



Universidad
de Alcalá

LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL DERECHO AL TRABAJO

PERMANENT DISABILITY AND THE RIGHT TO WORK

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^a MONTSERRAT AMORES GARCÍA

Dirigido por:

Dra. D^a ISABEL CANO RUIZ

Alcalá de Henares, a 30 de octubre de 2018

RESUMEN

Si se tiene en cuenta el reconocimiento de la Constitución española, de que todos tenemos derecho al trabajo, este estudio tiene como eje central analizar la normativa, doctrina y jurisprudencia que hay al respecto, en lo relativo a la compatibilidad o incompatibilidad de las pensiones por incapacidad permanente con el trabajo remunerado, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia. El papel del Instituto Nacional de la Seguridad Social es fundamental, porque puede convertirse en una restricción jurídica para aquellos incapacitados permanentes que deseen incorporarse al mercado laboral.

ABSTRACT

Taking into account the recognition of the Spanish Constitution, that we all have the right to work, this study has as its central axis to analyze the regulations, doctrine and jurisprudence that exist in this regard, with regard to the compatibility or incompatibility of pensions for permanent disability with paid work, either as an employee or as a self-employed person. The role of the National Institute of Social Security is fundamental, because it can become a legal restriction for those permanently disabled who wish to join the labor market.

PALABRAS CLAVE

Compatibilidad; discapacidad; incapacidad permanente; trabajo remunerado; Seguridad Social.

KEYWORDS

Compatibility, disability; permanent disability; paid work; Social Security.

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN	5
II.- CONCEPTO Y GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE	6
1.- Configuración legal de la contingencia	6
2. - Grados de incapacidad permanente	8
2.1. - Incapacidad permanente parcial	10
2.2. - Incapacidad permanente total	10
2.3. - Incapacidad permanente absoluta	11
2.4. - Gran invalidez	12
III.- LA DECLARACIÓN FORMAL DE INCAPACIDAD PERMANENTE: INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE	13
IV.- LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE	15
V.- REVISIÓN Y EFECTOS DE LA INCAPACIDAD	17
VI.- PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD PERMANENTE	21
1.- Incapacidad permanente total	21
2.- Incremento por incapacidad permanente total cualificada	21
3.- Indemnización a tanto alzado sustitutiva de la pensión	22
4.- Incapacidad permanente absoluta	22
5.- Gran invalidez	24
VII.- NACIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE	24
1.- Duración y causas de suspensión	24
2.- Causas de extinción	26

VIII.- LA COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE	26
1.- En el caso de incapacidad permanente parcial	28
2.- En el caso de incapacidad permanente total	29
3.- En el caso de incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez	30
IX.- SENTENCIAS SOBRE COMPATIBILIDAD/INCOMPATIBILIDAD DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL TRABAJO	33
1.- En la incapacidad permanente total	34
2.- En la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez	36
3.- Cuando existe una discapacidad previa	60
X.- CONCLUSIONES	64
XI.- BIBLIOGRAFÍA	67

SIGLAS

CE	Constitución española
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades
GI	Gran invalidez
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPA	Incapacidad permanente absoluta
IPP	Incapacidad permanente parcial
IPT	Incapacidad permanente total
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social
RETA	Régimen especial de trabajadores autónomos
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está basado en la actual situación que existe en torno a la incapacidad permanente cuando se quiere compatibilizar con la práctica de un trabajo remunerado, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, que lleva a que muchos incapacitados permanentes se enfrenten a un precipicio de incertidumbres que la actual normativa no logra despejar.

Esta situación surge en el momento en que una persona con incapacidad permanente reconocida, ya sea por el INSS o judicialmente, pretende realizar alguna actividad laboral que se ajuste a su situación física y mental.

Es un tema en el que se contraponen dos posturas: por un lado la Administración a través del INSS y por otro lado la posición en la que quedan los incapacitados permanentes tras querer hacer valer sus derechos, derechos tan importantes como el propio derecho al trabajo que reconoce nuestra CE.

Hemos elegido el presente tema porque consideramos que se hace necesario despejar las dudas que existen sobre el mismo, porque a pesar de que la normativa establece expresamente la compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente con el trabajo remunerado –como veremos más adelante–, lo cierto es que son numerosísimos los casos en los que los incapacitados permanentes, tras querer incorporarse al mercado laboral, se ven abocados a acudir a la vía judicial demandando justicia.

Para dar luz al presente estudio, hemos hecho uso de la normativa que existe al respecto, como la CE, la LGSS, entre otras muchas, así como el más reciente tratamiento jurisprudencial y la doctrina existente al respecto.

Antes de nada se hace necesario comenzar explicando qué se entiende por incapacidad permanente, sus diferentes grados, cuál es su procedimiento de iniciación, de calificación y revisión, así como los motivos que causan su extinción, entre otros tantos puntos.

II. CONCEPTO Y GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Configuración legal de la contingencia

La incapacidad permanente es una contingencia que recoge el sistema de la Seguridad Social. En la actualidad está incluida de forma expresa principalmente a efectos de prestaciones económicas, pero también con servicios sociales de rehabilitación. Su regulación se establece en los arts. 193 a 200 de la LGSS.

La declaración de incapacidad física es una cuestión que entra en el campo de la ciencia médica y, por tanto, los informes médicos expedidos a instancia de los interesados, si bien pueden servir como orientación, no pueden constituir la base de tal declaración, precisándose la intervención de un órgano colegiado, el tribunal médico, especialmente creado con tal finalidad¹.

El tribunal médico, o también llamado EVI, es aquel que tiene como función examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del INSS los dictámenes propuesta, preceptivos y no vinculantes, en materia de:

a) Anulación o disminución de la capacidad para el trabajo por existencia de situaciones de incapacidad permanente, calificación de estas situaciones en sus distintos grados, revisión de las mismas por agravación, mejoría o error de diagnóstico, y contingencia determinante.

b) Determinación del plazo a partir del cual se podrá instar la revisión del grado de incapacidad por agravación o mejoría.

c) Procedencia o no de la revisión por previsible mejoría de la situación de incapacidad del trabajador, a efectos de lo establecido en el art. 48.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo².

¹ Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 366/2013 de 17 mayo. JUR 2013\255935.

² Art. 3 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

La constitución y composición de los EVI es la siguiente:

En cada Dirección Provincial del INSS se constituirá un EVI. Actualmente están constituidos en todas las Direcciones provinciales del INSS, a excepción de las de Cataluña. Los Equipos estarán compuestos por un Presidente y cuatro Vocales. El Presidente es el funcionario que designa al Director general del INSS. Los Vocales son nombrados por el Director general del INSS, y son los siguientes:

1º Un Médico Inspector, propuesto por el Director provincial del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o, en su caso, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

2º Un Facultativo Médico, perteneciente al personal del INSS.

3º Un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, propuesto por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4º Un funcionario titular encargado del trámite de las prestaciones de incapacidad permanente de la Dirección Provincial del INSS, quien ejerce las funciones de Secretario³.

Antiguamente, la incapacidad permanente se conocía como “invalidez permanente”, pero es a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, donde el término “incapacidad permanente” es el que se impone para denominar a las pensiones de invalidez contributiva, que son las que trataremos, mientras que se sigue utilizando el término “de invalidez” para las no contributivas, en las que por no ser objeto de este trabajo no nos detendremos.

La diferencia entre unas y otras pensiones, es que las contributivas o las conocidas como “incapacidad permanente” tienen relación con la actividad profesional y hacen referencia a la disminución de la capacidad para dicha actividad, mientras que las no contributivas o de “invalidez permanente” hacen referencia a una incapacidad que provoca una situación de necesidad, pero no por ello el componente “profesional” está del todo ausente ya que la norma reguladora tiene en consideración entre los factores sociales

³ Art. 2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

complementarios la capacidad de trabajo⁴.

La definición legal de incapacidad permanente se compone de dos ingredientes que resultan básicos: de un lado el estado de incapacidad, y de otro lado y no menos importante, su relación con el trabajo.

Así, la incapacidad permanente es la situación protectora 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 disminuyen o anulan su capacidad laboral⁵, aunque tal calificación no discrimina la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral, pero que sí se aprecia médicamente incierta o a largo plazo, (art.193 de la LGSS).

Hay que señalar que la incapacidad permanente puede proceder de riesgos profesionales o riesgos comunes, ya sea accidente o enfermedad profesional, o contingencias comunes. Es por consiguiente propia de las personas que trabajan.

La incapacidad permanente es, naturalmente, muy distinta de la incapacidad temporal, dado su carácter previsiblemente definitivo o de larga duración. Pero en cualquier caso la incapacidad permanente deriva muy frecuentemente de una situación previa de incapacidad temporal.

También se distingue la incapacidad permanente, de las lesiones permanentes no invalidantes que no incapacitan para el trabajo aunque dejen alguna secuela de importancia, así como también de la jubilación; en todas ellas no nos vamos a detener por no ser punto cardinal del presente estudio.

2. Grados de incapacidad permanente

Según el art. 194 de la LGSS, la incapacidad permanente, cualquiera que sea la causa que la determine –riesgo profesional o riesgo común–, se clasificará en función del

⁴ OLARTE ENCABO, S., *Las pensiones de incapacidad permanente*, Editorial Aranzadi, Madrid 2012, pág. 1.

⁵ BARBA MORA, A., *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 157 y 158.

porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, valorado conforme con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial.
- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Y gran invalidez.

En la distinción de grados se sigue utilizando como referencia el concepto de “profesión habitual”, configurándose los grados de la siguiente manera:

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

Lo que debe entenderse por “profesión habitual” viene establecido en el propio art. 137.2 de la LGSS y por el art.11 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. A este respecto el art. 137.2 de la LGSS⁶, en su redacción original, establece que⁷:

“Se 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 periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad que reglamentariamente se determine”.

Debemos dejar claro que los preceptos citados se refieren a las labores que se

⁶ Actual art. 194.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷ ALBERT EMBUENA, V., “El concepto de profesión habitual en la incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2016.

desarrollan al ocurrir el accidente o la enfermedad, y con las que se obtiene el carácter de profesión habitual, aunque con anterioridad o posterioridad al hecho causante el trabajador haya desempeñado otro tipo de trabajo⁸.

Siguiendo el art 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, en el supuesto de secuelas funcionales del trabajador derivadas de enfermedad se ha sentado el criterio de señalar como funciones habituales, las correspondientes a la categoría profesional del puesto que ocupara el trabajador en la mayor parte del periodo de doce meses anteriores a la incapacidad temporal⁹.

2.1. Incapacidad permanente parcial

La IPP, ha de partir de la profesión habitual del trabajador y ha de aplicarse en aquellos casos en que la incapacidad, sin alcanzar el grado de total, presenta una disminución del 33 por 100 en el rendimiento normal de un trabajador, siempre que no quede impedido para la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual.

Los tribunales suelen aplicar el grado de IPP cuando las lesiones sufridas, aun sin implicar disminución del rendimiento en el trabajo, sí implican mayor dificultad en su realización o mayor dedicación, o cambios en la forma de realizar el trabajo. A la hora de valorar la incapacidad debe tenerse en cuenta el dolor de la persona cuando el mismo se evidencia objetivamente, implicando una alteración en la salud de la persona, siendo además posible su comprobación no sólo por concurrir una causa que lo justifique, sino por las reacciones que produce y el modo en que el afectado lo combate.

2.2. Incapacidad permanente total

La IPT también se valora en relación con la profesión habitual, de modo que

⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Las reformas llevadas a cabo en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia por la Ley 27/2011”, *Revista española de Derecho del Trabajo* num.153/2012 parte Estudios, Editorial Civitas, Pamplona 2012, pág. 2.

⁹ LACOMBA PÉREZ, R., “*Las dos perspectivas de la Invalidez Permanente. La Incapacidad Permanente para el trabajo y la minusvalía*”. Tesis Doctoral (no publicada), Universidad de Valencia, Valencia, 2002, p. 469.

corresponde este grado cuando la reducción en su capacidad inhabilita al trabajador para la realización de todas, o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

En ese concepto legal cabe desglosar dos elementos básicos:

a) Debe producirse una pérdida de capacidad laboral de tal importancia que imposibilite la realización de las tareas fundamentales de la profesión habitual.

b) El trabajador debe mantener una capacidad laboral para dedicarse a otra profesión distinta a la habitual.

Por tanto, lo que define este grado de incapacidad es la capacidad laboral restante del trabajador de seguir generando rentas salariales por otra profesión diferente a la habitual. La compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, se podrá producir como veremos más adelante, siempre y cuando las funciones no sean las mismas que aquellas que dieron lugar a la IPT, art. 198.1 de la LGSS.

2.3. Incapacidad permanente absoluta

La IPA supone que el trabajador está inhabilitado para todo tipo de trabajo u oficio, y no sólo para las tareas de su profesión habitual.

La jurisprudencia ha calificado como incapacitado permanente absoluto a quien no pueda realizar una actividad profesional con un mínimo de rendimiento, eficacia, o profesionalidad¹⁰.

Cuando la situación del afectado no le permita realizar la mayor parte de las profesiones, si no puede soportar unos mínimos de dedicación, diligencia y atención indispensables en el más simple de los trabajos sin poner en riesgo su vida. No estar en condiciones de soportar esos mínimos puede conllevar a la declaración de IPA, ya que como el TS ha señalado, *“la prestación de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante*

¹⁰ STS 14-4-1986 [RJ 1986, 1931]; STS 21-1-1988 [RJ 1988, 33].

toda la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera sea leve, que ha de demandar un cierto grado de atención, una relación con otras personas y una moderada actividad física; sin que sea posible pensar que, en el amplio campo de las actividades laborales, existe alguna en la que no sean exigibles salvo que se den un verdadero espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario”¹¹.

Para calificar una IPA han de valorarse todas las secuelas que tenga la persona afectada, incluso las preexistentes¹². Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación en la Seguridad Social no imposibilitarán la calificación de incapacidad permanente cuando se trate de personas discapacitadas, art. 193 de la LGSS.

Dichas reducciones anatómicas o funcionales que han de tenerse en cuenta para valorar el grado de incapacidad en el afectado, son todas las existentes en el momento en que se tramita el expediente de incapacidad, incluidas las anteriores al momento de la afiliación¹³.

