

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

GRADO EN DERECHO

Modalidad Semipresencial

Curso 2017/18

TRABAJO FIN DE GRADO:

***LA INCAPACIDAD PERMANENTE: CUESTIONES PENDIENTES
POR RESOLVER***

Alumno:

CARLOS BELTRÁN VALERO

Tutor:

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Elche, septiembre 2018.



RESUMEN

El presente trabajo fin de grado titulado “La Incapacidad Permanente: cuestiones pendientes por resolver”, intentará otorgar una visión de la pensión contributiva por incapacidad permanente, más allá de lo dispuesto normativamente, para ello se divide en 6 capítulos absolutamente diferenciados.

El objetivo concreto será efectuar un análisis práctico de la incapacidad permanente, en aras de aclarar cuestiones controvertidas que pueden ir surgiendo en el día a día de los beneficiarios o posibles beneficiarios, investigando tanto la opinión de la doctrina, así como los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo.

Así pues, una vez situada históricamente a la incapacidad permanente, para así comprender mejor su significado, lo que se pretenderá será ir más allá de lo que dispone la norma, no conformándonos con lo regulado por la misma, pues a veces es muy escueta y no ofrece respuesta a los casos que se pueden ir planteando en la práctica diaria, acudiendo pues, a las interpretaciones que se han efectuado sobre ella, con el fin de aclarar cuestiones como: el verdadero contenido de la definición legal de incapacidad permanente, diferentes contingencias generadoras, especial atención a la casuística que se puede presentar en los distintos grados de IP (profesión habitual, incidencia en la discapacidad, desempeño de otros trabajos, etcétera), los efectos sobre el contrato de trabajo, régimen de revisión y compatibilidad de la IP, etcétera. Todo ello, insistimos, encajado con multitud de ejemplos para lograr una visión más cercana y completa.

Por último, se establecerán una serie de conclusiones y propuestas de mejora de acuerdo con todo lo que se ha analizado, detectando así, posibles deficiencias desde el punto de vista del autor.

ÍNDICE

RESUMEN	3
PRINCIPALES ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	7
<u>CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE</u>	10
1. Significado de la incapacidad permanente	10
2. Evolución legal y conceptual de la Incapacidad Permanente	11
3. Fundamento constitucional de la incapacidad permanente	18
4. Definición doctrinal de la Incapacidad Permanente	19
<u>CAPÍTULO II: ELEMENTOS DETERMINANTES EN LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE</u>	22
1. Actual definición legal de la incapacidad permanente	22
1.1. Tratamiento prescrito.....	22
1.2. Reducciones anatómicas o funcionales graves.....	25
1.3. Susceptibles de determinación objetiva.....	26
1.4. Previsiblemente definitivas	27
1.5. Que disminuyan o anulen su capacidad laboral	29
1.6. La incapacidad sobrevenida.....	31
<u>CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES CONTINGENCIAS DE LA QUE DERIVA LA INCAPACIDAD PERMANENTE</u>	34
<u>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LOS GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE</u>	39
1. Regulación actual	39
2. Determinación de la profesión habitual	39
3. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual	46
3.1. Determinación del porcentaje de reducción	46
3.2. Límite entre la incapacidad permanente parcial y las lesiones permanentes no incapacitantes	50
3.3. Efectos respecto al puesto de trabajo	51
4. Incapacidad permanente total para la profesión habitual	54
4.1. Incidencia sobre la discapacidad	55
4.2. Incapacidad Permanente Total “cualificada”	57
4.3. Compatibilidad entre la realización del trabajo y la prestación por incapacidad permanente total.....	59
4.4. Ejemplos de lesiones y enfermedades generadoras de incapacidad permanente total	64

5. Incapacidad permanente absoluta	65
5.1. Compatibilidad con el trabajo	66
5.2. Ejemplos de lesiones y enfermedades generadoras de incapacidad permanente absoluta	69
6. Gran Invalidez	70
6.1. Ejemplos de lesiones y enfermedades generadoras de gran invalidez	72
7. Requisitos de acceso a la prestación por incapacidad y su cuantía	73
<u>CAPÍTULO V: EFECTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO</u>	79
1. Análisis de los efectos suspensivos	79
2. Análisis de los efectos extintivos.....	82
<u>CAPÍTULO VI: HECHO CAUSANTE, RECONOCIMIENTO, REVISIÓN DEL GRADO DE IP Y COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE IP EN DIFERENTES REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL</u>	83
1. Determinación del hecho causante	83
2. Reconocimiento de la pensión	85
3. Revisión del grado de incapacidad permanente.....	85
4. Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente en los diferentes regímenes de la seguridad social	90
<u>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA</u>	94
BIBLIOGRAFÍA	100
WEBGRAFÍA:	102

PRINCIPALES ABREVIATURAS

ART.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

EVI: Equipo de Valoración de Incapacidades.

GI: Gran Invalidez.

INP: Instituto Nacional de Previsión.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IP: Incapacidad Permanente.

IPA: Incapacidad Permanente Absoluta.

IPT: Incapacidad Permanente Total.

ISM: Instituto Social de la Marina.

