechos específicos, y en particular en el derecho al trabajo del art. 27 CDPD, y pese a la existencia de una serie de disposiciones destinadas a mantener empleadas a las personas con discapacidad, el Comité mostró su inquietud por la baja tasa general de empleo de las personas con discapacidad, y recomendó elaborar programas abiertos y avanzados para aumentar las oportunidades de empleo de las mujeres y los hombres con discapacidad.

En el ámbito de la Unión Europea (primera organización de integración regional que ratificó el Convenio), el Comité examinó su informe inicial y aprobó en septiembre de 2015 unas Observaciones finales, destacando como aspecto positivo las actividades a realizar para el período de programación 2014-2020 con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos dirigidos a promover la igualdad, la no discriminación, la inclusión y la accesibilidad para las personas con discapacidad, pero señalando como principales motivos de preocupación sobre derechos específicos, en particular sobre el trabajo, las elevadas tasas de desempleo, especialmente de las mujeres y personas con discapacidad intelectual o psicosocial, en comparación con otros grupos de población en la Unión Europea, recomendó adoptar medidas eficaces para promover y aumentar sus tasas de empleo en el mercado laboral abierto, impartiendo formación sobre los ajustes razonables y la accesibilidad en el contexto del empleo; también mostró su preocupación porque las instituciones de la Unión Europea, como de administraciones públicas no fueran modélicas en el empleo de personas con discapacidad, recomendando su aumento.

⁶ VERDUGO, M. A.: *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2009, pgs. 75, 82 y 83.

2. El agravio socio-económico.

La discapacidad conlleva como ya hemos planteado, no solo una desventaja por las barreras del entorno social en el que se integra la persona, sino que además *produce* unas consecuencias económicas negativas como resultado de una mayor dificultad en el normal desarrollo de la vida socio-económica, tanto por la vía de detracción de ingresos procedentes de la actividad y el empleo, como por un incremento de los costes que supone convivir con una discapacidad, sufriendo un agravio económico comparativo⁷ con el resto de la población “normalizada”. El empleo es un elemento esencial en la vida personal y social, pero las enormes dificultades que suelen tener las personas con discapacidad para integrarse en el mercado de trabajo, ocasionadas tanto por su propia discapacidad como por la insuficiente adaptación de las condiciones labores, supone que sean arrancadas del contexto laboral. Desventaja que añadir a los costes adicionales que se derivan de su situación, y que pueden adoptar la forma de gastos suplementarios en la adquisición de los bienes necesarios como ayudas técnicas, ortoprótesis y productos de apoyo, el pago de servicios de desplazamiento mediante transporte adaptado, o los relacionados con la contratación de asistencia personal, así como derivados de tratamientos médicos, farmacológicos, terapéuticos y rehabilitadores; siendo gastos especialmente significativos por su cuantía, las inversiones en la adquisición de vivienda adaptada o en las obras necesarias para la habitabilidad del hogar dirigidas a la mejora de su accesibilidad.

Esta connotación diferencial de la discapacidad, eventualmente en caso de dependencia, no es solo una circunstancia personal que concierne de modo exclusivo a la persona que la protagoniza, sino que también le trasciende impactando a su entorno familiar, lo que hace que los hogares con miembros con discapacidad presentan mayores dificultades para el desarrollo de su vida económica, laboral y social, aumentando su vulnerabilidad y riesgo de exclusión. El impacto económico que ocasiona la discapacidad en el ámbito familiar, se refiere tanto al incremento de los gastos necesarios para atender sus necesidades materiales, como al apoyo permanente que requiere la persona con discapacidad y que con frecuencia es asumido por uno de sus miembros. Los cuidadores familiares aunque trabajen, ven limitado disponer del tiempo necesario en formarse para acceder a un empleo mejor remunerado o promocionarse en el que ya tienen. Según los datos de la EDAD, en el total de los hogares la principal fuente de ingresos es el trabajo con un porcentaje del 73%, pero desciende hasta el 49,5% en aquellos donde hay una persona con discapacidad. Contraste indudable que revela que la discapacidad es un factor que agrava el riesgo personal y familiar de exclusión laboral y social.

El agravio comparativo económico que sufren las personas con discapacidad y sus familias, genera una magnitud oculta por intangible y no cuantificable, que afecta en mayor medida a las familias de menos ingresos, de manera cuanto menor es la capacidad económica también lo es el gasto realizado, pero mayor

⁷ Jiménez Lara, A. y Huete García, A.: *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pgs. 36 y ss. y 41 y ss.

su proporción sobre el presupuesto familiar. Al no poder afrontarlos pagando por ellos, son los propios familiares quienes cubren las necesidades con dedicación en apoyo y cuidados no retribuidos, lo que implica costes de oportunidad⁸ personal y familiar al tener que renunciar a otras actividades laborales retribuidas, y que repercute en una menor nivel y calidad de vida. Son generalmente las mujeres las que asumen la mayor parte de las tareas familiares y domésticas, a quienes les resulta difícil conciliar vida familiar y laboral, viéndose con frecuencia obligadas a abandonar su trabajo y renunciar a una vida profesional, sacrificio que se traduce en desigualdades que se incrementan en contextos de crisis económica como la actual.

Ese agravio económico de menores ingresos y mayores gastos, apenas se compensa con la aplicación de algunas deducciones y beneficios fiscales, que además aprovechan fiscalmente a las familias con más capacidad económica, y también con servicios y prestaciones sociales orientadas a las familias de menos recursos pero que apenas se ajustan a sus necesidades reales. Las implicaciones económicas de la discapacidad⁹, conllevan un importante volumen de gasto público y privado de creciente importancia en sectores que generan empleo vinculado a las actividades de atención a la discapacidad y dependencia, y que deberían ser objeto de atención en las políticas legislativas para dar una respuesta justa a sus legítimas aspiraciones y lograr una inclusión acorde con una sociedad más justa y cohesionada.

Son evidencias sobre la relación entre discapacidad y exclusión social¹⁰:

- La discapacidad tiene importantes repercusiones en la economía personal y familiar que se traducen, en una menor capacidad de generación de ingresos, en la necesidad de asumir gastos adicionales, y en costes de oportunidad que gravan los presupuestos familiares; discriminación que impide disfrutar de un nivel de vida equiparable al resto de la población.
- La inclusión educativa y las tasas de alfabetización presentan indicadores inferiores en la población con discapacidad, que contribuyen a la discriminación en su inclusión laboral y social.
- La exclusión del mercado laboral se extiende a la persona con discapacidad y a otros miembros del hogar, por la dificultad para compatibilizar actividades laborales y asistenciales al familiar con discapacidad.
- La discapacidad se asocia a un mayor riesgo de pobreza, cuya tasa estadística se incrementa significativamente en los hogares en los que reside algún miembro con discapacidad, con relación a la población general.

⁸ Jiménez Lara, A. y Huete García, A.: *Estudio sobre el agravio comparativo*, cit., pgs. 72 y ss.

⁹ La menor capacidad económica y por tanto contributiva producida por los gastos necesarios para atender la discapacidad ha llegado a ser cuantificada en un Estudio realizado por el Ayuntamiento de Barcelona en el año 2006. También la Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual o el Desarrollo (FEAPS), ha realizado un Informe del sobreesfuerzo económico que la discapacidad intelectual o del desarrollo ocasiona en la familia en España en el año 2014.

¹⁰ Huete García, A., Tesis Doctoral: *La discapacidad como factor de exclusión social, Evidencias empíricas desde una perspectiva de derechos*. Salamanca, 2012, págs. 85 y ss.

3. La Inserción Laboral.

Las políticas activas de empleo tienen como objetivo favorecer la integración laboral de aquellos colectivos que presenten especial riesgo de exclusión o mayores dificultades de inserción laboral. La participación en el mercado de trabajo en un contexto de crisis económica y alta competitividad, conlleva el riesgo de que ciertos segmentos sociales queden excluidos. Grupo vulnerable y propenso a ser considerado dentro de este sector de riesgo, las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de demostrar sus capacidades en el mercado laboral y en igualdad de oportunidades, lo que demanda medidas adicionales que garanticen el ejercicio real y efectivo del derecho al trabajo. La plena inserción en la sociedad de las personas con discapacidad tiene como pieza clave su inclusión laboral, con el objetivo de promover su plena participación y calidad de vida, a través del empleo.

En la evolución de nuestro ordenamiento jurídico hacia las políticas activas de inserción en materia laboral, destaca un primer y notorio avance en la ya derogada Ley 13/1982¹¹, 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en adelante LISMI, que estableció un cupo de reserva de puestos trabajo en empresas públicas y privadas, seguida del Real Decreto 1451/1983¹². Se inicia así un largo proceso normativo en el que se reguló el mercado de trabajo protegido en los Centros Especiales de Empleo por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, en los Enclaves Laborales por el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, y el Empleo con Apoyo en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio¹³, un sistema mixto calificado a la vez de integración y segregación en un progresivo tránsito hacia el mercado laboral ordinario. Como principal novedad se crea la figura del asistente personal para impulsar el acceso normalizado al mercado de trabajo, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹⁴.

En el marco de las políticas activas de empleo vigentes, el SEPE publica¹⁵ las medidas de ayuda dirigidas a incentivar la integración de trabajadores con discapacidad en el mercado ordinario del trabajo¹⁶, tanto por cuenta propia como ajena, que resumimos a continuación:

¹¹ BOE núm. 103, de 30-4-1982.

¹² Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, de empleo selectivo y medidas de fomento a la contratación de trabajadores minusválidos, (BOE 133, de 4-6-1983).

¹³ BOE: núm. 294, de 9-12-1985; núm. 45, de 21-2-2004; y núm. 168, de 14-7-2007.

¹⁴ BOE núm. 299, de 15-12-2006.

¹⁵ Disponible en Internet: <<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/integracion-laboral-discapacidad.html>>

¹⁶ Normativa:

- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 289, de 3-12-2013).
- Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 261, de 31/10/2015).
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (BOE 185, de 03/08/1984).

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

1º) Cuota de Reserva.- Las empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores que exceda de 50 estarán obligadas a emplear un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2%, salvo convenio colectivo o voluntad del empresario, siempre con carácter excepcional y aplicando las medidas alternativas. En las ofertas de empleo público se reservara un cupo no inferior al 7% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.

2º) Contrato de trabajo indefinido.- Subvenciones por contrato indefinido a una persona con discapacidad, cuya cantidad es proporcional en función de la duración de la jornada. También por la adaptación de puestos de trabajo, la dotación de equipos de protección o la eliminación de barreras. Bonificaciones anuales de las cuotas de la Seguridad Social durante la vigencia del contrato, según grado de discapacidad, edad y sexo. Deducciones de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades, por persona y año en que se haya incrementado el promedio de trabajadores en plantilla y según grado de discapacidad.

3º) Contrato Temporal de Fomento del Empleo.- Bonificaciones anuales de las cuotas de la Seguridad Social durante vigencia contrato, en función del grado de discapacidad, grupo de edad y sexo. Incentivos por adaptación de puestos. Si el contrato se transforma en indefinido en cualquier momento, se aplicarán las mismas bonificaciones y subvenciones que las del contrato indefinido.

4º) Contrato para la Formación y el Aprendizaje.- Reducción de cuotas empresariales a la Seguridad Social en función del tamaño de la plantilla, y bonificación de las cuotas de cotización de los trabajadores durante la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas, que se mantiene durante tres años por transformación a la finalización, cualquiera que sea la fecha de su celebración.

-
- Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad (BOE 94, de 20/04/2005).
 - Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 312, de 30/12/2006).
 - Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 233, de 28/09/2013).
 - El Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE 255, de 24/10/2015).
 - Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 255, de 24-10-2015).
 - Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje (BOE 270, de 09/11/2012).
 - Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE 298, de 13/12/2002).
 - Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE 166, de 12/07/2007).
 - Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo (BOE 136, de 07/06/2007).
 - Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo (BOE 157, de 02/07/1985).
 - Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 162, de 07/07/2012).

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

5º) Contrato en Prácticas.- Bonificaciones durante vigencia contrato del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, que se prorroga por tres años por transformación del contrato a la finalización de su duración inicial o prorrogada, cualquiera que sea la fecha de su celebración. Si la duración del contrato es igual o superior a doce meses, la empresa podrá solicitar subvenciones para la adaptación del puesto, eliminación de las barreras o dotación de medios de protección personal.

6º) Contrato de Interinidad.- Bonificaciones del 100% de las cuotas de la Seguridad Social durante la vigencia del contrato.

7º) Empleo por cuenta propia o autónomo.- Subvenciones por establecimiento como trabajador autónomo, para el coste de los servicios prestados de asistencia técnica y cursos de formación. Reducción de los tipos de intereses de los préstamos de financiación para la constitución de la persona con discapacidad como trabajador autónomo. Reducciones (la llamada tarifa plana por un año) y Bonificaciones de diversa cuantía en las cuotas por contingencias comunes a la Seguridad Social, cuando se cause alta inicial en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o no hubieran estado en alta en los últimos 2 años inmediatamente anteriores.

8º) Capitalización de la Prestación por Desempleo.- Abono del valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones, por haber cesado de forma definitiva en su relación laboral, siempre que la actividad profesional que va a desarrollar sea como trabajador autónomo, o por la constitución o incorporación a una cooperativa o sociedad laboral o mercantil.

Estas medidas de acción positiva en materia laboral complementan la tutela antidiscriminatoria, que se regula en: la LISOS¹⁷ califica y sanciona como infracciones muy graves, el acoso o las decisiones unilaterales desfavorables de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas, solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos, entre otros de discapacidad; la LGDPD que regula en su título 3º las Infracciones y Sanciones en materia de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal, y donde se considera y sanciona como infracciones graves muy graves, los actos u omisiones discriminatorios, el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable, así como cualquier forma de presión ejercida o conducta de acoso relacionada con la discapacidad; el ET que prohíbe la discriminación en las relaciones laborales, declarando nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, que den lugar en el empleo a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón, entre otras, de discapacidad.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE-A-2000-15060, núm. 189, de 8-8-2000).

4. La discapacidad en el trabajo.

Para indagar en la eficacia que han tenido todas estas medidas, examinamos los datos publicados por los Organismos Públicos sobre la situación laboral de las personas con discapacidad, y así poder extraer conclusiones.

En abril de 2019, el SEPE publicó el *Informe Estatal del Mercado de Trabajo de las personas con discapacidad*¹⁸, con la finalidad de presentar un análisis de la situación del mercado de trabajo a través de las principales variables que lo configuran por sectores y actividades económicas. Se estructura en una serie de capítulos con una panorámica general de la situación laboral de la población con discapacidad, y de cuyo contenido solo nos ocuparemos en detalle para extraer datos oficiales, de la población laboral, la demanda de empleo y el registro de la contratación, así como de la afiliación a la Seguridad Social.

En 2018, la población total en edad laboral en España ascendía a 30.180.600 personas, de las que tenían reconocida algún tipo de discapacidad 1.899,800 personas, lo que supone pues el 6,3%. La distribución de la población según la edad presenta notables diferencias entre las personas con discapacidad y las que no la tienen. Entre las primeras, el 5% era menor de 25 años, el 25% entre 25 y 44 años, y el 70% mayor de 45 años. Entre las segundas, el 14% era menor de 25 años, el 44% entre 25 y 44 años, y el 42% mayor de 45 años. La distribución por sexos de la población en edad laboral con discapacidad tiene un reparto del 57% para los hombres y del 42% para las mujeres, siendo los hombres mayoría en los tres tramos de edad. Mientras en las personas sin discapacidad la población se reparte mucho más equitativamente, alrededor del 50% para cada sexo. Se desagrega a la población con discapacidad en función de las tipologías; la mayor parte tienen reconocida una deficiencia física con el 45%, le sigue con el 26 % las que tienen una psíquica, y el 10% una sensorial.