Como se comprobará más adelante, legalmente sí es posible compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente con “*el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión*”, art. 198.2 de la LGSS. Esta compatibilidad sólo se restringe a partir de la edad de jubilación, ya que desde ese momento la pensión es incompatible con trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena, art. 198.3 de la LGSS.

2.4. Gran invalidez

La GI es la situación del trabajador que se encuentra afectado de incapacidad permanente y que, por pérdidas anatómicas o funcionales necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, asearse, desplazarse, comer, u otros análogos.

Cabe señalar, que la GI no requiere necesariamente de una previa declaración de IPA,

¹¹ STS 3-2-1986 [RJ 1986, 698].

¹² STS 9-7-1990 [RJ 1990, 6084].

¹³ STS 28-11-2006 (RJ 2006, 8372).

pues este grado de incapacidad se declara de una forma inicial o directa en una primera calificación, o bien se declara por agravación del grado de invalidez establecido antes, cualquiera que fuere dicho grado anterior. Por consiguiente, no es preciso que el reconocimiento de la GI parta de una IPA¹⁴.

La GI puede darse en cualquier grado de incapacidad, puesto que lo que la define es la situación de necesidad de ayuda de esa tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida. Por tanto según la norma, para el reconocimiento de este grado lo primordial es atender a la necesidad del incapacitado mediante una tercera persona.

Los actos más esenciales de la vida son aquellos encaminados a satisfacer una necesidad primaria inevitable para poder subsistir de una manera digna¹⁵. Y que no es preciso que la ayuda de tercero sea necesaria para realizar “todos” los actos esenciales de la vida, aunque sí se exige que exista imposibilidad, no dificultad, de realizar uno, cualquiera de ellos, no siendo necesario que la necesidad de ayuda sea constante o permanente¹⁶.

En cuanto a las reducciones anatómicas, cabe señalar que la doctrina en numerosas sentencias reconoce la GI cuando sólo es posible la movilidad con silla de ruedas¹⁷, máxime cuando presenta dificultades para su manejo. Sin embargo, no se reconoce este grado cuando la deambulación es posible con aparatos ortopédicos sin ayuda de terceros.

También se aplica a este grado de invalidez la exigencia de que las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético no se hayan producido antes de la afiliación a la Seguridad Social por parte del trabajador, ya que si son anteriores no podrán ser tenidas en cuenta para otorgar este grado de incapacidad, salvo que se trate de personas con discapacidad que se hubieran 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*” (art. 193.1 de la LGSS).

¹⁴ STS 22-7-1996 [RJ 1996, 6383].

¹⁵ STS 23-3-1988 [RJ 1988, 2367].

¹⁶ SSTS 19-1-1989 [RJ 1989, 269], 23-1-1989 [RJ 1989, 282], 30-1-1989 [RJ 1989, 318].

¹⁷ SSTSJ Madrid, 5-5-2014 [PROV 2014, 16788]; Canarias 28-6-2005 [PROV 2005, 240187]; STJ Cataluña, 7-5-2014 [PROV 2014, 170465].

Como en la IPA, en la GI es legalmente posible compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente con “*el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativa, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión*”, (art. 198.2 de la LGSS). Será incompatible a partir de la edad de jubilación con trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena (art. 198.3 de la LGSS).

III. LA DECLARACIÓN FORMAL DE INCAPACIDAD PERMANENTE: INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Para que se tenga derecho a una prestación por incapacidad permanente es preciso que el interesado sea declarado en situación de incapacidad permanente, y esto sólo sucederá cuando los órganos competentes para declararla observen que existen unas lesiones o disfunciones que determinan “objetivamente”¹⁸ una pérdida de la capacidad laboral en alguno de sus grados.

El procedimiento de incapacidad permanente se inicia:

- a) De oficio en los siguientes casos:
 - A iniciativa de la entidad gestora cuando el trabajador proceda de incapacidad temporal y haya sido dado de alta médica por agotamiento del plazo – 365 días prorrogables por otros 180 días¹⁹–, o por encontrarse en una situación constitutiva de incapacidad permanente.
 - A petición de la Inspección de Trabajo.
 - Por petición del Servicio Público de Salud, aportando el alta médica y el historial clínico previa autorización del interesado.
- b) A solicitud de las entidades colaboradoras, que aportarán el alta médica del trabajador, el historial clínico y el expediente previo.

¹⁸ Art. 193.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁹http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Incapacidadtemporal/RegimenGeneral/NacimientoDerecho28368/6394 [visto a fecha de 24/05/2017].

c) A petición del interesado, cumplimentando el modelo de solicitud de incapacidad permanente y presentando la documentación personal y la específica que se indica en el modelo de solicitud²⁰.

Para determinar la fecha de efectos de la declaración de incapacidad permanente, se estará a la fecha en la que se produjo el hecho causante. El hecho causante variará según estemos hablando de una incapacidad temporal o una incapacidad permanente.

En la incapacidad permanente se entenderá el hecho causante en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal. Mientras que, cuando no viene precedida la incapacidad permanente de una incapacidad temporal, se entenderá que se produce el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI del INSS²¹.

IV. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Partimos del concepto de incapacidad permanente que recoge la LGSS, en su art 193:

“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. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”.

Como se puede apreciar del concepto reproducido, los elementos que caracterizan una incapacidad permanente son los siguientes:

- La existencia de una alteración grave en la salud de una persona.
- Que está objetivada.

²⁰http://www.segsocial.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/DescripcionesdeProc43384/ProcedimientodeInca45987/index.htm [visto a fecha de 01/05/2018].

²¹ MARTÍNEZ SEPTIE, J.F., “El hecho causante de la pensión de incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 1998.

- Que es definitiva, o al menos que la hipotética recuperación sea considerada médicamente incierta o a largo plazo.
- Que incida en su capacidad laboral disminuyéndola o anulándola.

Un problema muy común es que en muchas ocasiones determinar todos estos elementos se hace bastante complejo.

En principio la presencia de una alteración grave en la salud de una persona parece claro, pero a veces no es así. Resulta imposible hacer una lista de enfermedades o padecimientos graves y de ahí resolver una incapacidad permanente.

La dolencia tiene que estar objetivada. Cuando se analiza esta nota de la incapacidad permanente puede pensarse que hoy en día sea fácil constatar las dolencias; pero a veces tampoco es así, pues hay dolencias cuya objetivación es complicada y por ello no se sabe si esa dolencia influye o no en la capacidad laboral de la persona²².

Las reducciones anatómicas o funcionales médicamente se han de poder probar de forma indudable, sin que sea suficiente la manifestación del interesado, requiriendo, por ello de un diagnóstico médico emitido bajo criterios aceptados por la ciencia médica; que no sean meras especulaciones subjetivas o descripciones que no tengan base científica, a pesar de que la medicina no sea una ciencia exacta y a pesar de que existen enfermedades, como pueden ser las mentales, cuya determinación objetiva con medios instrumentales resultará muchas veces imposible²³.

Por ello, la determinación objetiva de las lesiones es un problema bastante común a la hora de valorar una incapacidad permanente, no sólo en el ámbito administrativo, sino también en el ámbito judicial. En esa determinación objetiva de las lesiones se tienen en cuenta elementos tan diferentes como la edad, la intensidad de las lesiones, el tipo de lesión o enfermedad; en resumen, cada persona es un mundo y cada incapacidad tiene sus diferencias. La objetividad es algo necesario frente a la subjetividad del paciente, y es finalmente el juez

²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4ª), Sentencia núm. 482/2002 de 17 septiembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social), Sentencia núm. 365/2002 de 6 mayo.

²³ RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., “*La incapacidad permanente para el trabajo*”, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 176 y 177.

el que sentencia y determina la incapacidad o no y el grado de incapacidad, motivando esa objetividad exigida en el precepto legal²⁴.

El ejemplo más claro lo tenemos con ciertas enfermedades psicológicas o las llamadas “nuevas enfermedades” que se están aceptando ya como verdaderas patologías incapacitantes, como son por ejemplo la fibromialgia, el síndrome de la fatiga crónica, entre otras.

También es muy discutible el que las dolencias tienen que presentar una nota de definitiva o de curación incierta o a largo plazo, puesto que en muchas ocasiones se niega el carácter de definitivo.

Pero, la que sin duda alguna presenta más problemas, es que la alteración de la salud influya en la capacidad laboral de la persona²⁵, ya que esta es la que determina si un trabajador pueda acceder o no a una incapacidad permanente.

V. REVISIÓN Y EFECTOS DE LA INCAPACIDAD

Una vez determinada y otorgada la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, existe un procedimiento de revisión de la misma que se encuentra regulado por el RD 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; y la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

Las posibles causas para ejercer una revisión son las siguientes:

- Por agravación,
- por mejoría,

²⁴ ALBERT EMBUENA, V., “La delimitación conceptual de la incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2013, pág. 8.

²⁵ *Ibidem*.

-por error de diagnóstico,

-y por la realización de trabajos por cuenta ajena o propia del pensionista.

De conformidad con la LGSS, toda resolución del INSS, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente hará constar necesariamente el plazo, que será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión, a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en tanto que el beneficiario no haya cumplido 65 años²⁶.

No obstante, en el caso de que el pensionista por incapacidad permanente estuviera compatibilizando su pensión con el desempeño de cualquier profesión o trabajo, por cuenta propia o ajena, el INSS podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión sin sujeción a los plazos establecidos en la resolución inicial o de revisión –y siempre que el pensionista no haya cumplido los 65 años–.

También las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán ser revisadas en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, en tanto que el beneficiario no haya cumplido 65 años.

Cabe precisar que la realización de un trabajo por el pensionista permite iniciar un expediente de revisión de grado en tanto hay un indicio razonable de que el estado del incapacitado haya mejorado. Pero ello no quiere decir, necesariamente, que el grado reconocido deba rebajarse –y suprimir la prestación correspondiente– mientras no se pruebe una mejoría real del trabajador, para lo que se exige comparar las dos situaciones patológicas que evidencien la variación de las dolencias, y que esa variación tenga trascendencia en cuanto a la capacidad de trabajo²⁷.

Si las dolencias son las mismas –como puede ser una paraplejia por lesión medular con necesidad de silla de ruedas y necesidad de ayuda de tercera persona– aunque el

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V., “Edad máxima para la revisión del grado invalidante”, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 26, 2004.

²⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Las reformas llevadas a cabo en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia por la Ley 27/2011”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 153, 2012.

trabajador realice un trabajo remunerado, no hay una causa legal que conlleve a modificar el grado inicialmente reconocido y por consiguiente tampoco se pueda suspender la prestación de oficio²⁸.

En este sentido es preciso apuntar que el criterio doctrinal es unánime al respecto, en donde viene a establecer que no toda agravación o mejoría puede dar lugar a la revisión de la incapacidad declarada con anterioridad, sino sólo aquella que por su entidad y repercusión en la capacidad laboral o residual, implique una variación susceptible de dar lugar a un grado de invalidez distinto del inicialmente declarado²⁹.

Si el la persona con la invalidez desarrolla cualquier trabajo autónomo o por cuenta ajena, el INSS podrá, de oficio o a instancia del interesado, solicitar la revisión sin esperar a que transcurra su plazo³⁰, plazo que dictan los Directores provinciales del INSS a partir del cual se puede instar la revisión de la incapacidad por agravación o mejoría.

Por tanto es el INSS, a través de sus órganos correspondientes, quien tiene la función de revisar la incapacidad, así como reconocer si procede el derecho a las prestaciones económicas por incapacidad permanente y determinar la contingencia que causa la misma (art. 200 de la LGSS).

Como resultado de la revisión, pueden producirse los siguientes efectos:

- 1) Que se confirme el grado de incapacidad.
- 2) Que se reconozca distinto grado y, por consiguiente distinta pensión. En este supuesto rigen las siguientes reglas³¹:

- Si el nuevo grado reconocido da derecho a una pensión de cuantía

²⁸ STS 23-4-2009 [RJ 2009, 3115].

²⁹ JUÁNIZ MAYA, J.R., “La calificación y revisión de la invalidez permanente en el sistema español de Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, 1993, pág. 13.

³⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La Suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2009.

³¹ Art. 21 D. 3158/1966 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, y art. 40 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

diferente, ésta comenzará a percibirse a partir de la resolución definitiva.

- Si se percibía una pensión y como consecuencia del nuevo grado se reconoce una cantidad a tanto alzado, dejará de percibir la pensión a partir de la fecha de la resolución definitiva y sólo se le abonará la diferencia que en su caso exceda del importe total percibido por la pensión.

- Si el nuevo grado da derecho a una cantidad a tanto alzado de distinta cuantía, se abona el exceso si es superior; si es inferior no hay obligación de devolver el defecto.

- Si se percibió cantidad a tanto alzado y el nuevo grado da derecho a una pensión, ésta tendrá efecto a partir de la resolución definitiva, pero no se abonará en tanto no se deduzca el importe de las mensualidades de la cantidad a tanto alzado percibidas que excedan de las transcurridas desde que se reconoció el derecho a la pensión.

3) La extinción de la situación de incapacidad –por no reconocerse ningún grado de invalidez– y por supuesto de la prestación. En este caso la pensión deja de abonarse a partir del día siguiente de la resolución definitiva. Si se hubiese percibido cantidad a tanto alzado, no hay obligación de devolverla.

4) Si como consecuencia de la revisión del grado por mejoría procediera reintegro del pago de la prestación, el importe de devolución no comprenderá recargo o intereses (art. 26 de la LGSS), sin perjuicio de que proceda aplicar intereses de demora si se dan las circunstancias previstas en el art. 24 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, art. 200.3 de la LGSS.

5) Revisión de grado por distinta contingencia de la inicialmente reconocida. Llegados a este punto es importante recalcar en cuanto a la revisión, que el TS no autoriza al INSS a revisar de oficio por mejoría, aunque el pensionista venga realizando trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia, “siempre que el estado incapacitante actual coincida con el que tenía cuando se le concedió la pensión”. Muestra de ello son las distintas sentencias que se

han pronunciado sobre ello³².