LGSS: 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 (BOE 31/10/2015).

RETA: Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

RGSS: Régimen General de la Seguridad Social.

SOVI: Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN

La pensión de incapacidad permanente tiene como finalidad cubrir aquellas situaciones, donde el trabajador pierde capacidad o aptitud para con el trabajo de un modo definitivo, como consecuencia de factores externos a él, esencialmente: accidentes de trabajo o no laborales y enfermedades comunes o profesionales.

Desde luego, se trata de una prestación de alto contenido social, garantizada por la propia Constitución española, en su art. 41, donde de un modo genérico obliga a los poderes públicos a establecer un régimen de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Así pues, no cabe ninguna duda, que la pensión de incapacidad permanente tiene un encaje en dicho precepto, como consecuencia del amparo que otorga a los trabajadores en caso de una necesidad tan apremiante, como puede ser la imposibilidad permanente de no poder trabajar como consecuencia de un accidente o enfermedad, requiriendo de una renta sustitutoria con el fin de asegurar su subsistencia. Tal motivo, me ha llevado a querer profundizar sobre dicho tema, pues considero que la incapacidad permanente constituye un pilar fundamental en cualquier Estado social que se precie.

Por otro lado, quisiera destacar que el estudio de la incapacidad permanente en el presente trabajo fin de grado, va a centrarse de modo exclusivo en el **nivel contributivo** del sistema de la seguridad social. Este nivel se caracteriza, por entrar en juego las prestaciones de naturaleza contributiva, que recaen sobre trabajadores que ejerzan una actividad encuadrable en el régimen de la seguridad social que le corresponda según la actividad y el modo de desempeñarla. Por tanto, uno de los fundamentos propios de este nivel es proteger a los trabajadores del sistema, siempre y cuando reúnan una serie de requisitos legales para que la prestación pueda ser concedida, como por ejemplo: alta, previa cotización, etcétera.

Sumergiéndonos más en la finalidad del presente trabajo, se ha querido ofrecer una visión concreta y práctica del concepto de incapacidad permanente y su relación con el trabajo, pues ambos conceptos van estrechamente unidos.

Destacar, que tal y como ocurre en casi todas las esferas del Derecho, la determinación legal del concepto de incapacidad permanente otorga una visión genérica del mismo, es decir, la Ley no va a resolver todas las cuestiones que se puedan plantear en el día a día, sino que va a establecer el pilar fundamental del concepto, siendo labor de los Tribunales efectuar las correspondientes interpretaciones ante casos concretos, por ello, se podrá observar que se han utilizado un gran número de sentencias con la finalidad de profundizar en la casuística diaria.

Con el fin de situar la incapacidad permanente, primeramente se llevará a cabo un análisis histórico acerca de la evolución que ha sufrido la materia a lo largo de los años, partiendo de la Ley de Accidentes de Trabajo de 31/01/1900 hasta la actual Ley General de la Seguridad Social del año 2015. Asimismo, se explicará su ensamblaje constitucional y se ofrecerán definiciones efectuadas por autores expertos en la IP.

Posteriormente, he considerado conveniente llevar a cabo un análisis exhaustivo del concepto legal de incapacidad permanente, donde se examinarán a fondo los elementos que componen la definición de la IP, para así ofrecer al lector un visión más amplia del concepto, pues, como se podrá observar, está lleno de matices que se han ido perfilando tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Una vez determinado el concepto de IP, se analizarán seguidamente los diferentes grados, con atención especial a cuestiones que han generado grandes controversias, como por ejemplo: determinación del grado, diferencias entre las diferentes IP, la precisión de la profesión habitual, la compatibilidad de la pensión de IP con otros trabajos, efectos de una declaración de IP sobre el contrato de trabajo, etcétera. Sobre estas cuestiones girará el grosor fundamental del trabajo, ofreciendo una visión muy práctica en aras de poder comprender mejor todo lo que rodea a la incapacidad permanente, donde se analizarán múltiples sentencias que dan respuesta a preguntas a las que cualquiera se puede enfrentar en su día a día.

Asimismo, se hará un repaso al régimen de revisión de la incapacidad permanente y la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente, con otras pensiones de IP que se puedan generar a lo largo de la vida laboral de un trabajador.

Finalmente, se llevarán a cabo una serie de conclusiones, donde además, realizaré una serie de propuestas de mejora, de acuerdo con todo lo que he podido analizar a lo largo del estudio y elaboración del presente trabajo fin de grado.

Por lo expuesto, espero que la lectura del presente trabajo genere interés a cualquier lector, tanto experto o no en la materia, pudiendo aclarar diversidad de cuestiones que se plantean acerca de la misma; aprovechando la ocasión para mostrar mi gratitud al profesor y doctor en Derecho D. Fco. Javier Fernández Orrico, por haberse prestado a dirigir el presente TFG.



CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Significado de la incapacidad permanente

En capítulo inicial, quiero mostrar al lector una aproximación suficientemente consistente del concepto de INCAPACIDAD PERMANENTE en el ámbito de la seguridad social.