Como datos oficiales de contratación y demanda de empleo¹⁹, el número de contratos registrados en los Servicios Públicos de Empleo durante el año 2018 superó los 22 millones, de los cuales, 339.191 se formalizaron con personas con algún tipo de discapacidad. Esta cifra representa el 1,52 % de la contratación total registrada, pero hay que destacar que la representación de las personas con discapacidad ha ido aumentando de forma continuada si lo comparamos con la situación registrada en el año 2007, inicio de la última crisis económica, en el que el colectivo representaba solo el 0,88%. En cuanto al paro registrado en los Servicios Públicos de Empleo ascendía a 3.202.297 personas, de las que 143.553 son personas con discapacidad y representan el 4,48% del total, porcentaje que en los últimos diez años ha aumentado cada año desde el 2,06% en 2009. Mientras que las personas sin discapacidad han visto reducir su número de parados en el decenio en 783.937, en las personas con discapacidad se registra un ascenso de 62.631 personas paradas más.

¹⁸ Disponible en Internet: <<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-discapacitados.html>>

¹⁹ Fuente: Elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE).

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

Los datos de afiliación de ocupados a la Seguridad Social²⁰, en diciembre de 2018, el número en toda España era de 18.914.563, de los que las personas con discapacidad alcanzaron la cifra de 269.736, lo que representa el 1,43 % del total de cotizantes. Por edad, la mayor parte de los trabajadores con discapacidad afiliados tienen una edad de 45 o más años, representando el 57,40 % del total, mientras en las personas sin discapacidad no llegan al 45 %, por lo que al tener más edad que el resto es considerando que como un colectivo especialmente envejecido. Por sexo, de los trabajadores con discapacidad afiliados el 60,27 % son hombres y el 39,73 % son mujeres, a diferencia con el resto de afiliados donde la distribución es del 53,39% y 46,61%, respectivamente. La evolución en el periodo desde 2014 a 2018, seguía un ritmo progresivo con incrementos anuales por encima del 3 %, que se tradujo en un aumento total del empleo de más de 2 millones de afiliados, de mayor intensidad para las personas con discapacidad con un aumento acumulado en ese quinquenio del 40,73%, siendo también son los mayores de 45 años los que han crecido más en el número de empleados.

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística realizada con periodicidad anual la operación estadística *El Empleo de las Personas con Discapacidad*²¹, con información en la que se integran los datos estadísticos de la Encuesta de Población Activa (EPA), con datos administrativos registrados en la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad del IMSERSO, en el Registro de Prestaciones Públicas del INSS, en el Sistema para Autonomía y Situación de Dependencia y en la Tesorería General de la Seguridad Social. Los últimos datos publicados en diciembre de 2019, corresponden al año 2018. El ámbito poblacional del estudio incluye a las personas en edad laboral (de 16 a 64 años), con un grado reconocido de discapacidad igual o superior al 33%, y también a los pensionistas por incapacidad permanente asimilados (artículo 4.2 LGDPD). Examinamos la participación de las personas con discapacidad en la actividad económica, mediante los indicadores de la EPA de la población activa (ocupada y parada) y la inactiva, por ofrecernos la mejor imagen que refleja la situación real del colectivo al contener datos estimativos de gran fiabilidad.

La *población laboral activa* total en 2018 era de 22.606.500 personas, y de los que 654.600 eran personas con discapacidad, por lo que su *tasa de actividad* fue del 34,5%, aumentando un 0,6% los últimos 4 años. Tasa inferior en 43,1 puntos, a la de la población sin discapacidad que fue del 77,6%, disminuyendo en 0,5% en los últimos 4 años. Por sexos, dentro de esta población activa con discapacidad se observó mayor porcentaje de hombres con el 58,4%, que de mujeres con el 41,6%. Por edad, más peso del grupo de 45 a 64 años con el 61,7%, disminuyendo al 34,7% para el grupo de 25 a 44 años, y solo el 3,6% para el de 16 a 24 años. Por nivel de estudios, mayor representación de personas con estudios secundarios y programas de formación e inserción laboral con el 62,2%, que el de superiores con el 26,0%, y solo el 11,7% para el de primarios y analfabetos. La participación laboral está muy determinada por

²⁰ Fuente: Elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, 31 de diciembre 2018.

²¹ Disponible en Internet:

<https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736055502&idp=1254735976595>

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

el tipo e intensidad de la discapacidad. La tasa de actividad para el grado de menor intensidad (33% a 44%) fue del 55,7%, y disminuyó progresivamente hasta el 10,7% para el grado mayor (75% y más) de discapacidad. Por tipología, las personas con deficiencias auditivas presentaron las mayores tasas con el 58,0%, y las que tenían mental las menores con el 29,1%.

La *tasa de empleo* de las personas con discapacidad fue del 25,8% (489.500 personas ocupadas), aumentando el 2,4% en los últimos 4 años. Tasa de empleo inferior es más de 40 puntos a la de las personas sin discapacidad que fue del 65,9%, aumentando 5 puntos porcentuales en esos 4 años. Por sexos, dentro de esta población ocupada con discapacidad se observó mayor porcentaje de hombres con el 58,3%, que de mujeres con el 41,7%. Por edad, más peso del grupo de 45 a 64 años con el 65,1%, disminuyendo con el 32,9% para el grupo de 25 a 44, y solo el 2% para el de 16 a 24 años. Por nivel de estudios, mayor representación de personas con estudios secundarios y programas de formación e inserción laboral con el 59,3%, que el de superiores con el 30,3%, y solo el 10,5% para el de primarios y analfabetos.

La *tasa de paro* para el colectivo de personas con discapacidad fue del 25,2%, lo que suponen 165.100 personas, disminuyendo el 5,8% en los últimos 4 años, Superó en más de 10 puntos a la tasa de paro de la población sin discapacidad que era del 15,1%, y que disminuyó el 6,8 % en ese plazo. Por sexos, en la población con discapacidad en paro había mayor porcentaje de hombres con el 59%, que de mujeres con el 41%. Por edad, mayoría de personas de 45 a 64 años con el 51,6%, por encima del 40% para el comprendido entre 25 a 44, y del 8,3% para el de 16 y 24 años. Por nivel de estudios, mayor representación de desempleados con estudios secundarios y programas de formación e inserción laboral con el 70,8%, que el de primarios y analfabetos con el 15,6%, y el de superiores con el 13,6%.

Las medidas destinadas a fomentar la actividad laboral del colectivo en el empleo ordinario, como las reducciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, tanto para trabajadores asalariados como autónomos, beneficiaron al 27,7% de los que cotizaron. Y la modalidad de contratación específica para trabajadores con discapacidad asalariados, que conlleva subvenciones además de bonificaciones en las cuotas, aprovechó al 27,4%.

Percibieron Prestaciones Sociales Públicas en forma de pensiones y subsidios, el 12% del total de personas en edad laboral durante 2018. En el caso de las personas con discapacidad en edad laboral (que recordemos sumaban 1.899,800), se beneficiaron de alguna prestación pública el 66,8% (1.268.200), de las que el 20,5% (260.100) eran activas y el resto inactivas (1.008,100). Entre las personas con discapacidad receptoras de prestaciones, el 81,5% la recibió debido a una incapacidad laboral (1.033.100), de las cuales a su vez el 30,6% permanecían activas. Solo el 2,9% lo hicieron en términos no contributivos, sin haber cotizado previamente por ellas.

Respecto de la implantación del *Sistema de Dependencia*, en el año 2018 tenían también oficialmente reconocida la situación de dependencia 289.300

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

personas con discapacidad en edad laboral, lo que supone el 15,2%. De estas, 25.100 personas, o sea el 8,7%, permanecieron laboralmente activas.

La distribución salarial entre personas con y sin discapacidad, constituye un dato relevante para reflejar su posición en el mercado laboral. El INE publica anualmente la operación estadística *El Salario de las Personas con Discapacidad*²². La última actualización se publicó el 19 de septiembre de 2019, con los datos relativos al año 2017. El ámbito poblacional comprende los trabajadores asalariados con discapacidad, que cotizan por cuenta ajena al Régimen General de la Seguridad Social. El salario medio anual bruto de los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad fue de 19.726,2 €, cifra menor en un 17,0% que la de las personas sin discapacidad que fue de 23.764,8 €; diferencia que se reducía a medida que aumentaba el nivel salarial. Respecto a su evolución en el tiempo, si examinamos la serie estadística del período 2010 al 2017²³, observamos que las diferencias salariales entre ambos colectivos se han incrementado con el transcurso de los años. Así en 2010, el salario medio anual bruto de los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad fue de 20.553.300 €, mientras que el de las personas sin discapacidad que fue de 22.842.600 €, por lo que la ratio salarial entre los trabajadores con y sin discapacidad fue del 90,0%, frente al 83,0% en 2017. Significa también que en este período y en términos absolutos, ha disminuido la ganancia salarial de los primeros y ha aumentado en los segundos.

Un factor que determina la posición de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo es el nivel de formación alcanzado, ya que en general a mayor nivel de estudios, mayores oportunidades de empleo y de mayor calidad. Respecto al *Nivel de Estudios en Personas con Discapacidad*²⁴ en el año 2018, el 16,9% del colectivo tenían estudios superiores, frente al 35,2% de personas sin discapacidad; estudios de secundaria y programas formación e inserción laboral, el 58,2% del colectivo, porcentaje similar que para el resto de la población; estudios de primaria el 20,0% para el colectivo, superior al 7,8% del resto; sin estudios el 4,9% del colectivo, frente al 0,4% del resto. Y si miramos la evolución en el tiempo analizando las series históricas, la situación ha mejorado en términos absolutos para el colectivo de personas con discapacidad, pero se mantienen las distancias relativas con el resto de la población. Así en el año 2009, los porcentajes de nivel de estudios eran respectivamente del 13,6%, 42,5%, 35,6% y 8,3% para el colectivo.

En base a toda esta profusión de cifras podemos concluir que, en materia de inserción laboral el aspecto más significativo para el colectivo de las personas con discapacidad en edad laboral es su baja participación en el mercado de trabajo, que las políticas legislativas hasta ahora analizadas son insuficientes, y que se demandan medidas adicionales que garanticen a las personas con discapacidad el ejercicio real y efectivo del derecho al trabajo.

²² Disponible en Internet: <https://www.ine.es/prensa/spd_2017.pdf>

²³ Fuente: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t22/p331/serie_anual/&file=01001.px>

²⁴ Fuente: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t22/p320/base_2015/serie/&file=06002.px>

III. LA INCAPACIDAD PERMANENTE LABORAL

1. Concepto y caracteres.

La incapacidad permanente es una de las contingencias cubiertas por nuestro sistema de Seguridad Social, que protege con una prestación económica (pensión vitalicia), a aquellos beneficiarios en situación de necesidad por falta de ingresos cuando, a consecuencia de un deterioro de su salud presumiblemente definitivo, vean disminuida en mayor o menor medida su capacidad para realizar su actividad laboral. Su finalidad consiste en sustituir aquellas rentas del trabajo que se han perdido, como consecuencia de la aparición de la incapacidad que le imposibilita al trabajador para continuar realizando la actividad profesional que desempeñaba con anterioridad.

La contingencia protegida está legalmente definida de una manera descriptiva, en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (EDL 2015/188234), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁵, en adelante LGSS, en su art. 193.1: “La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.”

La norma comprende un concepto general, que se define como una suma o yuxtaposición de una serie requisitos más una relación causal de conexión entre ellos. Esa definición legal se ha encuadrado doctrinalmente en el ámbito de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, dotándola de una indeterminación que facilita una interpretación flexible y una la aplicación más exacta para adaptarse a la realidad concreta, en lo que se ha denominado la unidad de solución justa (García de Enterría). Con ello, su alcance jurídico permite lograr el resultado que la norma preconiza y la solución justa, a cada caso personal, para el reconocimiento del derecho a la prestación²⁶.

Los rasgos o elementos definatorios de su carácter son:

1.- Elemento objetivo, de modificación del estado de salud por reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de valoración objetiva mediante dictamen médico. La objetividad en la valoración que la norma exige no debe entenderse en términos absolutos, sino que requiere que aquel diagnóstico esté fundado en el rigor científico que posibilita la ciencia médica para el conocimiento y valoración de las patologías y sus consecuencias. La exigencia de su determinación objetiva, pretende sustraerla de las alegaciones subjetivas del beneficiario, por lo que requiere que sea apreciable con criterios técnicos y científicos, mediante dictamen médico, teniendo en cuenta que la Medicina no tiene la consideración de una ciencia exacta.

No se trata la enfermedad en si misma considerada, ni de la alteración de la salud que ésta provoca, sino de la gravedad de las reducciones anatómicas o funcionales que generan. Ello es así, porque no toda incapacidad laboral puede considerarse como una enfermedad, puesto que hay deficiencias que inhabilitan total o parcialmente para el desempeño del trabajo y por tanto

²⁵ BOE-A-2015-11724, núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

²⁶ Alvarez de la Rosa, J.M.: *Invalidez Permanente y Seguridad Social*. Editorial Civitas, 1982, pg. 183.

revisten relevancia a efectos de la incapacitar, pero no por ello tienen necesariamente la misma consideración fuera del contexto laboral.

2.- Elemento subjetivo, ya que esas reducciones determinan unas condiciones que inciden gravemente disminuyendo, total o parcialmente, la capacidad laboral de la persona. Nuestro sistema tiene un carácter fundamentalmente profesional, que valora la capacidad residual para el trabajo que presente el afectado en su estado de salud. Es un concepto que se basa en criterios de capacidad laboral o profesional, basados en el déficit orgánico o funcional generado, siendo la disminución o anulación de esa capacidad, el elemento fundamental para la determinación de la incapacidad y de su grado. Ante la dificultad de prueba y en algunos supuestos, la jurisprudencia ha optado por aplicar el principio in dubio pro inválido, siempre y cuando la duda del juzgador no resulte vencida²⁷.

La jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que, determinadas secuelas producen un juicio subjetivo en cada realidad concreta, que no es extensible ni generalizable²⁸. Esta subjetividad genera un gran casuismo, que impide establecer criterios generales y uniformes, de ahí que se rechaza unificar doctrina en casación en esta materia²⁹. El Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 2015 (Rec. 1764/2014), aborda la difícil contradicción entre sentencias sobre incapacidad permanente, para señalar que sus decisiones no son extensibles ni generalizables dado que, en principio, lesiones aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en su incidencia sobre su capacidad de trabajo. De ahí que no sea esta una materia propicia para la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer el alcance del efecto invalidante, como por tratarse de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares, que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Su determinación y gradación concreta es una operación individual, en la que confluyen valoraciones médicas con criterios jurídicos³⁰. Doctrina reiterada y constante³¹, que como resultado colateral dificulta la aplicación del principio de igualdad del art. 14 CE³².