VI. PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Incapacidad permanente total

La prestación económica de IPT para la profesión habitual consiste en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuere menor de 60 años (art. 196.2 de la LGSS), y que será el resultado de aplicar el porcentaje del 55 por 100 sobre la base reguladora.

2. Incremento por incapacidad permanente total cualificada

El porcentaje de la pensión por IPT puede verse incrementado en un 20 por 100 –alcanzándose entonces el 75 por 100– *“cuando, por razones de edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de que el trabajador obtenga un empleo en actividad distinta a la habitual anterior”*, (art. 196.2 de la LGSS). Cuando se produce esta situación se denomina incapacidad permanente total cualificada.

Esta situación no es un grado de incapacidad diferente al de la IPT, sino que en base a la concurrencia de diversas circunstancias socioeconómicas, se consigue una remuneración económica distinta.

Para obtener este incremento de la pensión, o lo que es lo mismo la incapacidad permanente total cualificada, se tiene que ser mayor de 55 años, y no ejercer ninguna actividad, ni cobrar prestación por desempleo³³.

³² STS 23 abril 2009 (RJ 2009, 3115) Rec. 2512/2008 y 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 383) Rec. 2066/2009.

³³ Resolución de 11 de abril de 1990 (RCL 1990, 890), de la Secretaría General de la Seguridad Social.

3. Indemnización a tanto alzado sustitutiva de la pensión

La pensión de IPT puede ser sustituida por una indemnización a tanto alzado (art. 196.2 de la LGSS), siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- 1º Que el beneficiario sea menor de 60 años.
- 2º Que las lesiones sean definitivas, presumiéndose que no son susceptibles de modificación por revisión de la incapacidad.
- 3º Que se acredite que el beneficiario está trabajando por cuenta ajena o propia o, que la indemnización se invierta en un proyecto que genere ingresos como trabajador autónomo, siempre que pueda desarrollar la actividad de que se trate.
- 4º Que la solicitud se presente en el plazo de tres años siguientes a la fecha de la resolución, o sentencia firme, que le reconozca el derecho a la pensión de incapacidad permanente total. Si es menor de veintiún años, dentro de los tres años siguientes al cumplimiento de dicha edad.
- 5º Que la declaración de incapacidad permanente no se haya efectuado tras finalizar la prórroga de la incapacidad temporal.

La cuantía de la indemnización será distinta según la edad del beneficiario en el momento de su solicitud.

4. Incapacidad permanente absoluta

En el caso de la IPA se utiliza el mismo método para determinar la cuantía de prestación que en la IPT³⁴.

En cuanto al porcentaje, la prestación económica correspondiente a la IPA consistirá en una pensión vitalicia cuya cuantía será equivalente al 100 por 100 de la base reguladora

³⁴ Resultado de hallar el promedio de las bases de cotización acreditadas en un determinado período inmediatamente anterior al hecho causante, una vez determinada la base reguladora, consiste en aplicar el tipo, con la aplicación del tipo se obtiene la cuantía de la pensión correspondiente a cada tramo temporal (Prestaciones de la Seguridad Social. Acción protectora, Practicum Social 2017. BIB 2017\169 , Editorial Aranzadi, enero de 2017).

(art. 196.3 de la LGSS).

La base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente varía en función del origen común o profesional de la incapacidad. Para la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común se seguirán unas operaciones dadas por la ley³⁵.

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, cuando la incapacidad permanente proceda de accidente de trabajo o enfermedad profesional serán de aplicación para determinar la base reguladora, “las normas aplicables en 30 de junio de 1972”; normas que, según los arts. 2 y 50 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, son las previstas en el Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, normas que permanecen todavía en vigor. Estas disposiciones señalan que la base reguladora coincidirá con el “salario real” percibido por el trabajador en el momento del accidente o, en su caso, de la baja³⁶, y ello aunque la empresa no hubiera cotizado por las cantidades debidas³⁷; todo ello con el fin de compensar el perjuicio realmente sufrido por el beneficiario.

En el caso de beneficiarios mayores de 65 años que no pueden acceder a la pensión de jubilación por acreditar un período de cotización inferior a quince años, la cuantía de la pensión de IPA consistirá en el 50 por 100 de la base reguladora³⁸.

³⁵ Leyes 40/2007, de 4 de diciembre (LA LEY 12139/2007), 26/2009, de 23 de diciembre, y 27/2011, de 1 de agosto.

³⁶ SANZ MERINO, A.R., *Manual básico del sistema de la Seguridad Social*, edición n.º 1, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pág. 105.

³⁷ STS de 20 de febrero de 1989 (LA LEY 1184-4/1989).

³⁸ STS 22-6-2010 [RJ 2010, 2709].

5. Gran invalidez

La pensión de GI da derecho al 100 por 100 de la base reguladora, más un “complemento” destinado a que el incapacitado pueda remunerar a la persona que le asiste, ya que recordemos que este grado de incapacidad precisa de la ayuda de una tercera persona para realizar las tareas más esenciales de la vida, como vestirse, asearse, alimentarse, u otras análogas.

Tal complemento es el que asciende al resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante, y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente, garantizándose como importe mínimo el 45% de la pensión percibida sin el complemento. Atendiendo al art. 196.4 de la LGSS, el importe de este complemento no se calcula teniendo en cuenta la prorrata de pagas extraordinarias³⁹, pues el precepto sólo hace referencia a los porcentajes del 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y al 30% de la última base de cotización del trabajador, sin ningún otro añadido ni consideración.

Este complemento de la GI no puede ser objeto de embargo, al no tener propiamente la consideración de pensión, y tener una finalidad concreta, determinada y básica como es atender con razonable dignidad a su subsistencia⁴⁰.

VII. NACIMIENTO Y DURACIÓN DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El derecho a las prestaciones económicas nace cuando concurren las condiciones de acceso a las mismas, siempre que mediante resolución sea declarada la incapacidad (art. 200 de la LGSS). La efectividad del derecho coincide con el momento del hecho causante.

“El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente.

En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una

³⁹ STS 16-6-2010 [RJ 2010, 2706].

⁴⁰ SAP Civil, 27-6-2014 [PROV 2014, 190917].

incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considera producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI”⁴¹.

En función de lo anterior, cabría fijar que las únicas fechas constitutivas del hecho causante en la pensión de incapacidad permanente deben ser la del dictamen propuesta del EVI o, en su caso, la extintiva de la incapacidad temporal⁴².

1. Duración y causas de suspensión

Las pensiones por incapacidad permanente son vitalicias y se mantienen hasta que se produzca una causa de extinción de las mismas. Se perciben mensualmente, en catorce pagas al año, salvo cuando la causa sea accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso son doce mensualidades.

La suspensión de la pensión se produce si concurre alguno de los supuestos previstos en la norma⁴³, y son los siguientes:

- Si el beneficiario ha actuado fraudulentamente para obtener la prestación.
- Si la incapacidad permanente es debida o se agrava por imprudencia temeraria del beneficiario.
- Si el beneficiario rechaza o abandona, sin causa razonable, el tratamiento médico o el proceso de rehabilitación.
- Por sanción, cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o por cuenta ajena, si la actividad es incompatible con la pensión. En este caso podrá suspenderse la prestación con independencia del reintegro de lo indebidamente percibido y de, si fuera el

⁴¹ Orden de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, artículo 13 número 2.

⁴² MARTÍNEZ SEPTIEN, J.F., “El hecho causante de la pensión de incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral Legislación*, núm. 8, 1998.

⁴³ Art. 23.1 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

caso, de la posible revisión de grado⁴⁴.

Tal suspensión se decide por el INSS de oficio cuando el procedimiento de revisión del grado se haya iniciado porque se esté realizando un trabajo, por cuenta propia o ajena, siempre que la actividad laboral sea incompatible o exceda de los límites permitidos⁴⁵.

2. Causas de extinción

Las pensiones de incapacidad permanente se extinguen por alguna de las siguientes causas⁴⁶:

- Por revisión de la incapacidad permanente.
- Por reconocimiento de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.
- Por sanción como consecuencia de incurrir en falta grave por realizar trabajos incompatibles con la incapacidad.
- Por fallecimiento del beneficiario.

VIII. LA COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE CON EL TRABAJO REMUNERADO

Llegados a este punto del trabajo se hace vital analizar si las prestaciones por incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, se pueden compatibilizar, o no, con la realización de un trabajo remunerado, sea por cuenta ajena o por cuenta propia. Como ya se ha apuntado, si la valoración inicial del grado de incapacidad permanente resulta compleja,

⁴⁴ Art. 47.1.d) en relación con art. 25.1, ambos del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁴⁵ Art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en relación con el art. 141.2 de la LGSS.

⁴⁶ Art. 23.1 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

determinar si el incapacitado permanente puede trabajar o no, se hace aún mucho más complejo.

Para ello se deben analizar dos cuestiones fundamentales: primero, hay que saber cómo valorar la incapacidad del trabajador, con referencia a la profesión o bien al grupo profesional en el que estaba encuadrado; y, segundo, saber valorar las funciones que realizaba antes del hecho causante y las que luego se pretendan llevar a cabo.

La reforma introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en el art. 141.1 de la LGSS⁴⁷, es la que introduce la mención al grupo profesional a la hora de valorar la capacidad laboral, que supuso curiosamente eliminar la referencia al concepto de “profesión habitual”, limitándose solo a la profesión del declarado incapacitado⁴⁸.

Con la referencia al grupo profesional, se hace más compleja la valoración de la capacidad laboral, ya que surge la duda sobre si el legislador está entendiendo que el incapacitado permanente total lo es, no solo para la profesión que desempeñaba en el momento del hecho causante, o para todas las incluidas en su grupo profesional, y por tanto la incompatibilidad alcanzaría a todas las profesiones de ese mismo grupo profesional⁴⁹.

La IPT no significa incapacidad para todas las profesiones que están incluidas en un grupo profesional, porque podríamos dar muchísimos ejemplos de actividades en las que se pierde la capacidad para realizar determinados trabajos, pero no por ello significa que no se pueda ejercer otra actividad dentro de un mismo grupo profesional⁵⁰.

⁴⁷ El primer párrafo del apartado 1 del art. 141 queda redactado en los siguientes términos: En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

⁴⁸ “La compatibilidad atiende al examen de las funciones del grupo profesional, no a la identidad de la profesión y de las tareas, que eran los criterios hasta ahora barajados en la jurisprudencia”, [<http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/la-reforma-de-la-seguridad-social-2011/> (visto el 25/5/2017)].

⁴⁹ RODRIGUEZ INIESTA G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.184, 2016, pág. 15.

⁵⁰ Sentencia núm. 1056/2005 de 30 septiembre del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección3ª).

A partir de la entrada en vigor de la reforma del uno de enero de 2013⁵¹, la compatibilidad entre la pensión por IPT y el trabajo queda limitada a que las nuevas funciones a desempeñar por el incapacitado no coincidan con las valoradas en el expediente de invalidez y que originaron su pensión, como dice la transcrita sentencia –RJ 2002, 3761– del Tribunal Supremo, “... nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquélla para la que ha sido declarado incapaz...”, tampoco procede admitir como argumento que permita tal incompatibilización el hecho de que las profesiones puestas en término de comparación pertenezcan a un mismo grupo profesional”.

1. En el caso de incapacidad permanente parcial

La IPP, según el antiguo art. 137.3 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio⁵², es aquella 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”.

De este modo, la compatibilidad de la situación de incapacidad con el trabajo retribuido del incapacitado está implícita en el propio concepto de este grado de incapacidad permanente⁵³, es decir, este grado de incapacidad al igual que la IPT es compatible con el trabajo, por cuenta propia o ajena, siempre que pueda desarrollar la actividad sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

⁵¹ Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

⁵² Actual art. 194.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵³ GALA VALLEJO, C., “Las pensiones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social Española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 1993, pág. 73.

2. En el caso de incapacidad permanente total

Como ya hemos mencionado anteriormente en este trabajo, cuando un pensionista por IPT quiere ejercer un trabajo, la normativa establece que “... *si el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, el INSS podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión...*”⁵⁴. Esta potestad que se reserva el INSS para poder instar una revisión de grado se debe hacer conforme a la normativa aplicable⁵⁵. Pero con esta cuestión se plantean dos problemas:

1º La actuación casi automática del INSS de someter a revisión a todo incapacitado total para la profesión habitual que comunica la realización de un nuevo trabajo, comparando las lesiones por las que fue declarado incapaz con la nueva actividad.

Hay que recordar, que este precepto legal es creado con el fin de fomentar la ocupación de los trabajadores, y que autoriza a las empresas a que puedan reducirles el salario hasta un determinado importe, siempre que no influya de forma perjudicial el estado de incapacidad en el trabajo, y siempre que el trabajador esté conforme⁵⁶. De aquí, que si el nuevo trabajo es distinto del que fue valorado inicialmente debe ser reconocido como compatible con la prestación de incapacidad.

2º La posibilidad mientras se realiza la revisión, de que la entidad gestora pueda suspender temporalmente el abono de la pensión⁵⁷.

Lo que se permite al INSS es suspender la prestación por medio de la revisión cuando se trata de un beneficiario de una prestación por IPA o GI, y las actividades pueden exceder de lo previsto en el art. 198.2 de la LGSS, pero no contempla en modo alguno que la entidad gestora pueda decidir la suspensión de la prestación cuando sea el beneficiario de una presta-

⁵⁴ A tenor del art. 200.2 párrafo segundo de la LGSS.

⁵⁵ RD 1300/1995, de 21 julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁵⁶ Art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁵⁷ Art. 18.4 de la de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en relación con el art. 141.2 de la LGSS.

ción de IPT.

3. En el caso de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez

El art. 198. 2 y 3 de la LGSS disponen lo siguiente:

“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 inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

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 1 del artículo 213 de esta Ley”.

El art. 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, establece también lo siguiente:

“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”.

No obstante, son varios los aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar si la persona incapacitada en el grado de IPA o de GI puede o no trabajar⁵⁸:

1º Las actividades a desempeñar tienen que ser compatibles con el estado del inválido, si el pensionista desarrolla una actividad incompatible incurre en una infracción grave conforme al art. 25.2 LISOS⁵⁹.