En primer lugar, cualquier ciudadano de a pie, podría extraer la definición de incapacidad permanente analizando el significado literal de las dos palabras que componen el sintagma, simplemente acudiendo a la Real Academia Española y buscando el significado de las mismas. Practicado tal simple ejercicio, encontramos que la palabra “**incapacidad**”, en términos genéricos, se define como:

*Falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo*¹. Por otro lado, y repitiendo la misma acción, encontramos la definición de “**permanente**” como: *adj. Sin limitación de tiempo*².

Por tanto, de la unión de la definición del sustantivo “incapacidad” junto con el adjetivo “permanente”, extraemos la primera aproximación, sin necesidad de efectuar un análisis legal de dicho término; consecuentemente, se podría afirmar que la incapacidad permanente, constituye una falta de capacidad para hacer algo que persiste en el tiempo. Y que si lo unimos con el adjetivo “laboral”, se podría decir que estamos hablando de una falta de capacidad para trabajar que se extiende ilimitadamente en el tiempo.

¹ <http://dle.rae.es/?w=incapacidad>

² <http://dle.rae.es/?id=SfNax8j>

2. Evolución legal y conceptual de la Incapacidad Permanente

La pensión de incapacidad permanente siempre ha sido una prestación que ha guardado estrecha relación con la vida de las personas, pues trata de compensar esa pérdida de capacidad laboral, como consecuencia de la alteración de la salud del trabajador (por cualquier contingencia), teniendo por tanto un tinte extremadamente social, con el fin de cubrir la pérdida de capacidad retributiva. Por tal motivo, nunca ha pasado desapercibida por el legislador español.

Prueba de lo anterior, es que ya en el año 1900 se publicaba en la “Gaceta de Madrid”, que fue una publicación periódica oficial editada en la citada ciudad desde 1661 hasta 1959, siendo sustituida en la práctica por el Boletín Oficial del Estado (BOE)³, la primera **Ley de Accidentes de Trabajo**, concretamente publicada el día 31/01/1900, hace ya más de 118 años, y bajo el reinado del Rey Don Alfonso XIII. Curiosamente, en aquella época tal texto legal comenzó a pronunciarse acerca de la incapacidad permanente, cuantías, responsabilidades, etcétera. Prueba de ello, es su art. 4 cuyos apartados 2º y 3º, establecían lo siguiente:

*“2ª. Si el accidente hubiese producido una **incapacidad permanente** y absoluta para todo trabajo, el patrono deberá abonar a la víctima una indemnización igual al salario de dos años; pero sólo será la correspondiente a diez y ocho meses de salario, cuando la incapacidad se refiera a la profesión habitual, y no impida al obrero dedicarse a otro género de trabajo.*

3ª. Si el accidente hubiese producido una incapacidad parcial, aunque permanente para la profesión o clase de trabajo a que se hallara dedicada la víctima, el patrono quedará obligado a destinar al obrero con igual remuneración a otro trabajo compatible con su estado, o a satisfacer una indemnización equivalente a un año de salario a elección del patrono”⁴.

Por tanto, con la mentada Ley, podemos observar la preocupación por el legislador de cubrir una posible situación de incapacidad permanente

³ https://www.boe.es/buscar/ayudas/gazeta_ayuda.php

⁴ Ley de Accidentes de Trabajo de 31/01/1900 (Gaceta de Madrid).

producida como consecuencia de un accidente de trabajo; estableciendo obligaciones para el patrono, en el sentido de abonar ciertas cantidades económicas en función de las limitaciones producidas para con el trabajo.

Por otro lado, merece la pena destacar que casi ocho años más tarde, tuvo lugar la creación del Instituto Nacional de Previsión (INP), mediante la **Ley de 27 de Febrero de 1908**. El INP se encargó de gestionar los seguros sociales durante 70 años (1908-1978), siendo el organismo gestor de más largo recorrido que ha conocido España en el régimen de los seguros sociales, precedente sin el que nuestro actual Sistema de la Seguridad Social resultaría inconcebible⁵.

Continuando con el desarrollo histórico del concepto, en fecha 11 de marzo de 1919 se publica el **Real Decreto de Retiro Obrero Obligatorio**, teniendo especial interés el Reglamento para la aplicación del citado Real Decreto, de fecha 21 de enero de 1921, destacando su art. 78 respecto al estudio que se está llevando a cabo:

Hasta tanto que organice el Instituto Nacional de Previsión un régimen de seguro de invalidez complementario del de retiros, se establecerá un régimen transitorio de protección a los inválidos con arreglo a las siguientes disposiciones:

1ª Tendrán derecho a esta protección los afiliados al régimen de retiro obligatorio, así del primero como del segundo grupo, que hayan hecho imposiciones por lo menos durante doce meses sin interrupción, personales y voluntarias, para mejorar su pensión inicial de retiro a cargo del patrono y del Estado. La cuantía de estas imposiciones no ha de ser inferior a la necesaria para convertir en capital reservado la pensión que se está constituyendo a capital cedido.

2ª Serán casos de invalidez para los efectos de este régimen los siguientes:

- a) La pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores, de las dos inferiores o de una extremidad superior y otra*

⁵ <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/56> (julio 2018).

inferior, conceptuándose, para este fin, como partes esenciales la mano y el pie.