3.- Elemento causal, esto es la existencia de una relación de causalidad que deriva de la conexión entre las secuelas padecidas con la consiguiente restricción de la capacidad de trabajo, general o específica, y que es lo que determinará su concreta gradación. Es una concepción integradora basada en las lesiones, más las circunstancias personales y profesionales del afectado. Su determinación es el resultado de un complejo proceso de valoración conjunto de factores jurídicos, médicos y laborales, analizando en cada caso la relación causal entre las secuelas definitivas, la afectación personal y el

²⁷ SSTS 31 de octubre de 1981 y 19 de septiembre de 1988.

²⁸ STSS de 24 de junio de 1986 (RJ 1986, 3727) y 24 de enero 1989 (RJ 1989, 287).

²⁹ SSTS de 17 de enero de 1994 (Rec. 2908/1992), 24 de mayo de 1995 (Rec. 2339/1993), 18 de diciembre de 1996 (Rec. 371/1996), 27 octubre de 1997 (Rec. 4537/1996), y 27 de diciembre de 1999 (Rec. 783/1999).

³⁰ Montoya Melgar, A.: *Curso de Seguridad Social*. Thomson Civitas, 3ª Edición, pg. 380.

³¹ SSTS 19 noviembre 1991 (Rec. 1298/1990), 15 diciembre 1998 (Rec. 2034/1998), 27 octubre 2003 (Rec. 2647/2002), o 21 marzo 2005 (Rec. 2011/2004), entre otras muchas.

³² SSTC 74/1990 de 23 de abril (BOE-T-1990-12125, núm. 129, 30-5-1990) y 232/1991 de 10 de diciembre (BOE-T-1992-163, núm. 3, 3-1-1992).

quehacer profesional del sujeto. La correlación de estos factores nunca es exactamente la misma, lo que implica comprobar la existencia de una relación de causa/efecto entre el elemento objetivo de aquellas reducciones, con el elemento subjetivo de su incidencia en la capacidad laboral residual.

4.- Elemento temporal, que le dota de un carácter permanente o previsiblemente definitivo³³, o al menos debe existir una presunción de irreversibilidad de las reducciones de la salud porque no tengan posibilidad razonable de curación o rehabilitación. Nota de permanencia relativizada por la posibilidad de revisión en caso de mejoría, por lo que no es obstáculo legal para su calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral, siempre que se estime médicamente como incierta o a largo plazo (art. 193.1). Cede también la presunción, al admitir la evolución de la patología y la falibilidad pericial forense, que abre la vía de revisión de la calificación inicial, y a tal efecto el art. 200.2 LGSS señala que toda resolución, inicial o de revisión, debe hacer constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría. En el caso de que el pensionista estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, el INSS podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión haya o no transcurrido el plazo. También las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación. Revisión supone el reexamen del grado de incapacidad, para determinar su permanencia, modificación o incluso su desaparición.

5.- Elemento transitorio, de previa situación de incapacidad temporal, ya que generalmente tiene lugar después de extinguida esta por el transcurso de los plazos, prorrogas y límites temporales del art. 174.2 LGSS. Sin embargo la incapacidad permanente tiene sustantividad propia, y se puede acceder a ella directamente sin necesidad de pasar previamente por la incapacidad temporal en los casos del art.193.2, o sea que afecte a quienes carezcan esa protección, bien por encontrarse en situación asimilada a la de alta conforme al art. 166 que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia del art.155.2, bien en los casos de acceso desde la situación de no alta previstos en el art.195.4.

Y a estas excepciones legales, habría que añadir los casos de accidentes con pérdidas anatómicas o las lesiones súbitas y permanentes³⁴, o los supuestos anómalos en que la gravedad de las secuelas es irreversible³⁵. El Tribunal Supremo, sintetizando el criterio que subyace en esta excepción, señala que si bien es lo normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro de tipo transitorio, hay realidades patológicas que surgen de forma irreversible, cuando la misma se presenta en su total y completa patología³⁶.

6.- Elemento secuencial, dado que tiene un carácter adquirido o sobrevenido, aunque no impedirán la calificación de incapacidad permanente las reducciones anatómicas o funcionales existentes a la fecha de afiliación en la

³³ SSTs de 6 de abril y 19 de noviembre de 1990, (RJ 1990, 3129) y (RJ 1990, 8584).

³⁴ STS de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 187).

³⁵ Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Editorial Civitas 2002, pg. 267.

³⁶ STS de 26 de mayo de 1972 (RJ 1972 2898).

Seguridad Social, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación, como admite el art. 193.1 párrafo segundo LGSS.

Esta novedad introducida por la reforma de la Ley 35/2002, permite plantear y resolver una importante cuestión sobre si las lesiones ya diagnosticadas antes de la afiliación, pero luego agravadas como consecuencia del trabajo o por su propia evolución, se pueden o no tener en cuenta a los efectos de determinar una incapacidad permanente. Controversia que ha sido resuelta afirmativamente por la jurisprudencia al admitir una valoración unitaria de la lesión agravada con todas sus reducciones y secuelas³⁷, y no solo la diferencia entre las preexistentes y las sobrevenidas al tiempo de la solicitud de prestación. Se habilita así, la posibilidad de que personas con una discapacidad previa puedan acceder a la incapacidad permanente, sin que sea obstáculo el considerarla como sujeto de una enfermedad o lesión congénita o adquirida que lo impida, sino atendiendo únicamente a la agravación que disminuya su capacidad respecto al momento de inicio de la relación laboral.

Antes de continuar conviene remarcar que, discapacidad e incapacidad laboral, son figuras jurídicas diferentes que obedecen a una sistemática y criterios diferenciados, ya que la primera supone una reducción de la capacidad en general, mientras la segunda alude específicamente a su capacidad laboral. Sistemáticamente, la atribución de la condición de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la LGDPD, y se regula el procedimiento para su valoración y calificación en el RD 1971/1999, de 11 de febrero³⁸, que contiene en el baremo de las secuelas discapacitantes. La interpretación finalista, también atiende a distintos propósitos: la acción protectora de la incapacidad laboral atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio las normas de protección de la discapacidad, incluye también otras dimensiones como son la inclusión en la educación y en general en las actividades sociales, económicas y culturales.

La concurrencia de los respectivos campos de cobertura puede ser amplia, pero junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente a cada cual, y cuyos beneficiarios han de ser determinados mediante procedimientos diferenciados en ambos sectores del ordenamiento social. Por tanto es irrelevante en esta materia la previa calificación de discapacidad, siendo privativos los dos ámbitos en sus respectivos campos de cobertura legal, aunque pueden concurrir pasarelas de conexión, e incluso en alguna ocasión se les ha considerado como situaciones equiparables. Así la LGDPD, en su art. 4.2 considera a todos los efectos, que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33%, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. O sea, que toda persona declarada en situación de IP laboral, tiene reconocida de *iure* la calificación de discapacidad,

³⁷ SSTs de 28 de diciembre de 2006 (Rec. 4126/2005), 26 de septiembre de 2007 (Rec. 4227/2005), 21 de febrero de 2008 (Rec. 64/2007) y 19 de enero de 2009 (Rec. 1155/2008).

³⁸ BOE-A-2011-3174, núm. 42, 18-2-2011.

pero no a la inversa, aunque de *facto* lo sea. Sin embargo el Tribunal Supremo, en dos sentencias de 29 noviembre de 2018³⁹, declaró que ese artículo confunde los derechos de las personas con discapacidad con los de aquellas en situación de incapacidad laboral, que la norma se excede en sus competencias, y que el reconocimiento de una incapacidad laboral permanente no equivale automáticamente y a todos los efectos (sino única y exclusivamente a efectos de aquella ley) a la condición de discapacidad, por incurrir *ultra vires* en relación con la autorización concedida en la Ley 26/2011.

2. Gradación y Grados.

Una de las cuestiones más controvertidas doctrinalmente y litigiosas en los tribunales es la relativa a la determinación de los grados de incapacidad permanente. Dentro acción protectora del sistema de la Seguridad Social, cada uno de los grados de incapacidad reconocidos determina una especial extensión en su cobertura prestacional o *quantum* indemnizatorio, en función del estado de necesidad generado por la pérdida de ingresos profesionales.

Para su gradación se siguen dos criterios fundamentales: la capacidad profesional o de ganancia⁴⁰, según evalúe la incidencia de la lesión sobre el trabajo o la aptitud para obtener empleo. Gran parte de la doctrina científica (del Val de la Fuente, Alonso Olea, Tortuero Plaza, Álvarez de la Rosa, etc.) se inclina preferentemente por la capacidad de ganancias, de obtener rentas del trabajo, ya que incluye factores personales, sociales y de mercado que condicionan la capacidad real de acceder a un empleo, además que por definición capacidad laboral y de ganancias quedan vinculadas.

Sin embargo nuestro sistema de Seguridad Social sigue el primero basado en el criterio profesional, al igual que otros países de nuestro entorno como Italia, Alemania o Gran Bretaña. Efectivamente, se tienen en cuenta factores físicos (secuelas padecidas), laborales (profesiones en que incida), personales (reflejo vital o existencial) y sociales (entorno y mercado). En particular:

- La intensidad mayor o menor del efecto invalidante.
- Su repercusión en la capacidad laboral, genética o específica.
- La incidencia en su capacidad residual de ganancia.
- El reflejo en la vida personal que tiene para el afectado.

El Sistema español, se fundamenta en los dos primeros y en la repercusión de uno sobre otro, o sea en la extensión del efecto invalidante sobre la capacidad de trabajo, para la incapacidad parcial, total y absoluta. El tercero (factor socio-económico) para la llamada incapacidad permanente total cualificada, y el último (repercusión en la vida personal) es el específico de la gran invalidez⁴¹.

La calificación no se realiza por la consideración psicofísica o fisiológica de la lesión (ámbito clínico y sanitario), sino por su repercusión en la capacidad del trabajo (esfera profesional y laboral) del afectado, aunque es evidente la incidencia de la primera sobre la segunda.

³⁹ SSTs (Social) de 29-11-2018, nº 992/2018, Rec. 3382/2016; y nº 993/2018, Rec. 1826/2017.

⁴⁰ Barba Mora, A.: *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*. Aranzadi, 2001, pgs. 49 y ss.

⁴¹ De la Villa Gil, L. E. y Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, 1979, pg. 384.

El carácter marcadamente profesional de nuestro Sistema, exige que se valore la capacidad laboral residual que dejan en el afectado las secuelas tenidas como definitivas. La incapacidad permanente como propiamente laboral, se gradúa por la intensidad de su repercusión en la capacidad de trabajo, bien referida específicamente solo a la profesión habitual del causante, o bien genéricamente a su capacidad para cualquier trabajo si inhabilita por completo para toda profesión u oficio, otorgando a cada grado un diferente nivel de protección económica. Lo determinante no es la enfermedad que se padece, sino el déficit funcional u orgánico que la misma provoca, y por ello las limitaciones derivadas de su patología han de ponerse en relación con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la profesión habitual del trabajador, o en general con cualquier otra profesión u oficio. La realización de un quehacer asalariado implica en general, la posibilidad de efectuarlo con un mínimo de profesionalidad, en régimen de dependencia de un empresario, con desplazamiento al puesto de trabajo, durante la jornada laboral y sujetándose a un horario, con las exigencias que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros. Implica una profesionalidad ordinaria, con las exigencias adecuadas de continuidad, rendimiento, dedicación y eficacia⁴².

Para delimitar el grado de incapacidad permanente, también es necesario diferenciar si es genérica o específica.

La incapacidad genérica profesional, imposibilita al trabajador para desempeñar cualquier profesión u oficio, supone una total ineptitud para el desarrollo de los trabajos que podría realizar esa persona o cualquier otra, en las similares condiciones (edad, formación, entorno, etc.), y es en nuestro Sistema el criterio determinante de la IP absoluta. En cambio la incapacidad específica es el criterio seguido para la IP total y parcial, que hace referencia a la profesión que ejercía el trabajador antes del hecho causante (profesión habitual), siempre que su capacidad laboral residual le permita dedicarse a otras distintas. Sin embargo la gran invalidez se aleja ambos, y se basa en la incapacidad global extralaboral, de forma que el criterio diferenciador es la aptitud de la persona para realizar por sí misma los actos esenciales de la vida, como señala la doctrina del Tribunal Supremo que ha entendido la gran invalidez como ajena a criterios estrictamente profesionales, y en base a la consideración extraprofesional de las necesidades ordinarias del vivir⁴³.

Antes de estudiar esta gradación, hay que recordar el *status* transitorio de nuestra regulación legal, toda vez que en el aún vigente rige un sistema flexible de calificación abierta, en el que se definen cada uno de los grados de incapacidad, en función de las características personales y profesionales del trabajador afectado, pero el legislador está a la espera de un reglamento de desarrollo que opta por otro sistema de valoración por baremo. Y ello a pesar de la posición crítica de la mayor parte de doctrina iulaboralista, que entiende que supondría una clara regresión a un modelo obsoleto, que tratará de manera identitaria casos concretos que deben examinarse de forma casuística

⁴² STS de 16 de julio de 1988 (RJ 1988, 6153).

⁴³ SSTs 20 marzo 1967 (RJ 1967, 1179), 14 marzo 1972 (RJ 1972, 1193), 31 octubre 1974 (RJ 1974, 3994), 8 marzo 1976 (RJ 1976, 1027), 8 mayo 1978 (RJ 1978, 1937), 18 octubre 1980 (RJ 1980, 4016) y 24 noviembre 1981 (RJ 1981, 4597).

y con criterio individualizador. Dicho baremo, se objeta, debería tener un sentido orientador pero no vinculante, pues las generalizaciones comportan errores y este axioma es también válido en la incapacidad laboral.

Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social⁴⁴, con la finalidad según confiesa su exposición de motivos del establecimiento de una mayor seguridad jurídica, modificó el art. 137 LGSS/1994, estableciendo que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará en los grados de incapacidad permanente parcial, total, absoluta y gran invalidez. Esa calificación en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca, en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado, o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada antes de producirse el hecho causante. Para ello, la lista de enfermedades, la valoración de las mismas a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Y en su DT 5ª bis otorgaba al Gobierno un plazo de un año para aprobarlas, disponiendo que entretanto se siguiera aplicando la legislación anterior, plazo que caducó sin ser aprobadas. No obstante, la DT 26ª de la nueva LGSS/2015, prorroga *sine die* aquel plazo, al añadir que no entrará en vigor el nuevo art. 194 hasta que se aprueben aquellas disposiciones reglamentarias, por lo que continúa de aplicación en su redacción anterior el art. 137 LGSS/1994.

Los grados de incapacidad permanente vienen enumerados en ese art.137.1 LGSS/1994: “La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- d) Gran invalidez.”

La doctrina ha discrepado conceptualmente en el número (tres, cuatro o cinco) de grados existentes según el criterio seguido, según atienda solo a la capacidad laboral residual (incapacidad permanente parcial, total y absoluta), o también al contenido prestacional (incapacidad permanente total cualificada), e incluso a la situación de necesidad personal generada (gran invalidez).

Es incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma (art. 137.3). La prestación económica consistirá en una cantidad a tanto alzado.

Es incapacidad permanente total para la profesión habitual, la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 137.4). Se

⁴⁴ BOE-A-1997-15810, núm. 169, 16-7-1997.

entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine (art. 137.2).

La prestación económica es una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado, cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años. Su cuantía es del 55% de su base reguladora, salvo para la llamada incapacidad permanente total cualificada, creada tras la reforma de 1972 y basada en criterios de capacidad de ganancia, que tiene en cuenta factores personales, como la edad o formación, y sociales como el entorno económico o laboral, en que ese porcentaje se incrementa en un 20%.