⁵⁸ Art. 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, dispone que el pensionista de IPT/IPA/GI que simultanee la percepción de la pensión con la realización de un trabajo, por cuenta ajena o propia debe comunicarlo a la Entidad gestora. Esta Entidad, con base a esa información, podrá determinar la revisión de la incapacidad.

⁵⁹ MORENO DE VEGA Y LOMO, F., “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 4, 2013.

2º Que no supongan o representen un cambio en su capacidad a efectos de una revisión de grado.

Por lo tanto, es obvio que en los casos de IPA y GI la compatibilidad se hace mucho más compleja que en el caso de una IPT. Si el grado de absoluta, para todo trabajo, es la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio (art. 194.5 de la LGSS), es difícil conectar esta exigencia con la compatibilidad de una profesión u oficio.

Tradicionalmente se venía entendiendo que la compatibilidad se refería a trabajos marginales —escasamente relevantes—, que no están comprendidos en las funciones de una profesión u oficio y que no precisan su alta en la Seguridad Social⁶⁰, interpretación que se presumía restrictiva de cara al incapacitado.

En los últimos años tal interpretación de la compatibilidad entre la pensión de IPA o GI con el trabajo se presenta algo más benévola. Prueba de ello es la Sentencia del TS, de 30 de enero de 2008 —a la que han seguido en la misma línea otras muchas⁶¹—, cuyas manifestaciones son las siguientes:

a) Que se es consciente de las dificultades que entraña el juicio de IPA, es por esta razón por lo que hace que sea muy coherente el tratar su compatibilidad con el trabajo;

b) Que no existe disposición legal que se refiera a la exigencia de que las actividades sean “marginales”;

c) Que de la literalidad del art. 198.2 de la LGSS, se extrae la plena compatibilidad entre pensión y trabajo “la pensiones... no impedirán... aquellas actividades... compatibles”, al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida;

d) Que todos tenemos derecho al trabajo, y por tanto no puede negarse a quien percibe una prestación por IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 de la CE y lo corroboran los arts. 198.2 de la LGSS, 2 del RD 1071/1984 de 23 Mayo, y 18.4 de la OM

⁶⁰ ROQUETA BUJ, R., “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 29, febrero 2001.

⁶¹ SST14-10-2009 (Rec. 3429/08), la Sala IV. Sala de lo Social, Sección 1ª, de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/07) (RJ 2008, 1984) y 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/08).

18/01/96;

e) Que una opción interpretativa contraria llevaría a tratar en mejores condiciones a los trabajadores declarados en IPT, que a los declarados en IPA al que se le prohibiría toda actividad, a excepción de los trabajos marginales.

f) Que la incompatibilidad sería desmotivadora para aquellos que estando en situación de IPA o GI quieran reinsertarse social y laboralmente, porque la suspensión de la pensión por estar compatibilizando con un trabajo llevaría a perder cualquier estímulo económico en una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del incapacitado.

g) El art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social ha de ser considerado *ultra vires* respecto de la compatibilidad que establece el art. 198.2 de la LGSS –recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno–, y por ello sus prescripciones no tienen eficacia jurídica alguna.

En el caso de la GI, recordar que aunque el supuesto más habitual es el de una IPA que necesita la ayuda de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida –lo que hoy se llama actividades básicas de la vida diaria⁶², hay que recordar –como ya se ha señalado en este trabajo–, que también un incapacitado permanente total si precisa de esa ayuda de tercera persona podrá acceder a la condición de GI. En la IPT la compatibilidad con el trabajo es aún más viable puesto que solo se le exige el realizar una actividad distinta a la profesión habitual. Y la calificación de GI es un complemento a la pensión cuya finalidad es precisamente poder compensar los gastos que una persona necesita al precisar una ayuda básica de la vida diaria, como vestirse, asearse, alimentarse, u otras análogas. Por consiguiente, a éste le será aplicable el régimen de compatibilidad entre pensión y trabajo previsto en el art. 198 de la LGSS en cualquier grado de incapacidad permanente que se haya reconocido, ya sea IPT o IPA.

En cualquier caso, el incapacitado que simultanee el percibo de la prestación de inca-

⁶² Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

pacidad permanente con la realización de un trabajo, por cuenta ajena o propia, queda obligado a comunicar a la entidad gestora tal circunstancia con el fin de que se determine si dicha actividad ejercida es compatible con la situación del incapacitado, o si por el contrario representa un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de la revisión del grado por mejoría, procediendo la suspensión de la pensión solo cuando el trabajo desarrollado exceda de los términos recogidos en el art. 198 de la LGSS. El incumplimiento de tal obligación dará lugar a la comisión de una falta leve⁶³.

IX. SENTENCIAS SOBRE COMPATIBILIDAD/INCOMPATIBILIDAD DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL TRABAJO

A continuación se hace imprescindible analizar lo que la doctrina y la jurisprudencia determina en los casos de compatibilidad/incompatibilidad, entre las citadas pensiones y la realización de un trabajo. Para ello, comentaremos diferentes sentencias que invitan a reflexionar sobre la falta de similitud del vigente régimen jurídico sobre incapacidades permanentes, y la realidad a la que se enfrentan todos los incapacitados que quieren ejercer su derecho al trabajo.

Además, trataremos sentencias en las que el beneficiario de la prestación por incapacidad permanente es también persona que presenta un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Son en definitiva sentencias en las que las personas ostentan la condición de discapacitados y, por ello, son titulares también del derecho de integración laboral.

Como hemos visto, la normativa actual articula un sistema de valoración discrecional de la pérdida funcional del trabajador basado en un análisis individualizado, que define la incapacidad permanente.

El INSS en primer término, el Magistrado de instancia en su caso, la Sala de lo Social en último extremo, proceden a una objetivación de los menoscabos del trabajador y los relacionan con los cometidos de la profesión habitual, si se cuestiona una IPP o una IPT, o con los propios de aquellas actividades livianas y sedentarias si se trata de una posible IPA, para

⁶³ Art. 16.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

acabar reconociendo, o no, el derecho a la prestación en cada caso concreto⁶⁴.

Como hemos comprobado hasta ahora, y según se desprende de la normativa, todo apunta que en principio no hay problema en compatibilizar la pensión con el trabajo; sin embargo son numerosísimas las sentencias que demuestran la complejidad del asunto que tratamos.

1. En la Incapacidad Permanente Total

En cuanto a la compatibilidad con el trabajo remunerado por cuenta propia o ajena y la IPT, podemos citar numerosas sentencias –como la de la Sala Cuarta del TS de 6 de febrero de 2007, la de 26 de noviembre de 2004, 19 de abril de 2005, 10 de octubre de 2005, entre otras–, en las que se produce la revisión de la declarada IPT por parte del INSS tras la realización de una nueva actividad por parte del incapacitado, en los que se declara incompatible el percibo de la pensión con la nueva profesión u oficio realizado, por lo que los incapacitados totales se ven obligados a acudir a la vía judicial. En dichas sentencias los recurrentes no se oponen a la revisión de la incapacidad por parte del INSS, sin embargo si discrepan sobre la incompatibilidad de la prestación y el desempeño de sus nuevas tareas.

En todas las sentencias mencionadas en el párrafo anterior se coincide argumentando lo siguiente:

1º.- No es posible someter a nuevo análisis de calificación cada desempeño profesional ulterior a la declaración de la IPT para una determinada profesión porque tal actuación no sólo carecería de soporte normativo alguno, sino que sería contraria a los preceptos normativos de la LGSS.

2º.- Cuestión distinta a la que constituye el objeto litigioso pudiera ser la falta de aptitud psico-física para el desempeño de otra profesión distinta de aquella a que se refiere la declaración de incapacidad total y por las mismas deficiencias que la determinaron, y con efecto no dirigido a la privación o suspensión del derecho a percibir la pensión de IPT.

⁶⁴ MORENO PUEYO, J.M., “La integración laboral de los discapacitados y las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.78, 2008.

Conforme a las mencionadas sentencias, el art. 137.4 de la LGSS⁶⁵ tiene un carácter especialmente profesional, relacionando la IPT a la imposibilidad del trabajador para realizar las tareas fundamentales de la profesión que realizaba, recibiendo una prestación de la Seguridad Social por ese motivo desde el momento en que ya no está en condiciones de desarrollar las labores fundamentales de la misma.

Conviene resaltar que la valoración se realiza en función de la profesión –que no del puesto concreto de trabajo–. Dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones, es instaurar entre dichos incapacitados una inseguridad jurídica.

La IPT exige un análisis concreto de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión u oficio. Lo que no autoriza la Ley es a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que pueda ejercitar en el futuro una persona, sino es con el fin de revisión.

El legislador opta por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto, aunque fuese en la misma empresa.

Por tanto, nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por IPT con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquélla para la que ha sido declarado incapaz.

A tenor de lo expuesto, cabe mencionar que existen sentencias como la del TS, Sala Cuarta de lo Social, de 20 junio 2013, entre otras, en donde el incapacitado permanente total ejerce actividades incompatibles con la prestación. Al demandado se le reconoció la IPT para su profesión de titular de establecimiento de hostelería-camarero por lo que dicha declaración se extiende a ambas actividades, es decir, dirección del establecimiento de hostelería y trabajos como camarero, por lo que la realización de dirección de hostelería del ya declarado incapacitado era incompatible con su IPT. Por ese motivo se le reclama el reintegro de la prestación por parte del INSS, y por consiguiente la Sala del TS termina fallando que la actuación

⁶⁵ Artículo actualmente equivalente al art. 194.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

llevada a cabo por la entidad gestora resulta conforme a derecho. En este sentido, lo que resulta más relevante en esta sentencia es la valoración de las funciones que realizaba antes del hecho causante y las que luego se pretendan llevar a cabo, pues estas son las mismas por las que se le había declarado incapacitado.

2. En la incapacidad Permanente Absoluta y la Gran Invalidez

En referencia a la compatibilidad e incompatibilidad de la incapacidad permanente en el grado de absoluta y de la GI con la realización de un trabajo, como ya se ha apuntado en esta investigación, esta se hace mucho más compleja en la práctica que las incapacidades en el grado de total.

En este sentido, vamos a empezar analizando sentencias que analizan la compatibilidad con el trabajo, ya sea por cuenta ajena o propia, y la pensión de IPA.

La primera de ellas, es la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 20 de diciembre de 1985, donde el actor había sido declarado incapacitado permanente en el grado de absoluta para todo trabajo, recibiendo por ello la correspondiente pensión durante años.

Los hechos son los que siguen:

El recurrente, tras ser declarado incapacitado absoluto empieza a ejercer servicios profesionales como Secretario de la Administración Local en el Ayuntamiento de su localidad, por este motivo el INSS deniega al recurrente el derecho a continuar percibiendo tal pensión como hasta la fecha había estado haciendo.

En la sentencia, la Sala de lo Social del TS se centra en resolver básicamente dos problemas: el primero se refiere a la compatibilidad o incompatibilidad de la pensión con la actividad desarrollada por el demandante, y el segundo, en saber si el INSS procedió conforme a derecho denegando el percibo de la pensión.

A este respecto, el TS señala que el art. 138.2 de la LGSS⁶⁶, donde las pensiones derivadas de estas situaciones no impiden el ejercicio de aquellas actividades sean o no lucrativas compatibles con el estado del inválido, dice el Tribunal que ha de entenderse de forma que el

⁶⁶ Actual art. 198.2 de la LGSS.

legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal en el sentido de ser de mínima significación y relieve, señalando el Tribunal que otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina que ha ido aplicado en numerosas sentencias esta Sala, que tiene reiteradamente declarado que la IPA es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad, por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del art. 138.2 de la LGSS el resultado sería una contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo, máxime cuando el trabajo que realizaba al ser declarado en IPA y el que ahora presta son de naturaleza similar.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, sobre si constatada la incompatibilidad el INSS procedió o no correctamente denegando la pensión, señala el Tribunal lo siguiente:

1. ° Que el actor incumplió la obligación de comunicar a la entidad gestora que realizaba el trabajo de Secretario, y que tal situación debió darse a conocer⁶⁷.

2. ° Que el INSS pudo utilizar y podrá utilizar en el futuro, si ha lugar a ello, la vía de la revisión o incluso el procedimiento sancionador para depurar las responsabilidades en que hubiera podido incurrir el demandante, y naturalmente puede proceder a solicitar el reintegro de la prestación indebida.

Concluye por tanto la Sala de lo Social del TS, que el INSS actuó conforme a derecho denegando el percibo de la prestación por IPA al actor, y por ende acaba desestimando las pretensiones del recurrente.

Otra de las sentencias, esta vez del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 5882/2006 de 5 septiembre, los hechos son los que siguen:

⁶⁷ El art. 2 del Real Decreto 1071/84 de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social, establece en su primer punto 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”. En su punto segundo establece que “el incumplimiento de la obligación establecida en el número anterior dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el número 1 del artículo 8 en relación con el artículo 7, número 1, letra b), ambos del Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social . Ello, con independencia de la obligación de reintegro de los importes indebidamente percibidos de la pensión, conforme a lo establecido por el artículo 56, número 1, de la Ley General de la Seguridad Social [entiéndase, artículo 55.1 de la LGSS 2015]”.

El demandante tiene reconocida por resolución del INSS una pensión por IPA para su profesión habitual de profesor de autoescuela, por una paraplejia por fractura-compresión de D12-L1, sufrida en accidente no laboral. El INSS procede a denegar al actor la solicitud de compatibilidad entre las tareas de Director de autoescuela y el cobro de la pensión que tiene reconocida.

El demandante denuncia ante esta Sala en su defensa, infracción de los arts. 10, 14 y 35 de la CE⁶⁸, así como del art. 141.2º de la LGSS⁶⁹, y sostiene que la profesión de Director de autoescuela es compatible con la percepción de la pensión de IPA. Pretensión que no es acogida por la Sala, basándose para ello en el art. 141.2º antes citado, que dice que la prestación de IPA tan solo permite el ejercicio de aquellas actividades que sean compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, y señala que esto no sucede con el trabajo de Director de autoescuela que exige un nivel de intensidad y capacidad laboral que no es compatible con la situación de incapacitado absoluto. Apunta que en el caso de que dicha actividad pueda llevarse a cabo, se evidenciaría una capacidad de trabajo suficiente que daría lugar a una revisión de la situación.