- b) La lesión funcional del aparato locomotor que pueda reputarse, en su consecuencia, análoga a la mutilación de las extremidades y en las mismas condiciones indicadas en el apartado a).*
- c) La pérdida de los dos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual.*
- d) La pérdida de un ojo, con disminución importante de la fuerza visual en el otro.*
- e) La enajenación mental incurable.*
- f) Las lesiones orgánicas o funcionales del cerebro y de los aparatos circulatorio y respiratorio, ocasionadas por acción mecánica o tóxica, o por cualquiera otra causa, que se reputen incurables.*
- g) Las enfermedades de los aparatos digestivos y urinario producidas por lesiones que se reputen incurables y que determinen un trastorno funcional tan grave que incapacite al sujeto para la vida del trabajo.*

3ª La cuantía de la pensión inmediata de invalidez será de 365 pesetas anuales, a capital cedido, y para constituirla se aplicará del fondo especial de invalidez la cantidad necesaria sobre la que resulte del saldo de la cuenta individual del afiliado.

4ª La pensión de invalidez se computará por una tabla de mortalidad, acordada por el Instituto Nacional de Previsión y aprobada por el Ministerio de Trabajo⁶

De la lectura del citado artículo podemos extraer una serie de conclusiones muy interesantes:

1º Todavía no se ha creado un régimen consolidado en aras de proteger la invalidez, sin embargo, el de retiro ya estaba implantado, estableciéndose por tanto un régimen transitorio de protección a los inválidos.

2º Se establecía como condición para acceder a la pensión de invalidez estar afiliado al régimen de retiro obligatorio, siempre que se hubiesen hecho imposiciones durante al menos doce meses sin interrupción.

⁶ Art. 78 Reglamento General para la aplicación del Real Decreto de 11 de Marzo de 1919.

3º Las imposiciones que luego cubrían la invalidez, además de ser de carácter voluntario y personal, inicialmente tenían como destino mejorar la pensión de retiro a cargo del patrono y del Estado. Sin embargo, si surgía una contingencia de invalidez, se destinaba a cubrir la misma.

4º El propio artículo establece una lista cerrada de los casos que se consideraban constitutivos de invalidez.

5º Resulta curioso el importe inicial de dicha pensión, pues se fijaba en 365 pesetas anuales (cuyo fundamento podría ser una peseta al día). En la actualidad, casi 100 años después supone 2,19 €

Siguiendo con la evolución histórica del concepto, debemos destacar el **Decreto de 18 de abril de 1947** donde se creó el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Tal régimen supuso la sustitución del retiro obrero de 1919 por el nuevo subsidio de vejez, y además, se reguló por primera vez la protección de la invalidez con carácter general, es decir, la no derivada exclusivamente por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Conviene destacar que el SOVI se nutría de las aportaciones de los empresarios en proporción al salario de sus empleados, aunque el Estado contribuía a través del llamado “Fondo de Bonificaciones”.

Debemos reseñar el art. 7 del citado Decreto de 18/04/1947, pues venía a definir la invalidez, del siguiente modo: *“se considerará como invalidez, con derecho a obtener desde el momento en que se declare la misma pensión que se disfrutaría por vejez al cumplimiento de la edad, aquélla que se produzca en el que la sufra la pérdida de su actividad que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y la profesión ejercida, un tercio al menos de lo que gane habitualmente un asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga, en la misma localidad”*⁷.

Resulta bastante curiosa la definición legal que hace de la pensión de invalidez el citado artículo, ya que la orienta en el sentido de intentar comparar la pérdida de capacidad laboral con otro trabajador de similares condiciones,

⁷ Art. 7 Decreto de 18/04/1947, que crea la Caja Nacional, seguro de vejez e invalidez.

otorgándose la misma si las limitaciones le impiden ganar un tercio, al menos, de lo que gana un asalariado sano.

Para finalizar con el análisis del SOVI, conviene destacar que todavía hoy se siguen otorgando pensiones en este régimen, siendo un régimen residual, que se aplica a aquellos trabajadores y sus derechohabientes que reúnan los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen que no tengan derecho a pensión en el actual sistema de la seguridad social.

Un importante punto de inflexión se produjo con la publicación de la **Ley de Bases de Seguridad Social de fecha 28 de febrero de 1963 (Ley 193/1963)**, ya que culminó un largo y complejo proceso de intentos de coordinación y unificación de los seguros sociales, constituyendo el momento fundacional del actual Sistema de la Seguridad Social⁸. Más tarde, se publicaba su texto articulado mediante el Decreto 907/1966 de fecha 21-4-1966, naciendo así la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), encontrando en ella una definición de “invalidez permanente” en su art. 132.2: *“Es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, 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 inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”*⁹.

Se puede observar que se trata de una definición más técnica que la otorgada por el Decreto de 18 de abril de 1947, abandonando comparaciones con trabajadores sanos, por tanto, se objetiva la situación del trabajador y se analizará si presenta reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

La evolución legislativa en la materia, continúa, y en fecha 20 de julio de 1974 se publica en el BOE el **Decreto 2065/1974 de 30 de mayo**, que aprueba

⁸ <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/56> (julio 2018).