Si bien es solo objeto de nuestro estudio el grado de gran invalidez, veremos primero y someramente la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, porque aunque son conceptos legales diferentes, sin embargo el legislador otorga a ambas figuras jurídicas el mismo tratamiento de compatibilidades, lo cual resultará decisivo más adelante a la hora de analizarla.

3. La Incapacidad Permanente Absoluta.

Se encuentra definida legalmente en el art. 137.5 LGSS/1994: “Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.” Esta rigidez literal en la definición legal, supone una ficción extrema que apunta a un supuesto casi de laboratorio, dado que resultaría de hecho difícil encontrar un caso tan radical que se pueda ajustar o constreñir a esa hipótesis, por lo que ha sido relativizada más adelante por la propia ley en su art.198.2, al permitir la realización de ciertas actividades sean o no lucrativas, y que se complementará con una interpretación jurisprudencial más flexible, que ha entendido la necesidad de que el término absoluto, no se interprete literalmente y de forma rígida, porque llevaría a la imposibilidad de su aplicación práctica, sino de forma flexible para posibilitar su aplicación a los diferentes supuestos, examinando las secuelas del trabajador y la capacidad que conserva para desempeñar una ocupación remunerada.

Es doctrina reiterada y constante, que la incapacidad permanente absoluta, supone la imposibilidad de realizar las tareas profesionales conforme a las exigencias de continuidad, dedicación y eficacia que todo trabajo comporta, y no la mera posibilidad del ejercicio esporádico de determinadas labores.⁴⁵ Implica la carencia de la capacidad necesaria para realizar la mayor parte de las profesiones u oficios, teniendo en cuenta que el desempeño de un trabajo suele suponer el desplazamiento diario y durante toda la jornada al centro de empleo, utilizando los medios de transportes públicos o privados, entender instrucciones y prestar atención, comunicar y relacionarse colectivamente, consumir eficazmente las tareas ordinarias, desarrollar una cierta actividad física, y con las exigencias de dedicación y diligencia para tener un grado

⁴⁵ SSTs de 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6326), 9 de febrero de 1987 (RJ 1987, 812) y 1 de febrero de 1988 (RJ 1988, 551), entre otras.

adecuado de rendimiento profesional⁴⁶. Más allá de conservar ciertas aptitudes para algunas actividades, se necesitan facultades reales para consumir con eficacia las tareas fundamentales que correspondan a un oficio, con el nivel de una categoría profesional, en el seno de una empresa.⁴⁷

Delimitada ya conceptualmente la IPA, solo nos queda añadir para el interés que nos ocupa, que la prestación que genera es una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora, determinada según la contingencia de la que se derive.

4. La Gran Invalidez.

Aparece definida legalmente en el aún vigente art. 137.6 LGSS/1994: "Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos."

La gran invalidez es por tanto uno de los grados de incapacidad permanente, y su reconocimiento *ex lege* como un grado autónomo, tuvo su origen en la LISMI, ya que en su DF 5ª modificó la redacción del art. 135.6 LGSS/1974, de manera que ya no se exigiría para la declaración de gran invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. La calificación de GI, no implicaba ya necesariamente, el previo reconocimiento de IPA.

No puede considerarse ya por tanto la gran invalidez, como señalaban algunos autores, una agravación de la absoluta, o sea una especie de incapacidad permanente absoluta cualificada, sino como un grado propio y autónomo, y no presupone la incapacidad genérica absoluta para todo trabajo⁴⁸.

Así viene reconocido reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo, que en sentencia de 22 de julio de 1996 (Rec. 4088/1995), citando las anteriores de 15 de noviembre de 1993 (Rec. 997/1993), y 18 de Julio de 1994 (Rec. 226/94), señala que "la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial y directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior, porque la modificación legal introducida por la DF 5ª de la LISMI, consiste en que no es preciso que el reconocimiento de la gran invalidez parta de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta."

En idénticos términos, las sentencias de 20 de noviembre de 2002 (Rec. 2473/01) y 24 de mayo de 2004 (Rec. 2074/2003), que añaden que "cuando el reconocimiento no es consecuencia de una primera calificación, sino que se parte de un grado inferior de incapacidad, la forma legal de la declaración es precisamente la revisión, nunca por mejoría sino por agravación, puesto que se trata del más grave de los grados de incapacidad permanente, o por error de diagnóstico". Pretensión de revisión que tiene causas tasadas legalmente, porque no se pretende el reconocimiento de una prestación (para lo que sería necesaria la concurrencia de otros requisitos como el alta o el periodo de

⁴⁶ STS de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 698).

⁴⁷ SSTS de 24 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2680) y 25 de junio de 1987 (RJ 1987, 4643).

⁴⁸ SSTS de 8 de marzo 1976 (RJ 1976, 1027), 8 de mayo 1978 (RJ 1978, 1937), 18 de octubre 1980 (RJ 1980, 4016) y 24 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4597).

cotización), sino de la corrección (revisión por error de diagnóstico) o de una actualización (revisión por agravación) de una calificación inicial ya realizada, y aunque el supuesto más habitual suele ser el de una IPA en que se llega a precisar de la ayuda de una otra persona para los actos esenciales de la vida, también desde una IPT se podrá acceder si se llega a necesitar de esa ayuda.

La calificación de gran invalidez valora, no sólo la capacidad laboral residual del sujeto (toda vez que el precepto la define como una situación de incapacidad permanente y la considera como uno de sus grados), sino que su nota distintiva radica en un criterio de carácter existencial relativo a la necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida⁴⁹, siendo ambos elementos heterogéneos, si bien en alguna medida más o menos concurrentes, ya que la determinación de este grado debe valorarse por la influencia de las secuelas limitantes sobre la capacidad de bastarse por sí mismo y de manera autónoma en las tareas primarias de subsistencia del ser humano. Éste es su elemento diferencial o específico, su capacidad para desenvolverse en todos los ámbitos de la vida cotidiana, particularmente la dependencia y consiguiente necesidad de asistencia, y como mecanismo de protección se otorga un complemento en la pensión, para poder compensar los gastos que vaya a tener la persona que necesita de otra, siendo ese el destino de esta prestación de carácter finalista vinculada a esa necesidad generada de retribuir a otra persona.

La prestación que genera es una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora, determinada según la contingencia de la que se derive, con las mismas reglas que la incapacidad permanente total y absoluta, y se incrementa su cuantía con un complemento cuyo importe será equivalente al resultado de sumar, el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante más el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente, sin que en ningún caso el complemento señalado pueda tener un importe inferior al 45% de la pensión a percibir sin ese complemento por el trabajador (art.196.4). Este incremento no está sujeto al límite de actualización fijado anualmente por la ley de Presupuestos Generales del Estado, dado que no es equiparable en sentido estricto a la prestación económica en concepto de pensión, sino a ayuda complementaria con una concreta finalidad, y no el de renta de inactividad que cubra sus necesidades ordinarias⁵⁰. Fue la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social⁵¹, la que sustituyó en el cálculo del incremento actual por el anterior que era del 50%, a la vez que suprimió la opción que permitía autorizar, a petición del gran inválido o sus representantes legales, su sustitución por el alojamiento y cuidado en régimen de internamiento en una Institución Asistencial pública de la Seguridad Social, posibilidad contemplada en el art. 31 de la Ley 39/2006.

La interpretación de lo que debe entenderse por “actos más esenciales de la vida” ha generado una diversa jurisprudencia, dado que el legislador solo enumera tres: vestirse, desplazarse y comer, pero añade la posibilidad de otros

⁴⁹ SSTs de 13 de julio de 1983 (RJ 1983, 3777) y 19 de enero de 1984 (RJ 1984, 70).

⁵⁰ STS de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2456).

⁵¹ BOE-A-2007-20910, núm. 291, 5-12-2007.

actos análogos, con lo cual se sigue un criterio meramente enunciativo y no un sistema de *numerus clausus*, y de hecho la propia norma recurre a la aplicación analógica (STS de 3 de julio de 1982). No se requiere que la ayuda de un tercero sea necesaria para realizar todos los actos esenciales de la vida, sino los que resultan precisos para la satisfacción de las necesidades primarias permanentes e ineludibles, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la convivencia humana⁵². En fin, como señala el TS en sentencia de 10 de mayo de 1982, no es necesaria una actividad constante al lado del incapacitado, sino la necesidad de asistencia en cualquier momento que resulte preciso para salvaguardar su integridad física y seguridad humana. Se requiere naturalmente la colaboración de otra tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales, pero no que la necesidad de ayuda sea continuada, ni excluir a quienes hubieran adquirido las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de esos actos sin esa colaboración de terceros o sin necesidad de ayuda permanente⁵³.

Fuera del sistema de Seguridad Social, es la Ley 39/2006 de Dependencia, si bien solo a efectos de la misma, es la que nos ofrece una definición legal de las “actividades básicas de la vida diaria”, en su art. 2.3 como las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas. Alude al concepto de dependencia, que previamente define como estado de carácter permanente ligado a la pérdida de autonomía que precisa de la atención de otra persona o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria.

Y el RD 174/2011, de 11 de febrero⁵⁴, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, en su DA 2ª determina que la valoración de la necesidad del concurso de otra persona, para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas (invalidez y asignación económica por hijo a cargo con discapacidad) de la Seguridad Social, y también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración pública o entidad, en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona, se realizará mediante la aplicación del baremo aprobado por el mismo.

Esta regulación posee un ámbito de aplicación diferente a nuestro estudio, si bien todo pensionista de gran invalidez es realmente una persona dependiente, y aunque de *iure* la situación de dependencia requiere su calificación jurídica como tal dentro del procedimiento administrativo de valoración, de *facto* existe una sinonimia entre los requisitos exigidos para ambas figuras.

A falta de una cobertura legal propia, podría ponderarse la posibilidad de una aplicación analógica (art. 4.1, CC), reconociendo automáticamente dicha condición a los titulares ya calificados, y dejando el resto a la sana crítica y doctrina ya consagrada judicialmente.

⁵² STS de 26 de septiembre de 1983 (RJ 1983, 4283).

⁵³ SSTs de 3 de marzo de 2014 (Rec. 1246/2013) y 10 de febrero de 2015 (Rec. 1764/2014).

⁵⁴ BOE-A-2011-3174, núm. 42, 18-2-2011.

COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación legal unitaria del régimen de compatibilidades e incompatibilidades, entre el percibo de una prestación pública de la Seguridad Social con el ejercicio de una actividad laboral, lo que se genera ciertas disfunciones que han sido objeto de una amplia interpretación jurisprudencial pero un escaso interés por la doctrina iuslaboralista. Tampoco existe una ordenación jurídica sistemática de los diversos supuestos posibles, y ello obliga a examinar los casos concretos analizando por separado cada una de las prestaciones particulares en relación a su compatibilidad con el trabajo. En cambio, y a diferencia de otras prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, una de las características de las pensiones de incapacidad laboral permanente es su compatibilidad, en mayor o menor medida, con la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena.

Señalan Alonso Olea y Tortuero Plaza⁵⁵, que el riesgo de incapacidad, dominado por la idea de que su rasgo definitorio es la reducción o eliminación de la posibilidad de obtener rentas del trabajo, tiene múltiples dificultades de cobertura por su variedad: la invalidez es una abstracción bajo la que coexisten individuos diferentes con su propia y peculiar invalidez, y una gran mayoría conserva aptitudes residuales recuperables, lo que desvela los defectos de una concepción de la incapacidad laboral referida a la profesión u oficio *ex ante*.

Sin entrar en los supuestos de incapacidad permanente parcial (compatibilidad absoluta) y total (compatible siempre y cuando las funciones laborales no coincidan con aquellas que dieron lugar a la misma, art. 198.1 LGSS), cuya regulación es diáfana y no generan apenas controversias interpretativas, por lo que no son objeto de este trabajo, el tema se complica con relación a los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez.

Este asunto no ha sido siempre pacífico, oscilando con el devenir del tiempo entre la postura más radical de la prohibición absoluta del trabajo, la estricta de determinar que tipo de actividades estaban o no permitidos para el pensionista, o la más flexible de admitir la compatibilidad plena entre pensión y trabajo.

Hoy en día, al amparo del art. 35 CE, queda definitivamente incuestionado el derecho al trabajo, ya que como expresamente ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 908), no se puede prohibir a nadie el ejercicio de una actividad laboral, ni aún estando declarado en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

El debate entonces ha derivado hacia el estudio de las consecuencias que el desempeño de una actividad profesional tiene sobre el cobro de la pensión, o invirtiendo los términos, en determinar que trabajos son compatibles con el recibo simultáneo de la pensión, y en este punto tampoco se ha logrado una respuesta unitaria y generalizada, ya que depende varios factores como el tipo de trabajo a desarrollar, el grado de incapacidad laboral y o la interpretación que en cada caso se haga del texto legal.

⁵⁵ Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. S., *Instituciones de Seguridad Social*, 2002, Civitas, 18ª edición, pg. 293.

Los interrogantes giran en torno a los siguientes aspectos:

- Deber de causar alta y cotizar en el Sistema.
- Incidencia en el abono de la pensión, *versus* compatibilidad.
- Procedencia de la revisión grado.
- Consecuencias sobre futuras prestaciones del Sistema.

El primero de ellos está resuelto de forma pacífica, ya que en el caso de la realización de cualquier trabajo por el pensionista de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, está obligado a comunicarlo a la Entidad Gestora y a formalizar el alta y cotización en la Seguridad Social. El RD 1.071/1984, de 23 de mayo⁵⁶, en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social, señala en su art. 2.1 que “los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente”, y la Resolución de 2 de noviembre de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social (BOE núm. 282, 24-11-1992), añade que “los pensionistas de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez que desarrollen trabajos que den lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, están sujetos a las obligaciones de alta y cotización en el régimen correspondiente, así como a cualesquiera otras obligaciones que pueden venir impuestas por las normas que rigen el sistema, sin que sea obstáculo para ello su condición de pensionistas en tales grados de incapacidad”. La única especialidad radicaba en la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, toda vez que en este caso para que los pensionistas pudieran realizar trabajos por cuenta ajena, necesitaban haber obtenido previamente autorización de la Entidad Gestora (art. 43 de la Orden de 15 de abril de 1969⁵⁷, de normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social), exigencia que tras el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, puede entenderse implícitamente derogada.

1. Trabajo y pensión.

Respecto a la compatibilidad entre el cobro de la pensión y el desempeño de un trabajo, esta materia está regulada en el vigente art. 198.2 LGSS, que dice que “las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”. Previamente, el art. 194.5 define que “se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. He aquí el origen de toda la polémica: por una parte, la calificación de la incapacidad permanente como absoluta se condiciona a la total ausencia de capacidad de trabajo, pero por otra parte se admite la posibilidad del ejercicio de una actividad laboral retribuida. La causa de la controversia deriva de la interpretación conjunta de ambos preceptos aparentemente contradictorios,

⁵⁶ BOE-A-1984-12729, núm. 136, de 7 de junio de 1984.

⁵⁷ BOE-A-1969-575, núm. 110, de 8 de mayo de 1969.

que no ha sido siempre unívoca ni por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia, de manera que se han sucedido líneas de interpretación jurídica diferentes que avalan posiciones radicalmente contrapuestas.