La sentencia recoge otras muchas sentencias como apoyo a su resolución, tales como la STS de 26 de enero de 1989, en las que se citan otras, como la STS del 6 de octubre de 1987, STS de 3 y 23 de noviembre de 1987 y STS de 17 de enero de 1989; donde se establece que es cierto que este precepto no consagra prohibición legal de trabajo para el inválido permanente absoluto, *“pues de la titularidad de tal derecho, en tanto que inherente a la naturaleza humana y reconocido con valor cívico por el art. 35.1 de la CE, no cabe excluir, a modo de imponerle prohibición, a quien se hallare en la citada situación”*. Pero en esas mismas sentencias se razona y se establece que dicho precepto solo permite *“una compatibilidad entre tal percepción y la realización por el inválido de determinadas actividades, ciertamente marginales, que no entrañen el ejercicio de una profesión u oficio, pues no deben*

⁶⁸ Art. 10 CE, es un derecho fundamental, relativo a los derechos de la persona. Art. 14 CE, es un derecho fundamental, relativo a la igualdad ante la Ley. Y el art. 35 CE, es un derecho relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos, concretamente establece que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo.

⁶⁹ Actual art. 198 de la LGSS, que establece las compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente.

manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión con las consecuencias económicas correspondientes”.

La sentencia recoge que el ejercicio de la profesión de Director de autoescuela no constituye una actividad marginal y residual, sino que resulta ser una profesión con un nivel de exigencia, responsabilidad y dedicación muy elevado, manifiestamente superior a muchas otras profesiones y que se muestra por ello incompatible con la situación de invalidez permanente absoluta.

Por consiguiente, se acaba desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandante contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Tortosa, contra el INSS, quedando abierta eso sí, la posibilidad de recurrir mediante recurso de casación para la unificación de doctrina.

En esta sentencia, lo más significativo es el voto particular de una magistrada, donde muestra su discrepancia con la conclusión de la mayoría de los magistrados que declaran la incompatibilidad entre la IPA y la tarea de Director de autoescuela. La mayoría mantiene que la tarea de Director de autoescuela exige un nivel de requerimientos, intensidad y capacidad laboral que no se puede considerar ni marginal ni residual, pues exige una capacidad laboral superior a la capacidad que pueda restar a la persona con incapacidad absoluta porque, con cita a la doctrina jurisprudencial –STS de 26 de enero de 1989–, el art. 141, 2 de la LGSS debe interpretarse en el sentido de que la compatibilidad entre la percepción de la prestación por incapacidad absoluta y la realización de actividad no puede conllevar la realización de una profesión u oficio, sino actividades marginales, pues la actividad no puede comprender un cambio de la capacidad de trabajo, pues en ese caso se debería proceder a la revisión de la prestación.

La magistrada discrepa porque entiende que se hace una valoración genérica del concepto jurídico de actividad, lucrativa o no, compatible con el estado del inválido absoluto que no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, y considera que es una interpretación restrictiva del reconocimiento de la compatibilidad, que considera se excede de la voluntad del legislador.

La magistrada defiende que el art. 141.2 de la LGSS establece que las pensiones vita-

licias de IPA o GI no impedirán aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Señala que la compatibilidad entre la percepción de una pensión por incapacidad laboral permanente y la retribución por la realización de actividades laborales, que se regula en el art. 2.1 del RD 1071/1984⁷⁰, impone a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, la obligación de comunicar la realización de actividades laborales al ente gestor. Asimismo la compatibilidad entre trabajo retribuido y pensión se reconoce de forma tácita en la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 2 de noviembre de 1992⁷¹, que señala la obligación de la persona incapacitada de darse de alta y cotizar si la actividad se encuentra incluida en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

Señala además, que el TS ha declarado en sentencia de 06/03/1989 que “... *de la definición legal de incapacidad permanente absoluta del art. 135.5 de la LGSS⁷² se deriva una cierta dificultad teórica para aceptar una nueva actividad laboral normal por parte del inválido. Pero frente a esto hay que señalar que la aparente rigidez de la definición se relativiza en el art. 138.2⁷³ al contemplar la posibilidad de desarrollo por parte del perceptor de una pensión de incapacidad permanente absoluta de actividades lucrativas o no compatibles con su estado*”; referencia legal, señala, que no tiene las connotaciones de ocasional y discontinuo.

Suscribe que de la declaración de IPA no se deriva ninguna prohibición para el inválido de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, y establece que el mismo Tribunal ha declarado la compatibilidad del trabajo con la percepción de la IPA en sentencias de

⁷⁰ Comunicación del ejercicio de actividades, establece 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”.

⁷¹ BOE de 24 de noviembre de 2002.

⁷² Actual art. 194.5 de la LGSS.

⁷³ Actual art 198 de la LGSS.

06/10/1987, 11/03/1987, 11/23/1987, 17/01/1989 y 01/26/1989, y ha precisado su doctrina que recoge que la situación de IPA es compatible con el desempeño de una actividad laboral a tiempo completo, con tal que no resulte perjudicial para el incapacitado⁷⁴. En consecuencia, no procede revisar el grado de incapacidad permanente declarado inicialmente por el hecho de que el beneficiario realice una actividad laboral compatible con su estado, si sus secuelas no han variado⁷⁵.

Apunta que esta misma Sala del TS también interpretó de forma clara en sentencia de 26/5/1997 que, comparando el régimen de compatibilidades entre las prestaciones contributivas y no contributivas, en el caso de las contributivas la prestación no depende de las rentas que obtengan, sino de la patología limitante, ya que en cuanto a la incapacidad permanente contributiva “... *la única limitación que se establece es [...] que no representan un cambio a efectos de revisión*”.

La sentencia de 16/12/1993 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, afirmó que de la declaración de incapacidad permanente no deriva ninguna prohibición al inválido de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, porque su prohibición sería contraria a lo dispuesto en el art. 35.1 de la CE. Actividad laboral compatible con la capacidad residual del discapacitado, llevada a cabo de acuerdo con las exigencias mínimas de continuidad, dedicación, eficacia y profesionalidad exigibles a todo trabajo, según la sentencia de 27/03/2001 del TSJ de Castilla-La Mancha.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco ha afirmado en sentencias de 02/20/2001 y de 11/10/2005, entre otras, que el art. 141.2 de la LGSS⁷⁶ establece expresamente la compatibilidad de las pensiones de IPA y GI con la posibilidad de llevar a cabo actividades laborales lucrativas siempre que estas sean compatibles con el estado del inválido, y que no supongan un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión. El Tribunal del País Vasco afirma que el primer requisito o condición se refiere a la protección de la salud del benefi-

⁷⁴ SSTs 30 enero 2008 (RJ 2008, 1984) (Ponente, Sr. De Castro Fernández); 10 noviembre 2008 (rec. 56/08); 1 (RJ 2010, 370); 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 383); 19 marzo 2013 (RJ 2013, 3055) (Ponente, Sra. Araste Sahún).

⁷⁵ STS de 23 abril 2009 (RJ 2009, 3115) (Ponente, Sr. De Castro Fernández).

⁷⁶ Actual art. 198 de la LGSS.

ciario, de tal forma que habrá incompatibilidad cuando el trabajo sea perjudicial para su salud. El segundo requisito o condición exige que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo del incapacitado que se ponga de manifiesto por el trabajo llevado a cabo, que pueda dar lugar a una revisión del grado de invalidez reconocido, porque su finalidad es impedir que se pueda seguir cobrando una pensión dirigida a proteger la incapacidad laboral si no existe la limitación que originó la pensión. La Sala concluye que fuera de estos dos supuestos, es compatible la pensión con el trabajo lucrativo.

La magistrada entiende que en el caso expuesto se debe partir de que las funciones de Director de autoescuela son compatibles con la paraplejia que afecta sus extremidades inferiores y sus esfínteres, como así también establecía la sentencia de primera instancia, que mantiene que las funciones de Director de autoescuela no representan un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión de la incapacidad, porque desgraciadamente las lesiones que padecen son irreversibles y por tanto persisten, de ser de otro modo el órgano gestor hubiera planteado la revisión de la incapacidad.

Entiende la magistrada que la sentencia, siguiendo el razonamiento de instancia, introduce un elemento nuevo en la norma que es el de que la actividad a realizar debe ser “marginal”, en contra de la doctrina y criterio jurisprudencial citado, de que la actividad compatible con la invalidez no tiene por qué ser ocasional o discontinua⁷⁷.

De este modo, el perceptor de una pensión de incapacidad permanente absoluta puede ejercer trabajos que no tienen por qué revestir el carácter de esporádicos, marginales o limitados, pues no se establecen estas limitaciones en la disposición legal que regula la tión⁷⁸.

Continúa la magistrada añadiendo que, la regulación y características concretas de la actividad de trabajo de Director de autoescuela⁷⁹ establece que la tarea de Director de autoes-

⁷⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A.B., “Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y desarrollo de un trabajo reenumerado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2005.

⁷⁸ GARCÍA NINET, J.I., *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 498 y ss.

⁷⁹ Regulada en el Real Decreto 1295/2003 de 17 de octubre que aprueba el Reglamento regulador de las Escuelas Particulares de Conductores.

cuela es una actividad de administración, organización y control de la actividad docente, sin que contemple la presencia constante en los locales de la autoescuela. Contrariamente, el Reglamento exige al titular de la autoescuela que de forma constante controle que el centro tenga los medios materiales y personales reglamentarios mínimos, con obligación de dar cuenta de las incidencias en la Jefatura Provincial de Tráfico. El titular –la esposa del recurrente–, es quién es responsable del cumplimiento de las normas reguladoras de las escuelas particulares de conductores.

Entiende la magistrada, tal como la propia sentencia reconoce, que la actividad de Director de autoescuela es compatible con la patología de paraplejia que sufre y no perjudica el estado del inválido sino que le beneficia. La actividad no conlleva revisión por mejoría de las limitaciones funcionales, porque estas son irreversibles y la actividad fundamentalmente administrativa con dedicación más o menos intensa, es compatible con su estado.

Recuerda la magistrada casos similares de compatibilidad del trabajo de incapacidades permanentes absolutos por paraplejia. Así se ha pronunciado la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en Sentencia de 6 de marzo de 2003, y sobre todo en la Sentencia de 15 de noviembre de 2005 del mismo órgano, que después de recordar la doctrina jurisprudencial citada, constata la realidad social en la que se aplicará la norma, y el hecho de que el incapacitado se incorpora al trabajo cada vez más, en la consecución no sólo del objetivo económico del trabajo sino también del objetivo de la reinserción social⁸⁰.

Por consiguiente, entiende la magistrada en su voto particular, que la mayoría de la Sala debía haber aplicado estrictamente el art. 141.2 de la LGSS⁸¹, sin entrar a valorar si el trabajo de Director de autoescuela es intenso, de dedicación importante, entre otros, atendidas las lesiones de paraplejia y no de limitación intelectual del recurrente, dado que el trabajo de Director no interfiere en su patología, ya que las limitaciones físicas que padece son irreversibles.

⁸⁰ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A.B., “Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y desarrollo de un trabajo reenumerado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2005.

⁸¹ Actual art. 198.2 de la LGSS, que establece 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”.

En consecuencia, discrepa de la decisión de la mayoría porque considera, por los razonamientos anteriormente argumentados, que debía haberse estimado el recurso y dejar sin efecto la resolución del INSS.

En otra sentencia mucho más actual, del TSJ del País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) 1205/2017 de 23 mayo, también se recoge el voto particular de una Magistrada que también discrepa con la Tesis sostenida en la decisión mayoritaria del resto de compañeros Magistrados.

Los hechos son los siguientes:

Al actor por Resolución del INSS de fecha 28 de octubre de 2009 se le declaró en situación de IPA, prestando en aquel momento la profesión de cocinero autónomo.

Con fecha 29 de junio de 2016 tiene entrada en el INSS comunicación del actor de inicio de la actividad laboral simultánea a la condición de pensionista consistente en programador informático con una jornada del 75%, las cuales se realizarán sentado frente a una pantalla de visualización de datos en el centro de trabajo de San Sebastián, con una jornada de 6 horas diarias, de lunes a viernes de 8 a 14 horas.

Por Resolución de fecha 11 de julio de 2016 se acuerda la indicación del procedimiento de suspensión de la pensión, con suspensión cautelar del disfrute de la prestación con efectos desde el 1 de agosto de 2016.

Con fecha 28 de julio de 2016 se declara la incompatibilidad de la pensión de IPA con los trabajos que efectúa, ya que la realización por el incapacitado de determinadas actividades, no precisamente marginales, que entrañan el ejercicio de una profesión no puede compatibilizarse con la percepción de la pensión. Interpuesta Reclamación Previa se desestima. El Dictamen Propuesta de fecha 15 de octubre de 2009 indica como cuadro clínico residual enfermedad aguda cerebrovascular por malformación de arterio-venosa, hemiplejía de predominio en miembro inferior izda, crisis convulsivas en tratamiento y las limitaciones orgánicas y funcionales de hemiplejía de predominio en miembro inferior izda.

La sentencia de instancia estima la demanda presentada por el actor , contra el INSS y

la TGSS; y declara el derecho del actor a compatibilizar la actividad de programador informático con la percepción de la pensión por IPA que tiene reconocida. Frente a dicha resolución se interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

Frente a la estimación de la demanda la Seguridad Social denuncia en el recurso la infracción de los arts. 193 , 194-c) y 198 de la LGSS (RCL 2015, 1700); y del art. 18.4 de la Orden de 18 de Enero de 1996 (RCL 1996, 263, 456) .

Establece que el demandante padece una enfermedad aguda cerebrovascular por malformación arterio-venosa; hemiplejía de predominio en miembro inferior izquierdo; y crisis convulsivas en tratamiento. Este estado dio lugar a que en 2009 la Seguridad Social le reconociera en estado de IPA, sin que dicho estado haya experimentado mejoría alguna.

El art. 198.2 de la LGSS dispone que las pensiones vitalicias en caso de IPA no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado.