⁹ Art. 132.2 Decreto 907/1966, de 21 de abril, sobre bases de la Seguridad Social.

el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, observándose en su artículo 132.3 que la definición de invalidez permanente continua intacta respecto a la redacción de 1966.

La citada Ley preconstitucional de 1974 tuvo vigencia hasta 1994, donde fue necesaria la publicación de un nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social como consecuencia de un conjunto desbordante de reformas surgidas durante esos 20 años, caracterizados desde la aprobación de la Constitución Española (CE 1978), donde se pasó de un régimen dictatorial a un régimen democrático, caracterizado por el surgimiento de nuevos partidos políticos, cambios de gobierno, etcétera. Contribuyendo todo ello, como no podía ser de otra manera, a la publicación constante de reformas legislativas en todos los ámbitos del Derecho. Por tanto, y en lo que respecta a nuestro tema de estudio, tras 20 años de vigencia de la LGSS de 1974, en fecha 29/06/1994 se publica en el BOE el **Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio**, aprobando el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Destacándose que la definición de “invalidez permanente” continúa intacta respecto a la legislación anterior.

Llegados hasta aquí, me gustaría hacer un breve paréntesis aclaratorio ya que, el lector habrá podido observar que el título del presente trabajo hace referencia a la INCAPACIDAD PERMANENTE (IP), sin embargo, se habrá percatado de que en el repaso histórico-legal del concepto, siempre hemos hecho referencia al concepto INVALIDEZ. Se trata simplemente de meros sinónimos en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, sin embargo, desde la publicación de la Ley 24/1997 de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social se procedió a homogeneizar el concepto, debiéndose entender por incapacidad permanente cualquier referencia a la invalidez permanente, concretamente establece: *“Las referencias que se contienen en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en las normas*

de desarrollo, a la «invalidez permanente», se entenderán efectuadas a la «incapacidad permanente»¹⁰.

Entiendo que la evolución terminológica tuvo como objetivo establecer un criterio más técnico, y además, hacer una distinción respecto de la invalidez no contributiva; logrando de paso, eliminar una expresión que podía parecer despectiva frente al colectivo afectado por dicha condición.

Efectuado el anterior paréntesis, y para dar fin a la evolución normativa alrededor del concepto de incapacidad permanente, debemos destacar que la LGSS de 1994 ya no está en vigor, siendo sustituida por el **Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre**, publicado en el BOE el día 31/10/2015, entrando en vigor el 02/01/2016. En lo que respecta a la definición de la incapacidad permanente, y con independencia de su ulterior explicación minuciosa, en el art. 193.1 (Capítulo XI incapacidad permanente contributiva) bajo la rúbrica “concepto” la citada Ley nos otorga la siguiente definición: “1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. 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”¹¹.

Como el lector habrá podido observar, de la redacción del año 1974 a la del año 2015, con independencia de la sustitución de terminología (invalidez por incapacidad permanente), la definición legal se mantiene prácticamente intacta, resaltando únicamente, que inicialmente la invalidez permanente estaba vinculada a que el trabajador hubiese sido dado de alta médica, cuestión que fue suprimida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014¹², con efectos desde 01-01-2014. Conviene destacar, que ya la Ley 13/1982, de 7 de abril, en su disposición adicional cuarta recogía tal circunstancia, y así venían

¹⁰ Art. 8.5 de la Ley 24/1997 de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE nº 169 de 16 de julio).

¹¹ Art. 193.1 LGSS.

¹² Disp. Final 5ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

interpretándolo los Tribunales¹³, por lo que nos sorprende que se haya tardado aproximadamente 31 años en modificar la LGSS, cuando tal circunstancia ya estaba superada.

3. Fundamento constitucional de la incapacidad permanente

Es clara y patente la importancia de la incapacidad permanente, debiéndose exponer el contexto constitucional en el que se enmarca.

A partir de la promulgación de la Constitución Española de 1978 se ha conseguido elaborar un modelo de protección social, tanto de naturaleza pública como privada, siendo posible de este modo alcanzar un espacio público de protección social que convive junto con un espacio privado de protección social¹⁴.

En el espacio de protección social público se podría decir que se integran el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud pública, que se enmarcan en los artículos 39 a 52 de la CE. Así como, el derecho a la asistencia social, tercer derecho que podríamos decir se integra también en el espacio de protección social público, haciéndose referencia a él cuando se delimitan las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en el art. 148.1.20 CE¹⁵.

Entrando a analizar el fundamento constitucional de la incapacidad permanente, creo que lo oportuno es llevar a cabo en primer lugar un análisis del art. 41 de la CE, que reza del siguiente modo: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

No cabe duda, pues, que la pensión por incapacidad permanente cubre

¹³ STS (Sala de lo Social), de fecha 25/03/1987, Nº ROJ: STS 2137/1987 (Ref. Cendoj).

¹⁴ DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE “El modelo constitucional de protección social” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 3, Editorial Aranzadi, S.A 2004, pp. 3-4.