1.1. Criterio clásico: restrictivo.

Inicialmente y durante largo tiempo, se consideró tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, con una interpretación de carácter restrictiva, que solo se admitía la compatibilidad referida única y exclusivamente a trabajos marginales e intrascendentes, de mínima significación y relieve, que incluyen aquellas actividades residuales que tanto por su carácter como por las condiciones del sujeto, no podían ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo y que no requieren darse de alta ni cotizar a la Seguridad Social, pero no el ejercicio de una actividad laboral ordinaria que comprenda el núcleo funcional del ejercicio de una profesión u oficio, ya que en este caso se pondría de manifiesto un cambio en la capacidad de trabajo, que habría de conducir necesariamente a la revisión del grado de incapacidad permanente.

En la doctrina han sido exponentes de esta postura, entre otros, López-Tarruella y Viqueira Pérez⁵⁸, que partiendo de una concepción rígida del precepto legal entienden que el único trabajo compatible con la capacidad residual del beneficiario es el de carácter limitado y esporádico, siempre que no comprenda el núcleo fundamental de una profesión u oficio. Las actividades compatibles al pensionista son las que no puedan ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo, y que en atención a su jornada o retribución, puedan considerarse marginales y no constitutivas del medio fundamental de vida. Conclusión que extraen de la propia definición legal de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo que inhabilita por completo para toda profesión u oficio, entendiendo *a sensu contrario* que la capacidad de trabajo perdida y por tanto protegida por la contingencia es la que supone el ejercicio de cualquier actividad laboral. Afirman que, aunque no haya una expresa declaración de incompatibilidad entre en la percepción de la pensión y la realización de un trabajo, sin embargo la incompatibilidad se encuentra implícitamente plasmada, *ex definitione*, en la normativa.

También argumentan en contra, López Gandía y Romero Ródenas⁵⁹, que la compatibilidad con el trabajo se ha construido legalmente, pese a su aparente indeterminación y a la necesidad de una reforma legal, como algo excepcional y con características especiales en cuanto a la forma de desempeño (horario, jornada, lugar y contenido del trabajo), muy próximo al trabajo marginal y no lucrativo, lejano de un trabajo con un jornada completa que incluya el núcleo fundamental de una profesión u oficio. El art. 141.2 LGSS/1994⁶⁰ no debe interpretarse de manera aislada, sino en relación y subordinado al concepto de

⁵⁸ López-Tarruella, F. y Viqueira Pérez, C.: *El trabajo del inválido absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Civitas, Madrid, 1ª edición, 1991, pgs. 41 y ss.

⁵⁹ López Gandía, J. y Romero Rodenas, M. J.: *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*. Bormarzo, 2011, pg. 50.

⁶⁰ RDL 1/1994, de 20 de junio. BOE-A-1994-14960, núm. 154, de 29 de junio de 1994.

incapacidad permanente desde la propia definición de los grados que hace la ley, por lo que no les resulta lógico que el incapacitado permanente absoluto o con gran invalidez pueda trabajar, pues entonces no habría diferencias de grado. Además alegan que no existe incompatibilidad con el derecho al trabajo, pues siempre cabe la opción de elegir entre pensión y trabajo, y no les parece coherente que si las lesiones no se han agravado, pero permiten ahora una actividad laboral, no quepa revisión de la propia incapacidad declarada.

La jurisprudencia tradicional, partiendo del sentido antagónico de ambos preceptos siguió inicialmente un criterio estricto, entendiendo que sólo eran compatibles las actividades de carácter residual o marginal, de mínima significación y relieve, argumentando que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, esas actividades bien pudieran identificarse con las que, para “excluir del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente” y según el art. 7.6 LGSS/1994 realizan “las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”. Lo fundamenta en la propia definición legal del grado, que es la que *ex lege*, incapacita para el ejercicio de toda profesión u oficio, y también en la configuración de estas prestaciones como mecanismos de sustitución de las rentas de activo, cuya finalidad es la cobertura de situaciones de necesidad debidas a la pérdida de rentas del trabajo, mientras que si la capacidad laboral residual del sujeto le permite obtener ingresos profesionales, decae la necesidad de protección. Conclusión que es una consecuencia de los principios que inspiran la normativa de Seguridad Social, o como ha señalado el Tribunal Supremo⁶¹, del contenido del art. 138.2 LGSS/1974⁶² se deriva que el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, que no requieran darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social, por ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, ya otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con la lógica del Sistema y con la doctrina de la Sala, que tiene reiteradamente declarado que la IPA impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea.

El Tribunal Supremo, en sucesivos recursos de casación por infracción del art. 138.2 de la LGSS/1974, en sus respectivos fundamentos de derecho había dictado en esta materia, la siguiente doctrina:

La STS 11746/1986, de 7 de julio (RJ 1986, 3967), reconoce que el precepto declara compatible con el percibo de prestaciones por IPA el ejercicio de actividades lucrativas o no, pero también expresa que las mismas han de ser compatibles con el estado del inválido; y añade que si el ordenamiento jurídico reclama una aplicación e interpretación integradora, dicha exigencia se hace aún más imperiosa si las normas en aparente conflicto o discordia pertenecen a un mismo cuerpo legal, por lo que hay que cohonestar el art. 138.2 con los arts. 132.3 y 135.5 de la propia Ley, para concluir que las actividades compatibles no son, ni pueden ser, las mismas que el trabajador venía realizando cuando

⁶¹ SSTs de 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6166) y 13 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2546).

⁶² TR por D. 2065/1974 de 30 de mayo, EDL 1974/1308, BOE núm. 173 20/07/1974.

surgió la contingencia determinante de la invalidez, por lo que es evidente que aquellas tienen que ser de otro orden, adjetivo o marginal.

En SSTS 16440/1988 y 16357/1988, de 19 y 26 de diciembre (RJ 1988, 9864 y 9915), interpretan el alcance del art. 138.2 en relación con el 135.5, en sentido de que la IPA requiere que las dolencias que afecten al trabajador le inhabiliten de manera plena para el ejercicio de toda profesión u oficio, según las exigencias que son propias al débito laboral, por lo que el derecho al cobro de la prestación es compatible con la idoneidad del afectado para la realización de actividades lucrativas, pero siempre naturalmente que dichas actividades y la aptitud para desarrollarlas no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio cualquiera que sean estos, pues a todos afecta tal grado de invalidez.

Y la STS 9352/1989, de 26 de enero (RJ 1989, 302), consagra una compatibilidad de la pensión y la realización de determinadas actividades marginales que no entrañen el ejercicio de una profesión u oficio, que no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que de producirse éste operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes.

Como consecuencia de esta interpretación restrictiva, el pensionista podría solo simultanear la percepción de un salario con el cobro de la prestación de IPA o GI, si la actividad de las características ya reseñadas, era compatible con su capacidad residual, ya que por el contrario el trabajo no compatible estaba jurídicamente vedado al pensionista, de manera que en la práctica la postura tradicional del INSS llegaba incluso a denegarle el derecho al alta y cotización en el Sistema. En todo caso la realización de un trabajo debía ponerse en conocimiento de la Entidad Gestora, que si entendía que las actividades eran distintas a las permitidas, podía además reaccionar y proceder a una revisión para comprobar si se había producido cambio o mejoría que determinase una rebaja del grado de incapacidad, y que podía implicar la asignación de la prestación que correspondiera a un grado inferior, o eventualmente la desaparición de toda incapacidad con la pérdida de la prestación, e incluso a obligar al sujeto a reintegrar la pensión indebidamente recibida.

1.2. Criterio intermedio: flexible.

Conviene reseñar que aquella interpretación restrictiva, no siempre ha tenido acogida en la jurisprudencia social. El propio Tribunal Supremo ya se pronunció en sentido contrario, en sentencia de 2 de marzo de 1979⁶³, dictada en recurso de casación por interpretación errónea del art. 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969, que señala que “las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado de inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”, en el supuesto de un trabajador reconocido en situación de IPA, a quién se denegó la afiliación a la Mutuality Laboral de Trabajadores Autónomos. Estimando la sentencia que el trabajador, por lo dispuesto en dicho precepto, puede realizar todas las actividades laborales que permita su estado sin limitación alguna, y sin que en

⁶³ STS 1299/1979, N° de Resolución: 667/1979, RJ 1979, 954.

ningún extremo de la disposición legal se afirme que solo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas", resolvió que no se deben restringir las actividades que pueden realizar los trabajadores declarados en aquella situación, pues la única exigencia contemplada por el precepto se refiere concretamente a que sean compatibles con su estado y que no representan un cambio en su capacidad laboral.

Paralelamente en el tiempo ha convivido otra corriente interpretativa jurisdiccional⁶⁴ más flexible, que relativiza el precepto y permite los supuestos en que exista un trabajo por cuenta propia o ajena compatible con el estado del incapacitado y con su capacidad laboral residual, invocando expresamente el art. 35 CE que reconoce el derecho, inherente a la naturaleza humana, de todos los españoles a trabajar (aparte y además de configurarlo como deber), lo que supone que no puede prohibirse a nadie el ejercicio de una actividad laboral, ni aun a quien está declarado en situación de IPA⁶⁵. Reconoce que el art. 138.2 LGSS/1974, es de difícil encaje en el conjunto normativo que regula la invalidez permanente, y ha de interpretarse en relación con el art. 135.5 del mismo cuerpo legal, pues mientras este hace alusión al concepto de profesión u oficio, el primero hace referencia a las actividades lucrativas o no. Así tras admitir una cierta dificultad teórica con la definición legal de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, para aceptar a su vez una actividad laboral normalizada, en un afán por sincronizar ambos preceptos, armonizando su aplicación con todas las consecuencias que de ello se derivan, flexibiliza su aparente rigidez, al aceptar la posibilidad del desarrollo por el perceptor de la pensión de la actividad laboral que le permita su capacidad mermada; actividades compatibles con su estado, sean lucrativas o no, referencia legal que no conlleva las connotaciones de ocasionalidad o discontinuidad.

Además de las anteriores, las sentencias de 20 de febrero y 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 908 y 1794), han admitido que de la declaración de IPA no se deriva ninguna prohibición para realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, con invocación expresa del derecho al trabajo que consagra el art. 35 CE, como también lo corrobora el art. 138.2 LGSS/1974 que permite el trabajo compatible, y lo refuerza y ratifica el art. 2 RD 1071/1984 al dar por supuesto la existencia de incapaces permanentes absolutos y de grandes inválidos que trabajan, todo sin perjuicio de la obligación administrativa de comunicación porque afecta a la pensión que vienen percibiendo, de las consecuencias económicas que de ello se desprendan, de las limitaciones que pudieran derivarse en orden al ámbito de la compatibilidad, e incluso a la existencia de indicios determinantes para la iniciación de un procedimiento de revisión.

También añadir que esta tendencia a favorecer la compatibilidad entre trabajo y pensión, se mantuvo habitualmente durante aquella época y existe un gran repertorio, en el ámbito jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia⁶⁶.

⁶⁴ SSTs de 6 octubre, 3 y 23 de noviembre 1987 (RJ 1987, 6841, 7797 y 8045).

⁶⁵ STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 908).

⁶⁶ SSTSJ Andalucía de 9 de septiembre de 1992 y 4 de julio de 1995 (Ar/6551 y Ar/2996), STSJ Asturias de 15 de enero de 1993 (Ar/75), STSJ Cataluña de 26 de mayo de 1997 (Ar/1968), STSJ Castilla y León de 2 de febrero de 1998 (Ar/138).

De la Villa Gil, justifica que la regla general de la incompatibilidad entre la percepción simultánea de una renta del trabajo y una prestación de incapacidad laboral (explicable esta en cuanto a sustitutoria de aquella), quiebra en el supuesto de la incapacidad permanente absoluta, ya que el legislador en aras de contribuir a su reinserción, consagró la compatibilidad siempre que la renta del trabajo se obtuviera en una actividad conciliable con el estado del inválido, y cuyo fundamento radica en su reinserción social y laboral, salvando el grave obstáculo de la amenaza legal de una posible pérdida de la pensión por la realización de una actividad ordinaria retribuida⁶⁷. No obstante, también pone de manifiesto el absurdo por falta de coherencia de que, una misma situación de incapacidad permanente para todo trabajo, fuera a su vez de una capacidad laboral completa y normal⁶⁸.

1.3. Criterio actual: favorable.

La actual corriente interpretativa de carácter favorable a la compatibilidad, considera que, en líneas generales, el art. 198.2 LGSS admite la simultaneidad entre trabajo y pensión, estableciendo solo dos límites: primero, la compatibilidad con el estado del incapacitado, en una referencia a su estado de salud y que responde a la finalidad de su protección, de tal forma que existirá incompatibilidad cuando el trabajo le sea perjudicial; y segundo, que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo, puesta de manifiesto por su desarrollado y susceptible de dar lugar a una revisión del grado reconocido.

Es a partir de la decisiva sentencia de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/2007), que el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, unificó doctrina en esta materia cambiando radicalmente de criterio, y reiterando en numerosos pronunciamientos posteriores la compatibilidad plena entre el derecho a la pensión y la realización de trabajos por cuenta propia o ajena. Este punto de inflexión, inicia una vigente tesis interpretativa favorable mantenida en una amplísima jurisprudencia⁶⁹. Sentencia aquella, que examinamos a continuación en detalle y a cuyas razones nos atenemos por razones de seguridad jurídica.

Este es el relato los de hechos: supuesto de un trabajador de profesión habitual ayudante de cocinero, que fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, por enfermedad común a causa de una lesión medular. Posteriormente comienza a prestar servicios a tiempo completo como oficial especialista en funciones consistentes en la realización de dibujos de planos en ordenador. Comunica al INSS su alta laboral y la Entidad Gestora inicia expediente revisión por reanudación de actividad, en el que declara que no ha lugar a revisar el grado de incapacidad al persistir las mismas secuelas, pero sí que procedía la suspensión de la prestación manteniendo el incremento correspondiente a la situación de GI. El actor formulada demanda ante el

⁶⁷ De la Villa Gil, L. E.: *Diez lecciones sobre la nueva legislación de Seguridad Social*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. pg.69.

⁶⁸ De la Villa Gil, L. E., en el Prólogo al libro de López-Tarruella, F. y Viqueira Pérez., C.: *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión...* cit.

⁶⁹ SSTs de 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/2008), 23 de abril, 14 de octubre, 1 y 22 de diciembre de 2009 (Rec. 2512/2008, 3429/2008, 1674/2008 y 2066/2009) y 14 de julio de 2010 (Rec. 3531/2009), entre otras.

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

Juzgado de lo Social, que dictó sentencia reconociendo "el derecho del actor a compatibilizar el percibo de la pensión con el trabajo por cuenta ajena que está realizando". La sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del TSJ, que lo desestimó, formulando recurso de casación para la unificación de doctrina, por la infracción del art. 141.2 LGSS/1994.

La sentencia reflexiona en su FD 3º, considerando una cierta dificultad teórica que pudiera derivarse ex definitione del propio concepto de la situación incapacitante para admitir su compatibilidad con el trabajo ordinario. Partiendo de que el art. 141.2 LGSS/1995 declara compatible la pensión de IPA-GI con determinadas actividades laborales, la cuestión radica en determinar cuáles son esos trabajos compatibles y no determinantes de la revisión del grado de incapacidad, y en la interpretación de tan críptico precepto (elíptico, al decir de reconocida doctrina), el razonamiento interpretativo lo enfrenta al art. 135.5, que literalmente se muestra de difícil conciliación con la categórica definición de la IPA al ir referida a toda profesión u oficio, y que implica un juicio problemático de las expectativas de empleo, dado su alcance de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse, que escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral, y apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación. De modo que el propio legislador, por los amplios términos del art. 141.2, flexibiliza en gran medida el riguroso concepto del art. 135.5, que ha de ser interpretado con cierta moderación e invita a considerar que su maximalismo se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo.