La norma no establece la compatibilidad general entre IPA y actividad laboral (lo que constituiría una flagrante contradicción) sino la posibilidad de que el incapacitado absoluto, aun no pudiendo dedicarse a actividad laboral alguna por haber perdido la aptitud para el trabajo, pueda hacer uso de la capacidad residual que conserve para dedicarse a un trabajo de discreta intensidad en lo cuantitativo y en lo cualitativo.

Manifiesta que la compatibilidad que pretende el demandante no cuenta con amparo legal alguno, que aspira, sin abandonar la condición de incapacitado absoluto, a trabajar por cuenta ajena como programador informático con jornada continuada de 6 horas diarias de lunes a viernes (30 horas semanales, equivalente al 75% de una jornada ordinaria).

Suscribe que si el grado de incapacidad permanente fuera total, podría ser acogida su pretensión, pero el trabajo citado no es propio de quien, como el demandante, padece las graves mermas funcionales reseñadas. Si es capaz de realizar una jornada diaria de 6 horas por cuenta ajena, su estado no sería el de incapacitado absoluto. Revela que en tanto permanezca en esta situación, no puede desempeñar aquel trabajo. Y si considera que se encuentra capaci-

tado, habría de instar la revisión de la incapacidad.

Dicho lo anterior, terminan fallando que estiman el recurso de suplicación interpuesto por el INSS frente a la sentencia de 16 de Febrero de 2017, revocando la resolución impugnada.

La Magistrada desarrolla su voto particular con el siguiente tenor:

Tanto la Entidad gestora en su recurso como la sentencia aceptan que el cuadro residual y menoscabo funcional que aqueja al actor no ha variado, y por tanto el actor es tributario de dicho grado de incapacidad permanente, dado que padecía y padece una enfermedad con limitaciones funcionales consistentes en la hemiplejía en miembro inferior izquierdo, con imposibilidad de bipedestación estática, deambulación sostenida y actividades que exijan fuerza o destreza con la extremidad superior izquierda.

El único motivo planteado denuncia la infracción de los arts.193 , 194 c) y 198 LGSS (RCL 2015, 1700) aprobada por RDL 8/2015 de 30 de octubre, y art.18.4 OM de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1996, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, para sostener que es incompatible y por tanto se procede a la suspensión del abono de la prestación de IPA en tanto en cuanto el actor presta servicios por cuenta ajena y ello en aplicación del art.198 LGSS .

Razona la Entidad gestora que son compatibles las pensiones de IPA o de GI con el desempeño de actividades lucrativas siempre que: a) sean compatibles con el estado del incapacitado permanente, puesto que responde a la finalidad de proteger su salud (art. 43.1 CE (RCL 1978, 2836)), de manera que será incompatible con el percibo de la pensión cuando el trabajo que simultáneamente realiza resulte perjudicial para su salud ; y b) que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, puesto que carece de sentido que continúe percibiendo una pensión que se concede para proteger una limitación de la capacidad laboral cuya intensidad ha disminuido o desaparecido.

En el particular supuesto sostiene que, pese a la jurisprudencia que acoge mayoritariamente una interpretación flexible de la incompatibilidad con el trabajo de la pensión de

IPA, en este caso no es compatible, puesto que comporta un estado de preocupación, ocupación y tensión que es incompatible en su desarrollo con su afección neurológica, por más que desarrolle esas funciones vía contratación a tiempo parcial.

Tesis con la que muestra su disconformidad con base en los elementos fácticos reflejados en sentencia pero, sobre todo, con apoyo en la doctrina jurisprudencial.

La sentencia de instancia refleja que el actor en la actividad laboral iniciada realiza las tareas de programación informática de placas electrónicas y aplicaciones, llevándolas a cabo sentado frente a una pantalla de visualización de datos en el centro de trabajo de San Sebastián, en jornada de lunes a viernes de 8 a 14 horas, si bien disfruta de libertad de horario para llevar a cabo su jornada laboral de seis horas diarias, y flexibilidad, según señala la resolución judicial con apoyo en la testifical.

Pues bien; esta actividad laboral es compatible con la pensión de IPA, como apunta en referencia al actual art.198.2 LGSS - no ha de ser necesariamente una actividad marginal, máxime habida cuenta de la realidad que nos circunda también a nivel laboral, desatada por las nuevas tecnologías (la informática) y el teletrabajo, resultando que precisamente el actor se dedica a la programación informática a través de una pantalla de visualización de datos, en una actividad que se desarrolla en sedestación, en tarea que no se demuestra que implique de forma especial a la extremidad superior izquierda (el actor es diestro), siendo declarado apto por el servicio médico de empresa, ocupación que es a tiempo parcial y en la que goza de flexibilidad en sus horarios, paradas, pausas.

La interpretación de la norma que defiende el INSS y que acoge la mayoría de la sección en la que me integro, se aparta de la doctrina de la Sala Cuarta sobre esta particular cuestión, y supone hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT que al declarado en IPA tal y como expresamente advierte el Alto Tribunal al pronunciarse en estos supuestos, desmotivando la inserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI y que sin duda, a consta de esfuerzo, se inserta en el mercado laboral, postura que no cabe defender aludiendo a la presunta protección de la salud del incapacitado permanente puesto que ha sido declarado apto para el trabajo por el servicio médico de empresa, y no se aporta a las actuaciones un solo informe médico ni prueba pericial que apoye ese perjuicio para su salud.

La Sala Cuarta mantiene esta línea de compatibilidad de trabajos con la prestación de IPA en diversas sentencias⁸². Doctrina que en esta materia se resume así: "a) las dificultades que entraña el juicio de IPA y los amplios términos del art. 141.2 LGSS invitan a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo; b) no existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean «superfluas, accidentales o esporádicas»; c) la literalidad del precepto - art. 141.2 de la LGSS de 1994 -apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión [«la pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles»], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida; d) la remisión al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto , para la IPT; e) el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS, 2 RD 1071/1984 (RCL 1984, 1507) y 18.4 OM 18/01/96; f) la opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT, que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad -e ingresos- extramuros de la marginalidad]; g) la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo -psicofísico- por parte del inválido; y h) el art. 18.4 OMIL ha de ser considerado «ultra vires» respecto de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS [recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno] y -por lo mismo- sus prescripciones carecen de eficacia jurídica.."

De conformidad con este criterio jurisprudencial, la Magistrada sostiene en definitiva que debió confirmarse la sentencia recurrida.

En otra de las sentencias, concretamente en la STS del 1 de diciembre de 2009 (Sala de lo Social, Sección 1ª), el demandante dado de alta en la RETA como Administrador de su

⁸² Entre las más recientes SSTS 19 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3055) y 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 7109) -rcud. 2011/2012 y 3531/2009 - además de SSTS de 30 de enero 2008 (RJ 2008, 1984) -rcud. 480/2007 - reproducida en la STS de 14 julio 2010 (RJ 2010, 7109) -rcud. 3531/2009.

empresa, desarrollaba trabajos de mecánico de frío industrial, iniciando en 2004 un proceso de incapacidad permanente que finalizó en 2005 declarándose incapacitado permanente en el grado de absoluta por padecer una enfermedad cardiaca, estando limitado para trabajos de pequeños esfuerzos, tensión emocional y física, así como los que implican cambios bruscos de temperatura.

El demandante, que causó alta en la RETA en enero de 2006 por pasar a desempeñar el cargo de Administrador retribuido, lo comunicó al INSS, y este procede a suspender el abono de la prestación de IPA en julio de 2006 por ser incompatible el ejercicio de Administrador con el percibo de la pensión de IPA.

El demandante continúa presentando grave enfermedad coronaria con una capacidad física nula para todo tipo de trabajo que requiera esfuerzos físicos, señalando el especialista, *“que el desempeño de las tareas burocráticas simples de Administrador del demandante, no es perjudicial para su estado de salud, teniendo por el contrario un componente positivo de rehabilitación cardiológico en el aspecto anímico”*.

El fallo de la sentencia estima la demanda interpuesta por el demandante contra el INSS, declarando la compatibilidad de la actividad de Administrador con la percepción de la pensión por IPA que tiene reconocida, condenando al INSS a reanudarle el pago de dicha pensión desde la fecha en la que se cursó la suspensión.

El demandante en 2008 formula recurso de casación para la unificación de doctrina⁸³, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja de 24 de julio de 2003. También se alega la infracción del art. 141.2 de la LGSS⁸⁴ y el art. 2 del Real Decreto 1071/84, de 23 de mayo por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Segu-

⁸³ Art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

⁸⁴ Actual art 198 de la LGSS.

ridad Social⁸⁵.

La sentencia recurrida, acogiendo el recurso del INSS, considera que la incapacidad se reconoció en función de una actividad en la que la profesión principal era la de Administrador único y entiende que el grado de absoluta de acuerdo con la doctrina del TS, no puede considerarse compatible con el desempeño de actividades que constituyen el núcleo de una profesión, sino que ha de limitarse a actividades marginales. Se desestima la demanda, confirmando la suspensión acordada por el INSS. Contra este pronunciamiento recurre el actor, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social de la Rioja de 24 de julio de 2008. En las dos sentencias se trata de la gestión administrativa de un negocio familiar, y se excluye que las actividades administrativas desarrolladas sean perjudiciales para el estado del beneficiario; en el caso de la sentencia recurrida se afirma además que la actividad es beneficiosa. El problema se sitúa en la compatibilidad jurídica –no física– de la pensión con el trabajo. La contradicción se produce con la actividad compatible, que para la sentencia recurrida tiene que ser una actividad de carácter marginal que no comprende un ejercicio profesional como Administrador, aunque el trabajo puede adecuarse a las posibilidades del beneficiario. Podría rebatirse que en el presente caso la actividad que se ejerce es la misma que se desempeñaba antes de la declaración de la incapacidad, lo que no sucede en el caso de la sentencia de contraste, lo que sitúa la compatibilidad en un plano distinto, pues obviamente no podría estar incapacitado quien después de la declaración de incapacidad sigue desarrollando el mismo trabajo que realizaba con anterioridad.

El recurso denuncia la infracción del art. 141.2 de la LGSS⁸⁶, sosteniendo que la actividad desarrollada por el demandante es compatible con su estado, por lo que no cabe suspender la pensión. El motivo ha de estimarse, porque la doctrina ha sido ya unificada por la sentencia del Pleno de la Sala de 30 de enero de 2008, en donde se parte de la necesidad de

⁸⁵ El artículo en su punto primero establece 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”.

⁸⁶ Actual art. 198 de la LGSS, establece lo siguiente: “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”.

conciliar el régimen de compatibilidad del art. 141.2 de la LGSS que admite el ejercicio de actividades compatibles con el estado del inválido, y la definición del art. 135.5 de la LGSS, que considera como incapacidad absoluta la que inhabilita por completo para toda profesión u oficio, por lo que quedarían fuera de protección en ese grado las lesiones que permitan el ejercicio regular de una profesión u oficio. De acuerdo con esta configuración de la situación protegida, la pensión por IPA resultaría incompatible con el desempeño de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez y sólo puede compatibilizarse con determinadas “labores de orden adjetivo o marginal”.

Pero la propia doctrina de la Sala ha establecido también en ocasiones que la definición legal no puede entenderse en un sentido literal y estricto, pues la experiencia muestra que por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos. De esta forma la calificación de la IPA es un juicio problemático de las expectativas de empleo del trabajador, que en los casos incluidos en ese grado quedan extraordinariamente limitadas⁸⁷. Esta segunda concepción, más realista, de la incapacidad absoluta, es la que late en el art. 141.2 de la LGSS y es la que debe prevalecer al enjuiciar las controversias relativas a la compatibilidad entre la pensión y el trabajo.

Así, el art. 141.2 de la LGSS se sitúa en una posición flexible de la compatibilidad, que se advierte en dos elementos esenciales en su regulación. Por una parte, lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas, sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo que se prohíbe en el primer punto de la norma es el ejercicio de aquellas actividades que no sean compatibles -en el sentido de inadecuadas o perjudiciales- con el estado del incapacitado -no con la pensión-. Por otra parte, la revisión de la incapacidad, en donde el art. 141.2 de la LGSS debe ser interpretado en función del art. 143 de la misma ley. Dice el art. 141.2 que la pensión tampoco impedirá el ejercicio de actividades que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Es importante resaltar que aquí tampoco estamos ante una regla de incompatibilidad, sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño pone de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1794)).

Por ello, no procede en este caso la suspensión del percibo de la prestación por incompatibilidad, sino la iniciación del expediente de revisión en los términos provistos⁸⁸. Se observa aquí una deficiencia en la conexión entre los arts. 141.2 y 143.2.2º de la LGSS, porque el primero 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. Ahora bien, el desempeño del trabajo puede no suponer una mejoría en el estado del inválido, pero puede poner de relieve que ese estado ya no resulta determinante de la incapacidad reconocida. Pues bien, en ese caso tampoco estamos, según el art. 141.2.2 de la LGSS, ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por error de diagnóstico que, según el art. 143.2.3º de la LGSS, podrá llevarse a cabo en cualquier momento.

En resumen, la única incompatibilidad que formula el art. 141.2 de la LGSS 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, pues, como ya señaló⁸⁹ ello produciría disfunciones importantes como el tratamiento peyorativo de la IPA respecto a la IPT, y no impulsaría la reinserción de los incapacitados absolutos, lo que no sucedería si en caso de trabajo del incapacitado absoluto se revisara el grado para reconocer, por ejemplo, una incapacidad total. El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado.

En el presente caso es claro que el trabajador no ejercita una actividad profesional que

⁸⁸ Art. 143.2.2º de la LGSS “Si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución”.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008.

sea perjudicial para su estado, y no se ha emprendido por la Entidad gestora la revisión en virtud de una mejoría o de un error de diagnóstico, por lo que dictamina el TS que la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción legal que en este caso se denuncia. Por tanto, la Sala del TS estima el recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el recurso de suplicación, desestimando el mismo y confirmando la sentencia de instancia a favor del recurrente.

Otras de las sentencias, esta vez la del TSJ del País Vasco, de 15 de noviembre de 2005, solventa la compatibilidad de un incapacitado en el grado de GI y trabajos de administrativo.