¹⁵ CID BABARRO, C. (dir). (2017): *Incapacidad Permanente. Gestión Práctica y Trámite Judicial*, Navarra (Aranzadi), pp. 23-24.

una situación de necesidad, como consecuencia de las limitaciones para trabajar que puede sufrir la persona, y que por tanto, deben ser cubiertas con prestaciones sociales suficientes, para así cumplir con el fin estrictamente constitucional. El citado art. 41 CE ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, y en cuanto a las situaciones de necesidad se ha pronunciado de forma reiterada en el sentido de que la Constitución, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes. Suficiencia que se predica también específicamente de las pensiones. Como consecuencia (y aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones) las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales¹⁶. Aunque no debemos olvidar, que la situación de necesidad que predica la CE es importante respecto de las pensiones no contributivas, pero en el caso de la modalidad contributiva de la IP, lo fundamental es que se actualice el riesgo jurídicamente protegido.

En cuanto al régimen competencial, la CE en su art. 149.1.17^a ha querido otorgar al Estado competencia exclusiva sobre la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, por tanto, todo lo atinente a la pensión de incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, es de competencia estatal. Si bien es cierto, que la gestión de la discapacidad en su modalidad no contributiva, corresponde a las Comunidades Autónomas.

4. Definición doctrinal de la Incapacidad Permanente

Una vez enmarcada la definición de la incapacidad permanente desde un punto de vista legal, que en realidad es el más importante y la base de todo, me

¹⁶ STC 65/1987 de 21 de mayo, Rec. Inconstitucionalidad 222/1984.

gustaría aproximar al lector aún más en el concepto de la incapacidad permanente, para ello mostraré como ha sido definida la misma por autores de reconocido prestigio, que conforman doctrina en el Derecho de la Seguridad Social.

Así, como señala FERNÁNDEZ ORRICO, la definición de incapacidad permanente, supone un estado de imposibilidad en el desempeño de una actividad, diferenciándose de la incapacidad temporal, en el carácter de permanencia y no esporádico. Asimismo, siempre se dará una situación de necesidad, como consecuencia de la alteración de la salud, imposibilitando o reduciendo a quien la sufre la realización de un trabajo. Concluyendo que *“la incapacidad permanente es una prestación económica cuya finalidad consiste en sustituir aquellas rentas de trabajo que se han perdido, como consecuencia de la aparición de la incapacidad que imposibilita al trabajador para continuar realizando aquella actividad que desempeñaba con anterioridad a la aparición de la incapacidad”*¹⁷.

Por otro lado, siguiendo al Profesor y actual Magistrado de la Sala Cuarta del TS, SEMPERE NAVARRO, mediante una definición más sintética ha venido a definir a la incapacidad permanente como: *“... la situación de quienes, a causa de sus insuficiencias psicofísicas, dejaban de tener la aptitud suficiente para desempeñar la actividad laboral previa”*¹⁸. De este modo, el profesor SEMPERE enmarca sucintamente el concepto, dándose los dos elementos clave “insuficiencias” y “actividad laboral”.

Por último, el Dr. ALBERT EMBUENA, viene a entender que se da una situación de incapacidad en el ámbito laboral, *“...cuando la falta de capacitación física y psíquica del trabajador le impide realizar partes, algunas o todas sus funciones laborales”*¹⁹.

¹⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (2016): *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Madrid, p. 237.

¹⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V. (2005): “La incapacidad permanente en el RGSS”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 9/2005, p. 3.

¹⁹ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 37.

En esencia, los tres autores comentados, a la hora de definir el concepto de incapacidad permanente coinciden en los elementos básicos: por un lado, limitaciones físicas o psíquicas en el trabajador; que puestas en relación con su trabajo, le imposibilitan en mayor o menor medida para ejercer el mismo.



CAPÍTULO II

ELEMENTOS DETERMINANTES EN LA DEFINICIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Actual definición legal de la incapacidad permanente

En este punto me gustaría analizar con mayor rigor la definición legal de incapacidad permanente que nos otorga el art.193.1 de la LGSS:

1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. 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 plazo²⁰.

Así pues, a continuación pasaré a analizar cada uno de los elementos que componen la definición, con el objetivo de tener una visión más completa del concepto.

1.1. Tratamiento prescrito

De acuerdo con la lectura del citado artículo, da la sensación de que se establece como requisito fundamental haber estado sometido a un tratamiento médico prescrito, donde el facultativo de la seguridad social o de la mutua ha llevado a cabo un seguimiento de la enfermedad o del accidente, y una vez agotado el tratamiento médico y/o quirúrgico se procede a la declaración de

²⁰ Art. 193.1 de la LGSS.

incapacidad, ¿pero ello es así?, ¿se puede concluir que toda incapacidad permanente debe ir precedida de una incapacidad temporal?.