También reconoce la sentencia que, con anterioridad a la unificación de doctrina, había sido criterio tradicional de la Sala, el de considerar que los trabajos compatibles son los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, que por sus limitaciones en orden a la jornada y retribución, se consideren marginales y no constitutivos de medio fundamental de vida. Trabajos que no comprenden el núcleo funcional de una profesión u oficio y que no manifiesten un cambio en la capacidad de trabajo, ya que de producirse esta operaría la revisión con sus consecuencias económicas. Conclusión que se deriva desde la perspectiva de la propia naturaleza de la pensión, sustitutoria de las rentas del trabajo, de manera que la existencia de estas obstaría la situación de necesidad a que la prestación atiende, y consecuencia de una interpretación llevada a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse otra solución que contradice plenamente el Sistema.

Pero a pesar de la validez de los anteriores argumentos, la propia sentencia reconoce en su FD 4º, que el criterio mayoritario de la Sala atribuye mayor poder de convicción a estas otras siguientes consideraciones:

1º) El derecho al trabajo consagrado en el art. 35 CE, que es inherente a la condición humana como un valor cívico, y del que no se puede excluir a quién se encuentre en situación de IPA o GI (SSTS 06/10/87, 03/11/87, 23/11/87, 26/01/89, 20/02/89). También lo reconocen otros preceptos legales como el

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

propio art. 141.2 LGSS/1994, el art. 2.1 RD 1071/1984, art. 18.4 de la Orden 18-1-1996⁷⁰, y el art. 24.4 de la Orden 15-4-1969.

2º) La literalidad del art. 141.2, flexibiliza el concepto de IPA, al apuntar la plena compatibilidad y no establecer límite alguno a la simultaneidad trabajo/pensión. Ningún otro precepto legal obliga a entender que las actividades laborales compatibles sean solo las marginales, superfluas, accidentales o esporádicas.

3º) La anterior interpretación restrictiva no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social, pues ya el propio Tribunal (en las sentencias previamente reseñadas) había mantenido que el trabajador en situación de IPA, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación y no supongan un cambio en su capacidad, sin limitación alguna.

4º) La opción interpretación contraria, situaría en mejor condición al trabajador en situación de IPT, legalmente apto para realizar cualquier trabajo diferente a su profesión habitual, que al de IPA al que negaría los ingresos de toda actividad laboral, condenándolo a una situación extramuros de la marginalidad.

5º) La incompatibilidad entre pensión y trabajo produciría un efecto desmotivador hacia la reinserción social y laboral de los trabajadores con discapacidad, pues aunque las nuevas cotizaciones habrían de tener eficacia respecto de futuras prestaciones, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos del trabajo (consecuencia impuesta por la lógica del Sistema), privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad laboral que con toda seguridad ha de realizarse con un considerable esfuerzo.

6º) El actual entorno laboral proporciona nuevas posibilidades de trabajo que se derivan del uso de las nuevas tecnologías informáticas y del teletrabajo, que favorecen la prestación de servicios profesionales sin necesidad de desplazamientos al centro de trabajo. Este nuevo planteamiento cobra pleno vigor al permitir una pluralidad de actividades laborales a quienes se encuentran en esta situación, de manera que en este marco de actividades sedentarias, la compatibilidad representa un considerable acicate para la deseable reinserción social y laboral de los trabajadores con discapacidad.

7º) El planteamiento contrario, seguido por la Res. 2.11.1992, de la DG. de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la SS, que apunta ya en el art. 2 RD 1071/1984 y se evidencia aún más en la OM 18.01.1996, dictada para el desarrollo del RD 1300/1995⁷¹, sobre incapacidades laborales del Sistema de la SS, en cuyo art. 18.4 se regula la actuación del INSS para los supuestos de que el perceptor de IP ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena y, "en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el art. 141.2 LGSS". Pero estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas *ultra vires* de la

⁷⁰ (BOE-A-1996-1644, núm. 23, de 26 de enero de 1996).

⁷¹ (BOE-A-1995-19848, núm. 198, de 19 de agosto de 1995).

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

manifestación legal de compatibilidad que establece esa norma, que no se remite a desarrollo reglamentario alguno y por lo mismo ineficaces.

En base a todo lo cual, la conclusión que se impone es que la doctrina ajustada a Derecho es la de considerarse compatible con la pensión por gran invalidez, el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral, “sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”.

Caso similar al anterior, es objeto de la STS de 14 de diciembre de 2009 (Rec. 3429/2008), de una trabajadora que tras ser declarada en situación de gran invalidez, comenzó a prestar sus servicios como trabajadora social en una Fundación. La Entidad Gestora al tener conocimiento de los hechos, inició expediente de revisión que terminó por resolución declarando que no procedía revisar la declaración de incapacidad permanente, pero si suspender temporalmente mientras la beneficiaria trabajase, el pago de la prestación salvo el incremento destinado a pagar la ayuda de otra persona. Contra esa resolución interpuso demanda que, aunque fue estimada en primera instancia donde se declaró compatible el cobro de la pensión con el trabajo, fue desestimada por la sentencia de suplicación al entenderse que el cobro de la prestación sólo era compatible con aquellas actividades, marginales o residuales que no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio. Sentencia recurrida y objeto del recurso de casación, en cuyo FD 2º resume que la cuestión planteada consiste en interpretar el art. 141.2 de la LGSS/1994 y determinar que actividades son compatibles con el cobro de una pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez. Finalmente determina que la controversia ha sido ya resuelta por la por el Pleno de la Sala en sus sentencias de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/2007) y 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/2008) en favor de la tesis de la compatibilidad, y lo fundamenta en idénticas consideraciones que las anteriormente expuestas, que a su vez asume y reproduce. Y en aplicación de esa doctrina unificada al caso de autos, estima el recurso y consecuentemente, casa y anula la sentencia recurrida, resolviendo el debate planteado a favor de la plena compatibilidad.

A los dos casos anteriores relativos a GI, se suman otros similares sobre IPA, resueltos por el Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de doctrina, al amparo del art. 217 LPL (EDL 1995/13689), hoy art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE 2011/15936, núm. 245, 11-10-2011), con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia contradictorias entre sí, o con otras sentencias del Supremo, respecto de litigantes en idéntica situación, donde en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se ha llegado a pronunciamientos distintos. Son relativos supuestos de trabajadores que fueron declarados (habitualmente a temprana edad) en situación de incapacidad permanente absoluta (primer dato decisivo), y que con el transcurso del tiempo comienzan a realizar una actividad laboral (segunda coincidencia sustancial), frente a lo cual reacciona el INSS en los respectivos casos suspendiendo por incompatibilidad el abono de la prestación (tercer extremo relevante), resolución que se impugna dando origen al litigio, con respuestas diversas en los tribunales de

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

instancia. Se cumplen así los requisitos que la doctrina unificada exige para la viabilidad del RCUD: identidad de hechos y pretensiones frente a disparidad de resoluciones, o dicho de otra forma, contradicción entre sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales. A destacar, entre otros:

STS (Social) de 10 noviembre de 2008, (Rec. 56/2008), EDJ 2008/403438.

Resumen: desestima el recurso del INSS para declarar que el art. 141.2 LGSS/1994 permite compatibilizar el trabajo con la pensión. Reitera la doctrina unificada en esta materia del Pleno de la Sala STS 30-1-2008. Resuelve la cuestión planteada en determinar si cabe compatibilizar el percibo de una pensión de incapacidad permanente absoluta con un trabajo de pintor a tiempo completo, y razona la inexistencia de incompatibilidad legal que se pueda desprender del precepto antes citado, a la vista de la finalidad de la norma que es la inclusión social de la persona discapacitada, y de que el trabajo realizado no perjudica su salud sino que evidencia la mejora de su patología.

STS (Social) de 1 diciembre de 2009, (Rec. 1674/2008), EDJ 2009/307426.

Resumen: estima la demanda declarando el derecho del actor a compatibilizar la actividad de administrador mercantil de una sociedad limitada con la percepción de la pensión por incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida y que fue suspendida por el INSS. La única incompatibilidad que formula el art. 141.2 LGSS/1994 para la pensión de IPA es la relativa a las actividades que sean incompatibles en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. El desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico. Este es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva.

STS (Social) de 14 julio de 2010, (Rec. 3531/2009), EDJ 2010/185110.

Resumen: estima el recurso de casación interpuesto por el demandante incapacitado absoluto contra sentencia que declaró la incompatibilidad entre su pensión y el ejercicio de su cargo de concejal, con obligación de devolver lo percibido durante el período de incompatibilidad. Según la Sala, la única incompatibilidad es la relativa a las actividades que sean perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado, pero si no la son, lo que se dará será una revisión por mejoría o por error de diagnóstico, pero nunca una incompatibilidad con la pensión. Procede reiterar la doctrina inicialmente expuesta en Sala General y posteriormente reiterada en diversas ocasiones, que afirma la plena compatibilidad de la pensión por IPA-GI con el trabajo remunerado en jornada ordinaria.

STS (Social) de 19 de marzo de 2013, (Rec. 2022/2012), EDJ 2013/43507.

Resumen: estima el recurso interpuesto por el beneficiario de la prestación por IPA y declara su compatibilidad con el desempeño del cargo de administrador. El mantenimiento del puesto de administrador de una sociedad mercantil es compatible con su alta en el en el régimen de trabajadores por cuenta ajena, pues supone el desempeño de una la actividad profesional no es perjudicial o inadecuada al estado del incapacitado. Reitera la doctrina de la sentencia de

contraste, que a su vez se hacía eco de lo dicho en la STS de 30 de enero 2008, y que ha sido reproducida, entre otras, en la STS de 14 julio 2010.

1.4. Incidencia de la ley 27/2011.

En este punto del análisis general, es importante destacar que el régimen legal anteriormente expuesto, puede entenderse modificado con efectos de 1 de enero de 2014, tras la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto⁷², sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que introduce en el art. 198 LGSS un apartado tercero, que señala que “el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado primero del art. 213 de esta Ley”. Esta nueva redacción es la que permite interpretar este precepto *a sensu contrario*, quedando implícitamente declarada la compatibilidad con el trabajo siempre que no haya alcanzado el trabajador la edad de jubilación⁷³, y reforzando el criterio jurisprudencial que ya se había sido mantenido estable desde el año 2008. La nueva norma reconoce tácitamente esta interpretación, le otorga carta de naturaleza, y solo la limita, en lo que respecta a la edad, mediante la equiparación con la jubilación. De hecho, la Ley en su Preámbulo confiesa expresamente como finalidad, que la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los beneficiarios en el mundo laboral, refrendando la lógica de la compatibilidad, siguiendo al efecto la recomendación 18ª de la nueva reformulación del Pacto de Toledo.

Por último añadir como consecuencia de este criterio de compatibilidad, el pensionista puede desarrollar un trabajo que suponga el ejercicio de actividades compatibles, estando sujeto a la obligación de alta y cotización en la Seguridad Social, lo que a su vez plantea dos nuevas cuestiones que ya habíamos anunciado: la procedencia de la revisión grado y las consecuencias sobre futuras prestaciones del Sistema, y que desarrollamos a continuación.

2. Trabajo y revisión de grado.

Las causas de revisión están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error en el diagnóstico, y de lo que se trata ahora es de determinar la influencia del trabajo a los efectos de la revisión de la IP declarada. La realización de una nueva actividad laboral, no implica la suspensión automática de la pensión por parte del INSS, y solo podría justificar la iniciación de un expediente de revisión de grado, en tanto que puede ser un indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado. En el caso de desempeño de un trabajo, en el que se demuestre la realización por el beneficiario de actividades incompatibles con

⁷² BOE-A-2011-13242, núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

⁷³ Blanco Lahoz, J. F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 10ª edición, pgs. 491 y 492.

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

su estado, o que pongan de manifiesto que no está realmente incapacitado en el grado concedido, podría dar lugar a una revisión a la baja por mejoría o por error de diagnóstico, del que podría derivarse la extinción de la pensión o la atribución de una nueva de grado inferior. Por el contrario, en el caso de que el cuadro patológico haya permanecido estable desde que le fue reconocida la IP, esa constatación determina la inviabilidad de la revisión de grado.

Para llegar a la anterior conclusión, que no siempre fue pacífica, es necesario repasar la amplia y a veces confusa regulación aún vigente en esta materia:

1º) El art. 200 LGSS (EDL 2015/188234), atribuye al INSS la competencia para declarar la situación de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas, mediante resolución en que ha constar necesariamente el plazo de “revisión” por agravación o mejoría, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima de jubilación, y que será vinculante para todos los sujetos. No obstante, añade que si el pensionista estuviera ejerciendo cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, el INSS podrá de oficio o a instancia del propio interesado, promover la “revisión” con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado, y salvo para las revisiones fundadas en error de diagnóstico que podrán llevarse a cabo en cualquier momento.

2º) El RD 1300/1995, de 21 de julio (EDL 1995/15091), en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, unifica, organiza y regula el procedimiento para evaluar y calificar, inicialmente o en los supuestos de “revisión de grado”, la incapacidad permanente en sus distintos grados y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social. En aplicación y desarrollo del anterior, la Orden de 18 de enero de 1996, establece el procedimiento administrativo para el ejercicio de esas competencias, y en su art. 17.2 señala que la “revisión de grado” reconocido no podrá promoverse hasta tanto haya transcurrido el plazo señalado en la resolución, salvo las excepciones previstas para los supuestos de realización de trabajos o error de diagnóstico.

3º) El RD 1071/1984, de 23 de mayo (EDL 1984/8541), recuerda que el art. 138.2 de la LGSS/1974 prevé la posibilidad de que las prestaciones por invalidez puedan compatibilizarse con la realización de la actividad laboral por parte de los pensionistas, por lo que las Entidades Gestoras deben tener un exacto conocimiento de esas situaciones de compatibilidad, a efectos de seguimiento y control de permanencia en las mismas. Para ello, en su art. 1.3 les atribuye el régimen de control de las situaciones que puedan dar lugar a una “revisión de la invalidez”, con base en las informaciones facilitadas por los pensionistas conforme a su art. 2.1 y demás datos que obren en su poder.

4º) La Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, reconoce que el pensionista de IPA puede realizar trabajos susceptibles de inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, por lo que no puede eximirse con carácter general de la obligación de darse de alta y cotizar por imperativo de las propias normas que regulan el Sistema, y que el

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

cumplimiento de estas obligaciones se entiende sin perjuicio de las facultades de "revisión de la incapacidad permanente" que asistan a la Entidad Gestora, de conformidad con la normativa en vigor, así como de la incompatibilidad que pueda declararse entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla cuando la actividad laboral exceda de los términos permitidos por el art. 138.2 LGSS/1974.