El demandante tiene reconocida la GI para la profesión de mecánico desde 1969, la administración de la Seguridad Social inició de oficio expediente de revisión por la incompatibilidad entre su pensión de GI y la realización de trabajos como administrativo en virtud de un contrato a tiempo completo.

El diagnóstico del demandante es una paraplejia completa y vejiga, intestino neurógeno con una discapacidad del 85%.

Al actor se le desestima la demanda interpuesta frente al INSS y la TGSS frente a la que interpone recurso de suplicación. En la sentencia desestima las pretensiones del demandante pues se considera que, pese a mantenerse los elementos intelectuales para la actividad, el hecho de hacer el trabajo en Tolosa residiendo en Bilbao es incompatible con el estado del demandante, señalando que tal actividad pretendió ser inicialmente ocultada por falta de comunicación de la compatibilidad requerida.

El TSJ admite en el año 1986 que el demandante instó la compatibilidad de la situación de GI con la actividad laboral en otra empresa.

Otro de los motivos de impugnación por parte del demandante aduce a que se ha producido la infracción del artículo 141.2 de la LGSS en relación con los artículos 35.1 y 49 de la CE, y los artículos 3 y 37 de la ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos. El TSJ dice a este respecto que el artículo 141.2 de la LGSS declara la compatibilidad del cobro de las pensiones de IPA o GI con el ejercicio de actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de

trabajo a efectos de revisión, en regla idéntica a la del artículo 138.2 del primer texto articulado de la ley de bases aprobado por decreto 907/1966, de 21 de abril, igualmente reconocida en el artículo 18.4 de la OM de 15 de abril de 1969 dictada en su desarrollo.

Precepto que de manera expresa, consagra la compatibilidad del cobro de la pensión, el desempeño de actividades lucrativas, no de todas, sino solo de aquellas en las que concurra esta doble circunstancia: a) que sea compatible con el estado del inválido, b) que no revelan un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

En este sentido el TSJ analiza este doble requisito, el primero de ellos establece que viene referido a su estado de salud, respondiendo a una finalidad de protección de la misma, de tal forma que existirá incompatibilidad cuando el trabajo sea perjudicial para la salud del inválido. El segundo punto exige que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo del inválido susceptible de dar lugar a una revisión del grado de invalidez reconocido, advirtiéndose fácilmente su razón de ser: no tiene sentido que se siga cobrando una pensión concedida para proteger una limitación de la capacidad laboral que ya no se sufre. En consecuencia, manifiesta el TSJ que fuera de estos dos supuestos cabe compatibilizar pensión y trabajo lucrativo.

El TSJ manifiesta que la valoración ha de hacerse en condiciones básicas de normalidad y eficiencia, según reiterada jurisprudencia, de tal forma que no cabe pedir al trabajador que desarrolle la actividad a costa del heroísmo o sufrimiento del afectado ni de la magnanimidad empresarial. Manifiesta el Tribunal que: “Ahora bien, la capacidad del ser humano es extraordinaria y, además, con una gran variedad de reacción ante mismas situaciones (por ejemplo, hay personas que pese a una enfermedad incurable trabajan hasta los últimos días de su vida), como también es riquísima la vida social a la hora de ofrecer empleos o trabajos (por ejemplo, a personas postradas en la cama, labores manuales simplísimas, control de actividad televisiva, etc.)”. En esa tesitura, nuestro legislador pudo incompatibilizar todo trabajo lucrativo con el cobro de pensión de incapacidad absoluta, pero no lo hizo así, optando por permitir que se pudiera simultanear el cobro de la pensión con el desempeño de actividad remunerada con tal de que no se arriesgara la salud del inválido o se revelara que éste ya no lo era tanto.

El mismo TSJ manifiesta que esa compatibilidad entre trabajo lucrativo y pensión fue tácitamente reconocida por resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y entidades colaboradoras de la Seguridad Social, de 2 de noviembre de 1992 (BOE 24 de noviembre de 1992), que señalaba la obligación de darse de alta y cotizar si la actividad desempeñada estaba incluida en el ámbito de aplicación de algunos de los regímenes de Seguridad Social. Previamente, el artículo 2.1 del Real decreto 1071/1984, de 23 de mayo, había impuesto al pensionista el deber de comunicar a la entidad gestora la realización de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena que efectuara, en implícita muestra de la normalidad que supone simultanear trabajo y pensión de esa clase.

A mayor abundamiento, desde una perspectiva distinta se corrobora con la sentencia de la Sala de lo social del TS de 20 de febrero de 1989, al confirmar la sentencia de la Magistratura de Trabajo que reconoció situación de GI derivada de enfermedad común con derecho a pensión a quien, teniendo reconocida desde 1965 una IPA derivada de accidente laboral, trabaja posteriormente y cotiza hasta que en 1985 tras caer enfermo, ve como el INSS reconoce incapacidad absoluta por enfermedad sin derecho a pensión, al no reputar eficaces las cuotas posteriores a 1965, cuotas cuya validez confirma el TS al amparo de los preceptos expuestos. Más significativa aún su sentencia del 2 de marzo de 1979, en la que declara indebida la baja cursada por la mutualidad de trabajadores autónomos de quien figuraba en alta como transportista autónomo, al enterarse esta de que era beneficiario de pensión por IPA debida a silicosis (que sustentaba en que no se trataba de un trabajo superfluo, accidental o esporádico, único que a su juicio resultaba compatible con el cobro de la pensión), razonando el Tribunal que la compatibilidad legalmente dispuesta lo es con todo tipo de actividad que cumpla el doble requisito mencionado, sin que se limite a trabajos puramente circunstanciales.

En suma, no hay una incompatibilidad general entre IPA o GI y trabajo lucrativo, en clara muestra de que nuestro legislador ha querido mantener la capacidad de empleo de ese tipo de trabajadores incapacitados, sin más limitación que la derivada del doble requisito reseñado, regla mantenida que nunca se ha cambiado y que sintoniza adecuadamente con el especial amparo que esas personas deben de recibir de los poderes públicos a fin de disfrutar del derecho al trabajo reconocido en el artículo 49 de la CE.

Resalta el TSJ que les parece conveniente señalar una constatación de la realidad: ya no es tan infrecuente la actividad laboral del antiguo minusválido, que no lo es tal, sino discapaz para cosas concretas. Hemos de resaltar que tal actividad no solo produce el siempre beneficioso efecto económico propio de todo trabajo retribuido, sino que también se alcanzan otros objetivos más genéricos, entre ellos, la tan hablada y poco practicada integración social, el fomento de la empatía y la solidaridad entre las personas, o el mantenimiento de la propia y ajena estima.

Establece también el TSJ que lo que es evidente es que la tal especial protección del discapaz a la que se refiere la CE en cuanto a que proclama un principio rector que es informar la actuación de los poderes públicos y la práctica judicial según su artículo 53.3, se consigue mejor si se hace una interpretación extensiva de aquellos preceptos, principalmente del citado artículo 141.2 de la LGSS basada en el principio general de la compatibilidad, que sí se parte del principio contrario.

Por tanto el TSJ asumiendo lo anterior entiende que no hay razón suficiente alguna que justifique la denegación de la compatibilidad discutida. El demandante tiene una lesión medular que produce paraplejia completa, la cual determinó en el año 1969 la declaración de gran invalidez.

Manifiesta el Tribunal que su estado le permite utilizar normalmente su inteligencia y sus manos, pues sus miembros superiores no están afectados, existiendo medios sencillos y cómodos hace años para solventar los inconvenientes de la disfunción esfinteriana. De hecho, tales extremos no se discuten en la sentencia por la recurrente. Por tanto, el puesto de trabajo entendemos que puede realizarse, pues en el puesto de trabajo la necesidad de desplazamiento es en espacios bien reducidos y no consta que no se puedan realizar en silla de ruedas.

También se menciona en la sentencia que aunque el trabajo se desarrolle en Tolosa y el demandante reside en Bilbao, ello no supone obviar la posibilidad de desplazamiento al puesto de trabajo mediante medios colectivos adaptados, que los hay, o bien a través de vehículo particular acondicionado, que también los hay y que habitualmente se utilizan por personas en situaciones discapacitantes similares.

En cuanto a lo de ocultar la actividad laboral establece el TSJ que podrá dar lugar al correspondiente expediente sancionador con la consecuente sanción, que en ningún caso es la supresión de la pensión.

Establece que no hay un cambio en la situación previa que determinó el grado invalidante pues el cuadro patológico no ha variado desde que se reconoció el grado de GI. El TSJ se apoya en una sentencia que refleja el parecido con este caso de autos, la del 5 de marzo de 2002, recurso 255/02 (AS 2002, 2554), en cuanto que también se refiere a un caso de un parapléjico que pide y obtiene compatibilizar su trabajo como administrativo. Ciertamente que la Sala entonces valoró el hecho de que el hermano del actor era el titular de la empresa y que ello ofrecía ciertas posibilidades de flexibilidad horaria, pero como simple argumento de refuerzo de la decisión de compatibilidad y puestos a comparar también, debiéramos considerar que en aquel caso, la paraplejía era completa y en un nivel dorsal sensiblemente superior al caso de autos, lo que, como regla general supone menores cotas de autonomía personal de trascendente relevancia para valorar éstas. Por ello, entiende coherente lo entonces decidido con lo que ahora resuelve este Tribunal.

El Tribunal termina estimando el recurso de suplicación formulado por el demandante contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número uno de Bilbao declarando la compatibilidad de la situación de gran inválido con la actividad que como administrativo solicitó ante la Entidad gestora.

Llegados a este punto, vamos a analizar algunas sentencias⁹⁰ en las que estando el incapacitado compatibilizando el percibo de la prestación y la realización de un trabajo, la doctrina se ha pronunciado sobre la revisión de oficio por parte de la Entidad gestora:

Es el caso de un supuesto en el que el INSS revisa de oficio una GI típica —esto es, una IPA a la que se le reconoce la prestación correspondiente a la necesidad de ayuda de una tercera persona para las funciones básicas de la vida cotidiana—, reduciéndola a IPT, pero con mantenimiento de la prestación correspondiente a la necesidad de ayuda de una tercera persona, supuesto que aunque previsto legalmente, es raramente utilizado por la Administración.

⁹⁰ STS 30-1-2008 (Rc 480/07), STS 10-11-2008 (Rc 56/08), STS 23-4-2009 (Rc 2512/08).

La Sala entiende que, para que el INSS pueda revisar de oficio la prestación reconocida en supuestos de trabajo del inválido, ha de apreciarse una mejoría en la situación del trabajador que le permita justificar la modificación del grado reconocido, sin que baste con la mera realización de un trabajo compatible⁹¹.

A continuación, vamos a desgranar la sentencia del TS de 14 de octubre de 2009, Sala de lo Social, Sección 1ª. Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por la recurrente a la que el INSS le extingue el percibo de la pensión de GI que tiene reconocida desde mayo de 2005 por SD. Transverso incompleto sensitivo completo motor por debajo del quinto segmento neurológico cervical derecho y sexto izquierdo posiblemente secundario a mielitis no filiada.

Los hechos son los siguientes:

La recurrente presentó un escrito al INSS en el que comunicaba que prestaría servicios para el Instituto Guttmann como trabajadora social. El INSS, tras este comunicado inicia expediente de revisión por mejoría, en el que emite un dictamen de propuesta señalando que el estado físico-psíquico actual del recurrente es el mismo que tenía el día en que se le concedió la GI, declarando que no procedía la revisión de grado de incapacidad, y procede a suspender temporalmente la pensión mientras trabaje la pensionista, todo ello sin afectar al incremento destinado a la tercera persona.

La recurrente demanda al INSS por este motivo, y es estimada la demanda declarando compatible su actividad como trabajadora social con la percepción de la pensión por GI.

Esta sentencia es recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, que dictó sentencia estimando el recurso de suplicación.

Contra esta sentencia la recurrente interpuso recurso de casación, como sentencia de contraste se alega la dictada por el TSJ del País Vasco del 11 de octubre de 2005 en el recurso de suplicación 1109/05. Se trataba en ella de un trabajador, tubero industrial, que, tras ser declarado en situación de IPA, empezó a prestar servicios laborales como profesor de formación vial, en clases teóricas. El INSS, iniciado expediente de revisión resolvió declarar in-

⁹¹ MOLINER TAMBORERO, G. *et alii*, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.

compatible el desempeño de esa actividad con la pensión, resolución contra la que interpuso el beneficiario demanda que fue estimada al entender que la actividad desarrollada no era incompatible con el estado del inválido y que ese hecho no revelaba un cambio en su capacidad de trabajo.

Las sentencias comparadas son contradictorias, pero el hecho de que en la sentencia recurrida se trate de la situación de un gran inválido, y en la de contraste sea un incapacitado permanente absoluto no altera lo relevante, y es que en ambos casos se interpreta el mismo precepto legal –el art. 141.2 de la LGSS⁹²–, que es aplicable a las dos situaciones y que esa aplicación se hace de forma distinta.

La cuestión planteada consiste en determinar qué actividades son compatibles con el cobro de una pensión por IPA o por GI.

La controversia ya había sido resuelta por esta Sala⁹³ en favor de la compatibilidad que sostiene la sentencia de contraste. La decisión en favor de la compatibilidad se funda principalmente en las siguientes consideraciones:

a) La interpretación restrictiva mantenida por el INSS no siempre ha sido la acogida por la jurisprudencia social⁹⁴.

b) La literalidad del precepto del art. 141.2 de la LGSS apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión “la pensiones... no impedirán... aquellas actividades... compatibles”, al no establecer límite alguno.

c) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador

⁹² Actual art. 198.2 de la LGSS, que establece lo siguiente: “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”.

⁹³ Sala de lo Social del TS, Sección 1ª, de 30 de enero de 2008 (Rec. 480/07) (RJ 2008, 1984) y 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/08).

⁹⁴ STS 02/03/79 (RJ 1979, 954) había mantenido que el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24-4 de la O. de 15 abril 1969 (RCL 1969, 869, 1548), puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades “superfluas, accidentales o esporádicas”, o sea marginales.

declarado en IPT que al incapaz declarado en IPA.

d) La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI.

e) Este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías –particularmente informáticas y de teletrabajo–, que consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI⁹⁵, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable estímulo para la deseable reinserción social de trabajadores incapacitados.