A pesar de esa aparente exigencia legal, es más cierto, que pueden existir declaraciones de incapacidad permanente donde el trabajador no ha estado sometido previamente a un tratamiento médico prescrito. En mi experiencia profesional como graduado social, en el despacho donde trabajo, tuvimos que asumir la representación de un trabajador, de apenas 21 años, que sufrió un accidente de trabajo muy grave, que le supuso la amputación de la mano izquierda. Lógicamente, tras el accidente se le otorgó la baja por incapacidad temporal durante un breve periodo, sin embargo, no tuvo que estar pendiente de un tratamiento médico prescrito unido a un largo proceso de incapacidad temporal, pues, era evidente que su cuadro clínico no exigía nada de eso, ya que una vez curadas las heridas (cicatrización y demás), la seguridad social procedió a concederle una incapacidad permanente total. Por ende, en determinados casos, la exigencia del tratamiento médico prescrito no se da, por cuanto que no va a contribuir en nada a la recuperación del trabajador.

El Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado en innumerables ocasiones acerca de esta cuestión, ya en 1972 estableció: *“...que si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro, de tipo transitorio, hay realidades patológicas en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible, por lo que no es necesaria la previa y transitoria incapacidad y ello es así por la propia naturaleza de las cosas que impiden pasar por un estado transitorio de incapacidad cuando la misma ha sido presentada en su total y completa patología”*²¹.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, de forma más reciente, determinó: *“...una interpretación literal y deshumanizada del precepto parece conducir a esa solución, la interpretación razonable, lógica, sistemática y finalista de la norma legal permite afirmar que la intención del legislador fue sólo establecer la necesidad de un tratamiento previo médico o quirúrgico, para conseguir la curación de la enfermedad si fuese posible, o llegar a una situación clínica y funcional irreversible; pero sin cerrar las puertas de la Seguridad Social a quienes*

²¹ STS de 25/05/1972 (RJ 1972,2898) & STS de 16/01/2001 (RJ 2001\2058).

por motivos subjetivos, económicos o sociales, a pesar de la enfermedad y de las molestias y dificultades que le causara, siguieron realizando su trabajo hasta que la gravedad de su estado o de las secuelas de carácter irreversible le impidieron continuarlo”²².

Por tanto, el TS admite la posibilidad donde, a pesar de existir la enfermedad, el trabajador en lugar de acogerse a una incapacidad temporal, decide continuar trabajando (lógicamente de un modo más penoso), hasta el momento que las secuelas le impiden su ejecución. Llegados ahí, entra la acción protectora de la incapacidad permanente, no pudiendo ser negada la misma, por el hecho de que no le precedió una incapacidad temporal, ya que fue una decisión personal del trabajador continuar su vida cotidiana, hasta que su situación se hizo irreversible, careciendo de valor alguno iniciar un proceso de incapacidad temporal.

Del mismo modo, y analizando doctrina de los tribunales menores, donde como no puede ser de otra manera, siguen el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Canarias estableció: *“Sobre tales premisas y teniendo en cuenta que el único motivo del recurso interpuesto por el Instituto recurrente se circunscribe exclusivamente a la falta de un «pretendido» requisito autónomo para el acceso a la protección por incapacidad permanente la Sala considera que resulta irrelevante el alegato de la Gestora, es decir, que el actor no puede ser declarado en situación de invalidez permanente por cuanto que previamente no había estado sujeto a la situación de incapacidad temporal al no ser indispensable dicho requisito para acceder a la prestación discutida”²³.*

Para cerrar esta parte, ha sido superado que en determinadas ocasiones, cuando el cuadro es irreversible, no es necesario someterse a un tratamiento médico prescrito, previo a la declaración de incapacidad permanente. Sin embargo, en la mayoría de los casos, lo normal, es que el trabajador se someta tanto a tratamientos médicos, quirúrgicos e incluso rehabilitadores, con carácter

²² STS (Sala de lo Social) de 10/11/1999, nº rec. 882/1999.

²³ STSJ Las Palmas (Sala Social) de 30/01/2002, RSU 60/2000.

previo al inicio de un proceso de declaración de incapacidad permanente, siempre con el objetivo de poder recuperar sus limitaciones.

1.2. Reducciones anatómicas o funcionales graves

Es evidente, que cuando nos referimos a reducciones anatómicas o funcionales graves, a cualquier persona le viene a la cabeza situaciones como: pérdida de miembros (por ejemplo una pierna), o pérdida de funcionalidad de una parte del cuerpo que disminuye la capacidad de la persona, como puede ser la limitación para mover un brazo como consecuencia de una lesión, etcétera. Pero no sólo nos debemos referir al ámbito puramente físico, también debemos hacer referencia al ámbito “psíquico”, pues existen enfermedades graves como la esquizofrenia, depresiones reactivas, que limitan gravemente al trabajador.

Algunas autores han hecho referencia a la gravedad, “*como una expresión de gran repercusión en la capacidad laboral, es decir, que incapacite o limite de modo importante, sin que sea suficiente una ligera disminución o una dudosa incapacidad*²⁴”. De lo contrario no nos encontraríamos en el ámbito de una incapacidad permanente, pudiendo entrar en juego las lesiones permanentes no incapacitantes, que más adelante detallaremos²⁵.