Pues bien, el debate planteado ya ha tenido respuesta en unificación de doctrina, en STS⁷⁴ de 23 abril de 2009. Aunque el supuesto planteado no va referido a la compatibilidad entre la pensión y el trabajo, sino a la revisión del grado de IP declarado por causa de la actividad laboral, declara que ambas cuestiones están relacionadas y obliga a recordar la doctrina al respecto. Si la Sala rechaza que el trabajo ordinario justifique por sí mismo la suspensión de las prestaciones a percibir por IPA o GI, con mayor motivo habría de excluir que esa actividad laboral determine la supresión de las pensiones por vía revisora. Ello implicaría confundir dos cuestiones diversas, como son las causas de revisión y el plazo revisorio. Las causas están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error de diagnóstico; el plazo es tan sólo uno, el que se hubiese fijado en el acto declarativo de IP, aunque se exceptúa en los casos de que concurra error de diagnóstico, la existencia de nuevas dolencias, o por desarrollar una nueva actividad profesional.

Por tanto el trabajo del pensionista justifica que se inicie expediente de revisión, en tanto que puede ser indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado, pero no implica necesariamente modificación el grado de IP, pues esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata una mejoría que justifique tal declaración, lo que exige comparar la situación patológica que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión, llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias (STS 31/10/05, Rec. 3383/04), y también que esa alteración tiene una trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo que justifique la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (STS 22/07/96, Rec. 4088/95).

La STS⁷⁵ de 1 de diciembre de 2009, hace especial referencia al segundo inciso del art. 141.2 LGSS (EDL 1994/16443), que exige que el ejercicio de las actividades no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, con lo que lo orienta hacia la revisión de la incapacidad para ser interpretado en función del art. 143.2.2º. Otra vez hay que resaltar que no estamos ante una regla de incompatibilidad, sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño puede poner de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido, y por ello no procede la suspensión de la pensión sino la iniciación del expediente de revisión de grado. Además constata una deficiencia en la conexión entre los dos artículos, porque el primero de ellos remite a la revisión para los supuestos en que el desempeño del trabajo ponga de relieve un cambio en la capacidad de trabajo, es decir una "mejoría", pero también puede poner de relieve que ese estado ya no resulta determinante de la incapacidad reconocida, y en ese

⁷⁴ EDJ 2009/101852 - ROJ: STS 3264/2009 - Rec. 2512/2008.

⁷⁵ EDJ 2009/307426 - ROJ: STS 8101/2009 - Rec. 1674/2008.

caso tampoco estamos ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por error de diagnóstico, que según el segundo de ellos podrá llevarse a cabo en cualquier momento.

Por su parte, la STS⁷⁶ de 25 abril de 2018, recuerda que el derecho a las prestaciones de incapacidad laboral en los grados de total, absoluta y gran invalidez, siendo pensiones vitalicias, pueden ser objeto de revisión, suspensión y extinción, y se configura como una medida a adoptar ante supuestos de error en el diagnóstico, agravación o mejoría. También por venir ejerciendo el beneficiario un trabajo, por cuenta propia o ajena, en aplicación del art. 200.3 LGSS. Al ponerlo en conocimiento de la Entidad Gestora, se debe tramitar el expediente administrativo de revisión grado para determinar si la situación invalidante permite o no desarrollar la actividad, siguiendo la previsión normativa del art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la cual se apoyaba en esas normas reglamentarias, así como en la Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social, para justificar la suspensión de la prestación en caso de incompatibilidad. Criterio de la Entidad Gestora rechazado por la Sala, que ha considerado estas disposiciones reglamentarias como *ultra vires*⁷⁷ de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS/1994, que recordemos no se remite a desarrollo reglamentario alguno y por lo mismo ineficaces. Esa calificación dada por la Sala a estas normas, no afecta al procedimiento administrativo de revisión para valorar si la actividad laboral es compatible o no con el derecho prestacional, pero siempre dentro de ámbito de compatibilidad marcado por la norma legal y de los términos que la jurisprudencia ha establecido para acotarla.

3. Trabajo y futuras prestaciones.

El último aspecto que nos hemos planteado, es analizar que incidencia tendrán las nuevas cotizaciones satisfechas como consecuencia del trabajo del pensionista, en relación a la posibilidad de generar o mejorar futuras prestaciones, como la pensión de jubilación o una nueva de incapacidad, y si tienen eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida.

Pues bien, de forma genérica podemos anticipar que las situaciones de compatibilidad tienen, no solo el alcance de poder desarrollar una actividad profesional, sino que pueden concurrir con el derecho prestacional, y que éste puede ser actualizado cuando esa concurrencia desaparezca, incrementando la base reguladora al computar las cotizaciones realizadas en ese espacio temporal. También que solamente se podrá mejorar o conceder nueva prestación, siempre y cuando se solicite en base a nuevas dolencias o la agravación de las anteriores que conlleven un grado superior de incapacidad.

⁷⁶ EDJ 2018/72646 - ROJ: STS 1805/2018 - Rec. 2322/2016.

⁷⁷ SSTs 30-1-2008 (Rec. 480/2007), 10-11-2008 (Rec. 56/2008), 23-4-2009 (Rec. 2512/2008), 14-10-2009 (Rec. 3429/2008), 22-12-2009 (Rec. 2066/2009) y 14-7-2010 (Rec. 3531/2009).

El Tribunal Supremo ya se pronunció en sendas sentencias de 16 octubre de 2013⁷⁸ y sentencia de 3 de marzo de 2014⁷⁹. En ambos casos similares, se posibilita que un trabajador de la ONCE que compatibilizó su trabajo como vendedor de cupón con la prestación de GI, pueda con cargo a las ulteriores cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado siendo pensionista, lograr que tengan eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida. La Sala emplea como argumentación, la misma doctrina de la compatibilidad trabajo/pensión, aplicable al caso y para inclinarse a favor, por dos razones: la primera, hacer una interpretación de los textos legales que sea lo más favorable posible a la efectividad del derecho al trabajo, que no se haga de mejor condición al trabajador declarado en IPT que al declarado en IPA o GI, y evitar una interpretación contraria que tendría cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en esta situación; y la segunda, aunque sea *obiter dicta* en la sentencia recurrida, que aunque las nuevas cotizaciones habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, ello no sería suficiente como para evitar que se produzca aquel efecto desmotivador que se intenta conjurar con la nueva doctrina. Se trata ahora de sacar las consecuencias lógicas de esta doctrina y de elevar a decisión lo que en ella aparecía como un *obiter dictum*: que las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo desarrollado por el pensionista han de tener eficacia para recalcular la pensión anteriormente reconocida, prestación de IPA o GI, siempre y cuando la situación clínica del pensionista le impida seguir desarrollando la actividad profesional desarrollada desde que se produjo su primera declaración de incapacidad.

Otro supuesto es el de pensionista por incapacidad permanente, que después desarrolla un nuevo trabajo compatible y, con posterioridad y por otra contingencia, solicita nueva pensión por incapacidad permanente. El ámbito que analizamos es el de la compatibilidad/incompatibilidad entre pensiones.

Esta materia está resuelta por el TS en sentencia de 21 de febrero de 2018⁸⁰, en la que se denuncia la interpretación errónea del art. 122 LGSS (RDL 1/1994 de 20 de junio) en relación con el art. 139.4 del mismo texto legal. En este caso, la pretensión es la compatibilidad de una pensión de gran invalidez en un régimen especial, con la pensión de gran invalidez en el RGSS, teniendo en cuenta cotizaciones suficientes en ambos regímenes para dicho reconocimiento, y en la que se establece que, como regla general, la incompatibilidad entre pensiones la establece el art. 122 LGSS para pensiones de un mismo régimen de la Seguridad Social, pero nada impide la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes.

En efecto, conforme a la doctrina de la Sala contenida, entre otras, en la STS de 22 de noviembre de 2010 (Rec. 233/2010), son compatibles pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, como ya se ha venido pronunciando en múltiples ocasiones en las SSTS de 29.12.1992 (Rec. 128/1992); 20.1.1993 (Rec. 1729/1991); y 15.3.1996 (Rec. 1316/1995). Como señala la sentencia de 15 de julio de 2010 (Rec. 4445/09), los criterios generales sobre los que se asienta esta doctrina pueden resumirse en los puntos siguientes:

⁷⁸ STS Rec. 907/2012 - EDJ 2013/292355 STS - ROJ: STS 6655:2013.

⁷⁹ STS Rec. 1246/2013 - EDJ 2014/38997 STS - ROJ: STS 1094:2014.

⁸⁰ STS nº 174/2018, Rec. 1498/2016 y ROJ: 741/2018.

Compatibilidad entre Trabajo y Pensión de Gran Invalidez

a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen (STS de 14 de julio de 2014, Rec. 338/2013).

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 (STS de 5 de febrero de 2008, Rec. 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 LGSS (STS de 18 de diciembre de 2002, Rec. 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, en la DA 38ª LGSS⁸¹ (STS de 10 de mayo de 2006, Rec. 4521/2004).

Ahora bien como añade la propia sentencia, el reconocimiento de la prestación de gran invalidez lleva consigo aparejado el complemento económico destinado a que el gran inválido, que necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, pueda remunerar a la persona que le atienda. Pero este complemento que no forma parte propiamente de la pensión ya que tiene distinta función, y no puede percibirse doblemente en varios regímenes, por lo que el beneficiario solo podrá percibir un complemento, que será el del régimen que considere oportuno ejercitando el derecho de opción previsto en el art. 122 LGSS/1994. De manera que no procede el reconocimiento de dos prestaciones de gran invalidez de diversos regímenes, sino una única pensión de gran invalidez con el correspondiente complemento, pudiendo optar el beneficiario por la que régimen que más le interese, manteniéndose la otra como incapacidad permanente absoluta compatible con aquella.

Queda por analizar los efectos que tiene sobre la pensión de jubilación, el trabajo compatible y cotizado desempeñado por un pensionista por incapacidad permanente, o planteado en otros términos, la incidencia de la prestación y un trabajo posterior, en la posterior pensión de jubilación.

El art. 200.4 LGSS establece que “las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y siete años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo”. Por tanto, en el caso no haber desarrollado ninguna otra actividad laboral, el pensionista por incapacidad permanente pasará a ser considerado pensionista de jubilación, al alcanzar la edad, en las mismas condiciones y cuantía. Pero en el supuesto contrario que estamos analizando, la respuesta lógica basada en toda la doctrina expuesta, sería que las cotizaciones realizadas por el pensionista por IP en el posterior trabajo compatible, se tendrán en cuenta a la hora de calcular la futura pensión de

⁸¹ “Efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social”.

jubilación una vez que alcance la edad, cómputo que afectaría tanto al cálculo de la base reguladora como al porcentaje aplicable a la misma.

Si esas nuevas cotizaciones tuvieran en el tiempo entidad suficiente para generar por sí mismas pensión de jubilación, devengarían simultáneamente, pero si ambas pensiones se causasen en el mismo régimen general de la Seguridad Social, por aplicación del art. 163 de la LGSS, el pensionista deberá optar por una de ellas. Sin embargo, se tendrá derecho a recibir las dos pensiones, en el caso de verse involucrados dos regímenes diferentes.

4. Epílogo: Panorama actual.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto y de que la controversia sobre la compatibilidad entre pensión y trabajo, parece ya resuelta definitivamente por esta doctrina unificada reiterada jurisprudencialmente, todavía en la actualidad nos encontramos ante una praxis administrativa e incluso jurisdiccional, de índole obstruccionista y que se resiste a admitirla de hecho en la vida real. Asimismo hallamos en una gran parte de la doctrina científica, una en acogida poco favorable a este nuevo criterio. Veamos a continuación algunas muestras.

Aunque resulte inaudito, podemos citar por ejemplo que el pasado año, o sea después de una década de pronunciamientos reiterados, el Tribunal Supremo⁸² en sentencia de 20 marzo de 2019, ha tenido que pronunciarse de nuevo en otro supuesto similar a los anteriores. En este caso, al actor se le declaró en situación de IPA en 2009, teniendo en ese momento la profesión de cocinero autónomo. En de junio de 2016 comunica al INSS que iniciaba la realización de una actividad laboral a tiempo parcial por cuenta ajena como programador informático, simultánea a la condición de pensionista. Al mes siguiente se procedió por el INSS a declarar la incompatibilidad de la pensión con el trabajo por no ser adecuado con su estado. Tras reclamación previa y agotada la vía administrativa, formula demanda ante el Juzgado de lo Social que finalmente estima su pretensión, pero recurrida en suplicación por el letrado del INSS, la Sala de lo Social del TSJ, estimando el recurso formulado, se posiciona en una tesis ampliamente ya superada, argumentando que el art. 198.2 LGSS no establece la compatibilidad general, sino la posibilidad de que el pensionista pueda hacer uso de la capacidad residual que conserve para dedicarse a un trabajo de discreta intensidad en lo cuantitativo y en lo cualitativo, puesto que si tal trabajo fuera normal no podría permanecer lucrando la prestación, y que la compatibilidad que se pretende no cuenta con amparo legal, porque aspira a trabajar por cuenta ajena con jornada continuada sin abandonar la condición de incapacitado. Por descontento que el Tribunal Supremo, al amparo y aplicando toda la doctrina anterior, resuelve de nuevo estimando el recurso, y considera necesario concluir que el trabajador no ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado, que no sea procedido por la gestora a la revisión de la incapacidad declarada en virtud de mejoría o error de diagnóstico, y que procede declarar compatible la situación de IPA reconocida con la realización del trabajo desempeñado.

⁸² STS (Social) de 20 marzo de 2019, nº 233/2019, Rec.2648/2017, EDJ 2019/563378.

Doctrinalmente y frente a este criterio favorable, se posiciona entre otros, Gala Durán⁸³, quien critica que desde la perspectiva jurisprudencial, y fundamentadas en la voluntad de facilitar la inserción laboral de las personas que perciben una pensión por IPA o GI, se haya llegado a soluciones que llevan a la plena compatibilidad entre el cobro total de la pensión y el desarrollo de una actividad laboral, postura refrendada en el nuevo art. 141.3 LGSS/1994, y que resultan inasumibles desde la lógica global que subyace en el propio Sistema, a la vez que crea ciertas disfunciones y desigualdades de trato entre los propios pensionistas. Defiende la necesidad de reformarlo en base dos premisas: la necesidad de fomentar, facilitar y garantizar el acceso de este colectivo al empleo y su mantenimiento en el mismo; y mantener un necesario equilibrio entre el cobro de una pensión pública y la percepción de ingresos profesionales, sin generar situaciones de sobreprotección.

También se manifiestan contrarios, Álvarez Cortés y Alonso Russi⁸⁴, que en su "Comentario a la STS de 14 de Octubre de 2009", no comparten el criterio de pretender que el sistema de Seguridad Social sirva como mecanismo de reinserción social de los discapacitados, ya que los conceptos de marginalidad y exclusión social van ligados al ámbito del Trabajo Social y de los Servicios Sociales, y siempre vinculados al componente de la falta de ingresos. En aras al reparto de riqueza que suponen los recursos del Sistema, defienden que el que el acceso a otros ingresos condicione los beneficios del mismo, como ya ocurre con los pensionistas de jubilación que desean trabajar. Temen que mantener criterios de compatibilidad, con los estímulos económicos y con la reducción de cotizaciones sociales como mecanismos de reinserción, pueda suponer un problema importante en orden a la financiación de un Sistema que cada vez más tiene sus recursos limitados.