En cuanto a lo que la doctrina ha señalado, hay que apuntar que la pensión de GI es compatible con cualquier actividad productiva que pueda desarrollar el interesado y no sólo con actividades productivas marginales o que generalmente están fuera del mercado de trabajo⁹⁶.

3. Cuando existe una discapacidad previa

Si entramos a analizar sentencias de personas previamente afectadas de un grado de discapacidad, igual o superior al 33%, que posteriormente obtienen una incapacidad permanente, y subsiguientemente quieren ejercer su derecho al trabajo, nos encontraremos también nuevamente con la complejidad del asunto que nos ocupa.

Debemos empezar aclarando que la calificación del grado de incapacidad debe hacerse al margen del grado de discapacidad, fundamentalmente, porque los preceptos legales de la incapacidad permanente señalan como elementos en los que debe sustentarse la calificación, la concurrencia de menoscabos y su incidencia en la capacidad laboral. En segundo lugar, porque la condición de discapacitado concede el derecho a la integración laboral – como ya se ha apuntado en este trabajo–. A este respecto resulta muy interesante la normativa

⁹⁵ REDONDO VALDEÓN, D. *et alii*, *Crónicas del Tribunal Supremo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2010.

⁹⁶ STS 30 enero 2008 (RJ 2008, 1984), Ponente, Sr. De Castro Fernández.

de integración social de los discapacitados⁹⁷, donde el derecho a la integración laboral se puede materializar a través del acceso al sistema ordinario de trabajo, con las adaptaciones precisas del puesto de trabajo o medidas de accesibilidad al mismo, si resultara preciso. Si ello no es factible, se contempla la fórmula del trabajo protegido en los CEE y la de los enclaves laborales⁹⁸ que buscan facilitar el tránsito desde aquéllos a las empresas ordinarias.

Los pensionistas de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados pueden beneficiarse de las medidas de integración laboral previstas para los discapacitados, si atendemos a la normativa sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁹⁹, que establece que se considerarán afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de IPT, IPA o GI. Prueba de ello, es que el legislador ha fomentado el trabajo de los discapacitados, aun siendo perceptores de prestaciones del sistema de la Seguridad Social¹⁰⁰.

Pues bien, la primera sentencia en este sentido es la Sentencia de la Sala de Baleares, de 12 de mayo de 2008. Esta sentencia confirma la dictada en instancia, que había declarado afecta de IPA a una persona que presentaba unos determinados menoscabos y a la que se le había reconocido con anterioridad un grado de discapacidad del 78%. Por tanto es rechazada la alegación del recurso del INSS relativa a la imposibilidad del demandante de realizar trabajos como discapacitado con adaptación del puesto de trabajo. Concluye la Sala, que a la hora de valorar la incapacidad laboral para toda profesión u oficio no pueden considerarse los trabajos de carácter marginal o especial, como son los adaptados a las circunstancias psicofísicas de determinadas personas con discapacidad para potenciar su integración social y laboral, pues este fin se vería truncado si el acceso a estos puestos de trabajo fuera incompatible con el mantenimiento de la pensión de IPA.

⁹⁷ Ley 13/82, de 7 de abril de integración social de los minusválidos (actual Ley General de Discapacidad).

⁹⁸ RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

⁹⁹ RD 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁰⁰ MORENO VIDA, M^a N., *Comentario a la Constitución socio-económica*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 135.

En la sentencia de la Sala de Baleares, de 13 de mayo de 2008, el supuesto de hecho es el siguiente. El INSS reconoce la IPA a una persona que desempeñaba la profesión de celador de clínica y que padecía un notable déficit visual, que había justificado también el reconocimiento de un grado de discapacidad del 76%. En un momento dado, el trabajador firma un contrato de trabajo temporal para personas con discapacidad a tiempo completo con una determinada empresa, con la categoría profesional de celador y percibiendo el salario establecido en convenio. Posteriormente el contrato se convierte en indefinido. El trabajador desempeña de una forma efectiva las funciones de su categoría.

Solicitada la compatibilidad entre el trabajo y el percibo de la pensión por el recurrente, el INSS inicia expediente de revisión, concluyendo que el trabajador no se encuentra afectado de grado alguno de incapacidad permanente, por lo que le retira la pensión.

El trabajador recurre frente a la resolución del INSS y, tras agotar inútilmente la vía administrativa previa, acude a la vía judicial consiguiendo que se le restablezca el grado de IPA por sentencia de instancia. El INSS presenta recurso de suplicación alegando que la profesión que venía desempeñando el recurrente, y aquella cuyo desarrollo ha motivado la revisión es la misma, la de celador, lo que según el INSS pone de manifiesto la existencia de una mejoría en el incapacitado.

La Sala de Baleares rechaza el recurso del INSS, porque entiende que aun cuando la profesión desempeñada antes y después de la declaración de incapacidad permanente es la de celador, el recurrente desempeña en la actualidad la misma bajo la modalidad de contrato temporal especial para discapacitados, no pudiendo equipararse el trabajo de celador desarrollado bajo esta modalidad contractual y el que se desarrollaba en el ámbito de una relación laboral ordinaria. Además, la Sala señala que no ha habido variación en el estado patológico del trabajador porque presenta los mismos menoscabos que presentaba cuando le fue declarada la IPA.

Por ello, el recurso del INSS es desestimado. En la sentencia se procede a una expresa declaración formal de compatibilidad entre la pensión de IPA y el ejercicio de la profesión de celador al amparo de la normativa reguladora de las medidas de empleo a favor de los discapacitados.

Como hemos podido observar en estas dos sentencias, al margen de los supuestos concretos en ella analizados y de las soluciones alcanzadas, invitan nuevamente a reflexionar sobre la idoneidad del vigente régimen jurídico sobre la incapacidad permanente, en lo que atañe al régimen de compatibilidad pensión-trabajo, cuando el beneficiario, además de los menoscabos funcionales que justifican el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente, presenta previamente un grado de discapacidad¹⁰¹.

Ante la duda de la compatibilidad o no del trabajo remunerado y la pensión por incapacidad en personas discapacitadas, deberíamos interpretar tal cuestión de forma flexible¹⁰², si atendemos a toda la normativa que aboga por la inclusión laboral y social de las personas discapacitadas. Prueba de ello podemos mencionar la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006¹⁰³, en la que se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. En ella además se indican las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer en forma efectiva sus derechos y las esferas en las que se han vulnerado esos derechos y en las que debe reforzarse la protección de estos.

A mayor abundamiento, la Ley 43/2006, de 29 noviembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las diversas medidas de favorecimiento del mantenimiento de empleo en supuestos de incapacidad sobrevenida. Las medidas para favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad art 1 y 2 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados.

¹⁰¹ MORENO PUEYO, M.J., “La integración laboral de los discapacitados y las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.78, 2008.

¹⁰² RODRIGUEZ INIESTA, G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.184, 2016.

¹⁰³ El instrumento de ratificación fue publicado en BOE de 21-4-2008 (RCL 2008, 950). Ver concretamente sus arts. 26 (habilitación y rehabilitación, art. 27 (trabajo y empleo) y art. 28 (nivel de vida adecuado y protección social).

X.- CONCLUSIONES

Una vez analizado el tema que nos ocupa, que no es otro que saber si se puede compatibilizar el trabajo remunerado, ya sea por cuenta propia o ajena, con las pensiones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, parece obvio que cuando se pretende hablar de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con la realización de un trabajo, hay que valorar los distintos grados que conoce nuestro ordenamiento jurídico de forma separada. De este modo llegamos a las siguientes conclusiones:

Primera.- Que la IPP para la profesión habitual, no presenta problemas de compatibilidad con el trabajo remunerado. Un incapacitado permanente parcial puede compatibilizar la pensión con el trabajo porque esta incapacidad no implica una disminución en el rendimiento del trabajo, sino una mayor dificultad en su realización o un cambio en la forma de realizar las tareas fundamentales.

Segunda.- En cuanto a la IPT para la profesión habitual, se puede compatibilizar dicha pensión con el trabajo, siempre y cuando las funciones no sean las mismas que aquellas que dieron lugar a la IPT, incluso en la misma empresa, pues lo que define a la IPT es la capacidad laboral restante del trabajador. No obstante, hay sentencias que dictaminan la incompatibilidad, casos en donde el incapacitado realizaba las mismas actividades por las que se le había incapacitado, y otras sentencias, en las que aun realizando la misma actividad, declaran la compatibilidad por ser un trabajo especial de empleo para discapacitados.

Tercera.- En este grado de discapacidad, IPT, la Ley no autoriza comparar las lesiones con las profesiones que pueda ejercitar en el futuro una persona, porque sería instaurar inseguridad jurídica entre dichos incapacitados.

Cuarta.- En la IPT tampoco se contempla el suspender la prestación de la pensión por parte del INSS por la realización de otro trabajo, sólo se contempla en la IPA y la GI.

Quinta.- En la pensión de IPA y GI, para poder compatibilizarse dichas pensiones con un trabajo remunerado, las actividades a desempeñar tienen que ser compatibles con el estado del inválido, que esa actividad no resulte perjudicial para su estado, y que no suponga un cambio en su capacidad, pues en ese caso se debería proceder a la revisión de la prestación.

Sexta.- En la pensión de IPA y GI no procede revisar el grado de incapacidad permanente declarado inicialmente por el hecho de que el beneficiario realice una actividad laboral compatible con su estado, si sus secuelas siguen siendo las mismas.

Séptima.- En la IPA o GI no se impedirá el ejercicio de actividades que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Si procede la revisión –si sus secuelas han variado–, no debe proceder la suspensión de la pensión si el trabajo ejercido no excede de los términos previstos en el art. 198 de la LGSS. Si el desempeño de esa actividad por el contrario supone una mejoría en el estado de la persona, puede llevarse a cabo la revisión de la IPA o GI, pero no estaremos ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por mejoría o por error de diagnóstico, que podrá llevarse a cabo en cualquier momento, siempre que sus secuelas hayan variado.

Octava.- El INSS puede modificar tras una revisión el grado de IPA o GI, reconociendo una IPT si se entiende que hay una mejoría. Pero el TS entiende que, para que el INSS pueda revisar de oficio la prestación reconocida en supuestos de trabajo de la persona que sufre la invalidez, ha de apreciarse una mejoría en la situación del trabajador que le permita justificar la modificación del grado reconocido, sin que baste con la mera realización de un trabajo compatible.

Novena.- Que la doctrina que sólo compatibiliza la IPA y GI con el trabajo remunerado “siempre que sean trabajos marginales y que no precisen su alta en la Seguridad Social” es una doctrina restrictiva, porque no existe disposición legal que se refiera a tal exigencia.

Décima.- Que el no compatibilizar el trabajo remunerado con la IPA y la GI lleva a tratar en mejores condiciones a los trabajadores declarados en IPT, medida desmotivadora para todos aquellos que quieran reinsertarse social y laboralmente.

Decimoprimera.- Que por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular en determinados empleos, este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías –particularmente informáticas y de teletrabajo–, que consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa.

Decimosegunda.- Que de la declaración de incapacidad permanente no se deriva ninguna prohibición al inválido de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, porque su prohibición es contraria a lo dispuesto en el art. 35.1 de la CE.

Decimotercera.- Cuando los declarados incapacitados permanentes sean personas discapacitadas, existe también compatibilidad entre la pensión de incapacidad, en cualquiera de sus grados, ya que el legislador aboga por la inclusión laboral y social de las personas discapacitadas.

Decimocuarta.- El incapacitado permanente que simultanee el percibo de la prestación de incapacidad permanente con la realización de un trabajo, por cuenta ajena o propia, queda obligado a comunicar a la Entidad gestora tal circunstancia, de no hacerlo estaría cometiendo una falta.

Decimoquinta.- Que en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia se presentan mucho más benévolas con la compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente y el trabajo remunerado. Pero nuestra investigación demuestra que no existe unanimidad, ni doctrinal ni jurisprudencial, al respecto.

Decimosexta.- Que la Entidad gestora viene actuando de forma restrictiva y arbitraria al negar toda compatibilidad en reclamaciones previas, por lo que los afectados se ven obligados a tener que acudir a la vía judicial para reclamar sus derechos.

XI.- BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT EMBUENA, V. “El concepto de profesión habitual en la incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2016.

- “La delimitación conceptual de la incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2013.

- BARBA MORA, A., *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

- *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I, “La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2009.

- GARCÍA NINET, J. I., *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Editorial Comares, Granada, 2004.

- GALA VALLEJO, C., “Las pensiones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social Española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 1993.

- JUÁNIZ MAYA, J.R., “La calificación y revisión de la invalidez permanente en el sistema español de Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, 1993.

- LACOMBA PÉREZ, R., “Las dos perspectivas de la Invalidez Permanente. La Incapacidad Permanente para el trabajo y la minusvalía”, tesis doctoral (no publicada), Universidad Valencia, 2002.

- MARTÍNEZ SEPTIE, J.F. “El hecho causante de la pensión de incapacidad permanente”, *Revista de Información Laboral Legislación*, núm. 8, 1998.

- MOLINER TAMBORERO, G. *et alii*, *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.

- MORENO DE VEGA Y LOMO, F., “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 4, 2013.
- MORENO PUEYO, M.J., “La integración laboral de los discapacitados y las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf.num.78/200821/2008.
- MORENO VIDA, M^a N., *Comentario a la Constitución socio-económica*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A.B., “Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y desarrollo de un trabajo reenumerado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. num. 6217/2005.
- OLARTE ENCABO, S., *Las pensiones de incapacidad permanente*, Editorial Aranzadi, Madrid 2012.
- REDONDO VALDEÓN, D. *et alii*, *Crónicas del Tribunal Supremo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., *La incapacidad permanente para el trabajo*, Bosch, Barcelona, 1993.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.184, 2016.
- ROQUETA BUJ, R., “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 29, febrero 2001.
- SANZ MERINO, A. R., *Manual básico del sistema de la Seguridad Social*, edición n.º 1, Editorial La Ley, Madrid, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Edad máxima para la revisión del grado invalidante”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 26, 2004.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Las reformas llevadas a cabo en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia por la Ley 27/2011”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 153, 2012.