Moreno de Vega y Lomo⁸⁵, argumenta que nuestro legislador plantea una regulación de la IP auspiciando cinco posibles opciones, que toman su fundamento en el nivel de degradación de la capacidad laboral y funcional en general, y si por definición la IPA imposibilita para la práctica de cualquier actividad laboral, carece de sentido ahora se trate de impulsar su compatibilidad con el empleo como vía de promoción del mismo, estimando que la única opción viable en caso de revisión de la aptitud profesional por la ulterior reincorporación al mercado de trabajo, es la suspensión de la prestación. No tiene sentido hablar de un potencial factor para la reinserción laboral, de una IPA a modo de trampolín para la recolocación en el mercado de trabajo, sino que es una prestación del Sistema que contribuye a la protección de ciertas personas con un específico grado de discapacidad, a través de la asignación de un recurso económico sustitutivo de las rentas salariales, garantizándose así su cometido de política social.

⁸³ Gala Durán, C.: *La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la ley 27/2011*. Temas Laborales nº 122/2013, pgs. 79-123.

⁸⁴ Álvarez Cortés, J. C. y Alonso Russi, E.: *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*. Temas Laborales nº 106/2010, pgs. 250 y ss.

⁸⁵ Moreno de Vega y Lomo, F.: *¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?* Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 4/2013, 20/9/2015.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La pensión de Gran Invalidez está sometida, en lo que respecta a su compatibilidad con el trabajo, a un régimen jurídico idéntico a la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta, en el vigente art. 198.2 LGSS. Esa unicidad en el tratamiento remonta su origen hasta el primer Texto Articulado de 1966 (art. 138.2), para extenderse posteriormente en su literalidad en mismo artículo de la LGSS/1974 y en la anterior LGSS/1994 (art. 141.2).

Ese mimetismo prorrogado a lo largo de toda la vigencia de nuestro actual sistema de Seguridad Social, contrasta con el derrotero que han recorrido ambas figuras jurídicas. Si bien definidas por separado en cada uno de los citados cuerpos legales, justificaba su tratamiento unitario el considerar la GI como un supuesto de IPA que requería su previa declaración como tal, una especie de IPA cualificada por la situación de dependencia del sujeto afectado. Pero aquella concepción identitaria quiebra, tras la entrada en vigor en 1982 de la LISMI, en que ambas figuras segregan su camino, y la GI se emancipa para erigirse como un grado propio y autónomo de Incapacidad Laboral, que no requiere desde entonces la previa calificación de IPA, con el propósito confesado por el legislador en la reforma de lograr la inserción laboral como vía hacia la integración social por medio de un trabajo útil y retribuido.

No ocurre lo mismo con el tratamiento de sus respectivas compatibilidades, cuya vigencia común permanece congelada en el tiempo, ajena a aquel cambio normativo. Siendo figuras jurídicas independientes y autónomas, contrastan en su definición legal pero coinciden en sus consecuencias legales, y no deberían ser sometidas a tratamientos identitarios, sino más bien propios y autónomos

Queda anclada la GI en su configuración originaria a la IPA, porque siendo figuras heterogéneas caracterizadas por criterios diferenciados, sigue lastrada al tener compartir la rémora que supone la definición legal de esta última en el aún vigente art. 137.5 LGSS, cuyo duelo interpretativo con el art. 198.2 mantiene enquistado el debate. La IPA presupone una concepción profesional basada en un criterio de capacidad laboral residual, mientras la GI califica una situación vital identificada por la necesidad de asistencia personal.

La IPA por definición inhabilita para el ejercicio de toda profesión u oficio, pero la GI se define sin aludir a ninguna connotación laboral, por lo que no podemos compartir la equiparación de ambos grados en lo que atañe a su compatibilidad con el trabajo, en cuanto a que la capacidad laboral puede ser diferenciada.

La lógica legal orienta aplicar a la GI el régimen de compatibilidad con el trabajo del art. 198, en el grado que en aquella haya sido reconocido, ya sea IPT o IPA o autónomo, en cuyo caso requiere un tratamiento propio.

En tanto permanezca vigente el régimen actual, no debe ser sometida la GI a la misma servidumbre que la IPA, porque ateniéndonos a la redacción literal del art. 198.2, solo debe ser sujeta al escrutinio del doble requisito exigido: la compatibilidad con su estado y que no implique un cambio de su capacidad; de manera que su filtro legal a efectos de compatibilidad, es la relación del trabajo con la situación clínica del pensionista y no con sus rentas laborales.

El art. 198.2 es un precepto programático que no apunta una conclusión, y cuya indefinición ha propiciado debates interpretativos que han conducido a soluciones tan bien fundamentadas como contrapuestas. La ingeniería hermenéutica desplegada hasta ahora, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, tiene respaldo en un defecto de técnica legal de su redacción,

hasta el punto que el propio TS lo califica de precepto “críptico”, o de “elíptico” por la más reconocida doctrina, y que a mayor abundamiento conduce al enfrentamiento del razonamiento interpretativo con el concepto de IP vinculado. Los criterios hermenéuticos del art. 3.1 del Código Civil, aconsejan no encadenarse exclusivamente a la literalidad del precepto, conjugándolo armonizado a una interpretación teleológica, sociológica y sistemática.

Si bien la doctrina jurisprudencial se ha caracterizado por mantener posturas uniformes a lo largo del tiempo, repitiéndose casi literalmente los mismos argumentos año tras año, ha dado un cambio respecto a su posición inicial, adaptando su aplicación a criterios que se ajustan mejor a la nueva realidad social de la discapacidad y del trabajo, al punto de llegar a conclusiones contrapuestas en base a argumentos tan válidos como diferenciados.

En la actualidad, aunque parece que la controversia está ya resuelta definitivamente por la doctrina unificada del Tribunal Supremo, sin embargo no puede asegurarse la permanencia en el tiempo de un resultado, cuyo vuelco radical para admitir la compatibilidad plena, se basó en unos fundamentos de derecho que también pudieron haber sido utilizados perfectamente con al menos dos décadas de antelación por la misma Sala que antes mantenía la posición contraria, y que concluye declarando la evidencia de “reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”.

Conclusión que nos permite, asumiendo como propia esa opinión más autorizada, presentar la primera propuesta de la necesidad de un cambio normativo que clarifique dotando de seguridad jurídica, los espacios de penumbra sembrados con la vigente regulación, que ha permanecido estable a lo largo de más de medio siglo, quizás porque el legislador históricamente se ha preocupado más por la garantía de una pensión, con respecto a las personas con discapacidad sobrevenida, que por el mantenimiento del empleo.

A pesar de ello, la posición de gran parte de la literatura en la doctrina científica se mantiene enquistada en un criterio de incompatibilidad, que tiene su lógica fundamentada en los principios informadores del sistema de Seguridad Social, y en la consideración de las prestaciones como rentas sustitutorias del salario, que obedecen a estados de necesidad. Y es cierto que así fue concebido el Sistema en sus orígenes, pero los tiempos cambian y la realidad evoluciona.

El sistema de Seguridad Social despliega su acción protectora mediante prestaciones, para atender las situaciones de necesidad social de los beneficiarios protegidos, surgidas al materializarse el riesgo de la contingencia asegurada. Sus elementos básicos son: la contingencia protegida, la situación o estado de necesidad, y la prestación asignada para paliar el daño. La prestación, en este caso pensión vitalicia, es el mecanismo protector del Sistema cuyo alcance se basa en unos parámetros previamente tasados, que no cubre en su integridad el daño causado. Y ello porque, según el TC, en nuestro Sistema prima la noción de estado de necesidad (que se presume *iuris et de iure*) frente al concepto de riesgo protegido (SSTC 103/1983 y 239/2002). Las prestaciones de IP no tienen carácter indemnizatorio, sino que se configuran como un mecanismo de sustitución de las rentas de activo, ya que la pensión que genera compensa al salario perdido. Pensión que obedece a un criterio contributivo, en base a las cotizaciones previamente aportadas.

Sin embargo el principio de suficiencia económica, es también un mandato constitucional (art. 41 CE) hacia los poderes públicos, que han de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Si la protección económica depende del estado de necesidad sobrevenido, se debe tener en cuenta el defecto de ingresos laborales y paralelamente el incremento del gasto. Y esta ponderación es un elemento esencial, en la que en nuestro Sistema, siempre ha primado el lucro cesante (pérdida de rentas del trabajo), sobre el daño emergente (sobrecoste generado por la incapacidad). Este desequilibrio es una conclusión que nos permite aportar una segunda sugerencia a modo de propuesta, para que cualquier modificación del *quantum* prestacional reestablezca un mayor equilibrio, valorando dentro del complemento de gran invalidez, la incidencia de la incapacidad laboral en el sobreesfuerzo económico derivado de la necesidad de convivir *sine die* con una discapacidad y en situación de dependencia (agravio socio-económico).

En cuanto a la inserción laboral de las personas con discapacidad, como hemos visto se caracteriza por su baja participación en el mercado de trabajo. La tasa de actividad es inferior a la mitad de la que se registra para las personas sin discapacidad, y entre las activas la ocupación es también menor, porque la tasa de empleo es inferior a la mitad, mientras la tasa de paro es superior en casi el doble, para personas con discapacidad con relación al resto. La inactividad laboral está causada principalmente por la incapacidad permanente, ya que las pensiones constituyen una garantía económica difícilmente renunciabile, que oficiosamente los inhabilita para trabajar.

En conclusión, las políticas activas de empleo analizadas han sido insuficientes para compensar las desventajas a las que se enfrentan las personas con discapacidad, por lo que, y sin perjuicio de su mantenimiento y refuerzo, convendría prestar atención a la vertiente pasiva de la política de empleo, y dentro del cauce protector del sistema de Seguridad Social, recordando que ya su Ley de Bases de 1963 fue el primero que se preocupó de la rehabilitación del minusválido con medidas específicas junto a prestaciones económicas, velar para que hoy en día la ambigüedad de la LGSS no suponga una barrera regulatoria hacia el ejercicio real y efectivo del derecho al trabajo.

En esa línea podemos aventurar la propuesta fundamental para que el legislador zanjara definitivamente el debate expuesto, en la línea apuntada por las recientes sentencias del Tribunal Supremo, admitiendo expresamente en la reforma la compatibilidad entre la pensión de Gran Invalidez y el trabajo.

Ya hemos desarrollado los argumentos para su encaje jurídico: la reinserción profesional de las personas con discapacidad demanda interpretar el art. 35 CE a la luz del art. 27 CDPD, que requiere a los Estados Partes para salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, “incluidas las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo”, situándolo en conexión con los valores y derechos constitucionales de los arts. 9.2, 14, 41 y 49 CE, que obligan a los poderes públicos a desarrollar una política integral tuitiva e integradora en la sociedad, así como de llevar a cabo acciones para “promover las condiciones” y “remover los obstáculos”, que legitima la adopción de medidas de “discriminación jurídica positiva” para su acceso al mercado de trabajo, de manera que el trato favorable se convierte en una exigencia que emana del derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el empleo, de las personas en razón de su discapacidad laboral.

No compartimos la opinión expresada por juristas reconocidos, de que permitir la compatibilidad entre el trabajo y la pensión suponga una hiperprotección económica no deseable, ni acertamos a entender su temor de que la medida desincentive la incorporación al trabajo y perpetúe la segregación laboral.

En otra línea, también se ha propuesto la reducción de la cuantía de la pensión a determinados porcentajes de la base reguladora mientras se desarrolle una actividad lucrativa, o el establecimiento de un determinado límite de las rentas de activo, e incluso se ha llegado a defender la plena incompatibilidad entre la pensión con cualquier trabajo lucrativo.

Por el contrario nos alineamos con posiciones oficiales, como la Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, donde se manifestó la necesidad de tomar medidas para que las pensiones por incapacidad de quienes se incorporan al trabajo no se vean reducidas por haber accedido a un empleo, y que el sistema de Seguridad Social no suponga una traba para el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, sino que se estimulen compatibilizándolas en el tránsito de medidas pasivas a medidas activas (apartados 1.5 y 6).

El informe de la renovación del Pacto de Toledo, de diciembre de 2011, recomienda que el camino debe seguir siendo ser la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión, y recoge que “la Comisión entiende que debe flexibilizarse el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo. Ello induce a las personas que han adquirido una discapacidad durante su vida laboral a optar por la pensión y, consiguientemente, a permanecer en situación de inactividad, cuando podrían, en muchos casos, desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias”.

Propósitos anteriormente fijados por el legislador en la Ley 27/2011, que en su Preámbulo confiesa que la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los beneficiarios en el mundo laboral, siguiendo al efecto la recomendación 18ª de la nueva reformulación del Pacto de Toledo.

Es necesario insistir más que nunca, en la importancia que tiene que las personas con discapacidad el acceso empleo, con el objetivo de promover su inclusión social y calidad de vida, mediante un trabajo en un mercado laboral abierto, inclusivo y accesible. También para combatir el reflejo social que subyace en el análisis estadístico que el CIS publicó en Septiembre 2016, en su Estudio nº 3150, sobre la Percepción de la Discriminación en España, donde planteó el interrogante de si en España, a igualdad de formación y experiencia, todas las personas tienen las mismas oportunidades a la hora de ser seleccionadas para un puesto de trabajo, siendo negativa la respuesta mayoritaria con el 78,4% de los encuestados; y sobre la causa de ello entre las respuestas mayoritarias se citaron como características, el tener una discapacidad física o psíquica en un 37,9% y 43,4% respectivamente.

El perfil profesional cambia a lo largo de la vida laboral, las empresas evolucionan, la ocupabilidad se encuentra en proceso de transformación, y los trabajadores deben adaptarse a un modelo que implica una modificación de las pautas de conductas, donde las personas que se enfrentarán a una discapacidad durante su trayectoria vital, pueden integrarse compitiendo con igualdad desde el puesto adecuado, en niveles de eficiencia y productividad.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- Álvarez de la Rosa, José Manuel: *Invalidez Permanente y Seguridad Social*. Madrid, Editorial Civitas, 1982.
- Álvarez Cortés, Juan Carlos y Alonso Russi, Enriqueta: *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*. Temas Laborales nº 106, 2010.
- Barba Mora, Antonio: *Incapacidad permanente y Seguridad Social*. Navarra, Aranzadi, 2001.
- Gala Durán, C.: *La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la ley 27/2011*. Temas Laborales nº 122, 2013.
- González Ortega, Santiago: Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias en Agustí Julia, J. y Fargas, J. (Coord.): *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Albacete, Bomarzo, 2010.
- Huete García, A., Tesis Doctoral: *La discapacidad como factor de exclusión social. Evidencias empíricas desde una perspectiva de derechos*. Salamanca, 2012.
- Jiménez Lara, A. y Huete García, A.: *Estudio sobre el agravio comparativo económico que origina la discapacidad*. Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- López-Tarruella, Martínez, Francisco y Viqueira Pérez, Carmen: *El trabajo del inválido permanente absoluto: compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid, Civitas, 1991.
- López Gandía, J. y Romero Rodenas, M. J.: *La Incapacidad Permanente: acción protectora, calificación y revisión*. Bomarzo, 2011.
- Mercader Uguina, Jesús R. (Director), ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (Coordinadora) y otros: *La Compatibilidad de las Prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo*. Valladolid, Thomson Reuters, 2013.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: *¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?* Aranzadi Social nº 4, 2013.
- Romero Rodenas, María José: *La Compatibilidad del Trabajo con las Prestaciones de Seguridad Social*. Albacete, Bomarzo, 2019.
- Roqueta Buj, Remedios: *El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 29, 2001.
- Verdugo, M. A.: *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2009.