Debe destacarse que el concepto de reducción anatómica o funcional grave ha sido depurado por nuestros tribunales, siguiendo a la STSJ de Madrid de 17/07/2006, RSU 1681/2006, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La gravedad acontece cuando la persona que se encuentra en edad de trabajar, sufre una disminución o anulación de la aptitud laboral.
- En la valoración de las lesiones que conforman las reducciones anatómicas o funcionales graves, con incidencia en la capacidad de trabajo, no cabe tener en cuenta otros aspectos ajenos al factor

²⁴ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C. M. (2006): *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Granada (Comares), pp. 32 y 33.

²⁵ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 48.

psicofísico de alteración de la salud, como sería, por ejemplo: las deficiencias culturales, conflictos de carácter familiar, la edad como obstáculo para acceder al mercado de trabajo.

- No basta con que las reducciones anatómicas y funcionales sean graves, sino que además es necesario que, como consecuencia de las mismas, el trabajador se encuentre incapacitado para trabajar. Puede suceder en ocasiones, que el trabajador presente un cuadro clínico muy grave, pero si éste en conexión con su actividad laboral no alcanza relevancia para el desarrollo efectivo de un trabajo, ello impediría la calificación como incapacidad permanente; por el contrario, una dolencia o lesión aparentemente insignificante puede repercutir anulando la concreta realización de una profesión, por ejemplo, una ligera limitación de movilidad del tobillo en un bailarín profesional²⁶.

Por tanto, en la mayoría de los casos, van a existir discrepancias a la hora de valorar la gravedad, entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el trabajador afectado, todo ello, por tratarse de un concepto que en la norma resulta indeterminado. Pero en todo caso, como ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, la gravedad se encuentra aparejada a la imposibilidad “... *real de poder desarrollar una actividad profesional en una condiciones de habitualidad y suficiente rendimiento*”²⁷.

1.3. Susceptibles de determinación objetiva

Siguiendo con el art. 193.1 de la LGSS se exige, que además de darse el hecho de una reducción anatómica o funcional grave, debe ser susceptible de determinación objetiva.

Llegados a este punto, en primer lugar debemos explicar que la determinación objetiva de las reducciones anatómicas o funcionales han de quedar constadas médicamente de forma clara e indudable, por tanto, no es

²⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de fecha 17/07/2006, RSU núm. 1681/2006.

²⁷ STS (Social) de fecha 22/09/1989.

suficiente la manifestación subjetiva del interesado²⁸. Ello tiene su lógica, pues sería absurdo otorgar la condición de incapacitado por el mero hecho de seguir las manifestaciones del trabajador, por ende, el papel de los facultativos, a priori imparciales, va a ser fundamental a la hora de objetivar el cuadro clínico del trabajador. Cada persona es un mundo, y en ocasiones se dan supuestas lesiones o enfermedades que son sólo sintomáticas, es decir, que el individuo cree padecer, y que sin embargo, no existe prueba objetiva que determine la veracidad de la sintomatología que refiere el mismo²⁹. Esto último, ha llevado a los Tribunales a denegar pensiones de incapacidad permanente. Prueba de ello, es que sobre la objetividad de las secuelas se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), argumentando que *“practicadas numerosas pruebas diagnósticas en la que no se ha encontrado hallazgo que justifique las manifestaciones dolorosas que realiza la actora...”* llegando a concluir que *“... lo verdaderamente relevante, es que no hay dato alguno que permita objetivar la existencia de dolor, o por decirlo de otra forma, no hay prueba alguna de dolencia que justifique o explique el dolor manifestado por la actora... Por tanto, no concurre el primero de los requisitos para que proceda la declaración indicada, es decir, que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables, que se puedan constatar médicamente de forma indudable....”*³⁰.

1.4. Previsiblemente definitivas

Como se puede observar, el art. 193.1 de la LGSS establece el carácter previsiblemente definitivo de esas reducciones anatómicas o funcionales graves que se deben determinar de un modo objetivo en el sujeto.

La utilización del adjetivo “definitivas” concuerda perfectamente con la razón de ser de la incapacidad permanente, pues de lo contrario, si no fueran

²⁸ STSJ (Sala de lo Social), de fecha 30/12/1997.

²⁹ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 51.

³⁰ STSJ Andalucía, Sevilla (Sala Social), de 10/06/2009 en RSU 850/2009.

definitivas esas secuelas o esas reducciones anatómicas o funcionales graves, estaríamos en el ámbito de la incapacidad temporal.

Ahora bien, nos encontramos nuevamente con un problema de indefinición jurídica, debiendo acudir a las interpretaciones efectuadas por los tribunales para determinar cuándo un cuadro clínico constitutivo de incapacidad permanente se considera definitivo.

Así pues, se ha considerado que, tanto el hecho de encontrarse en tratamiento, como de ser susceptible de iniciar un tratamiento, supone la denegación de incapacidad permanente por no acreditar un cuadro clínico definitivo; todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a iniciar nuevamente un expediente de incapacidad cuando agote los tratamientos³¹. Del mismo modo, si todavía el trabajador se encuentra en un estado de evolución lenta, pero favorable, las lesiones no se pueden presumir como definitivas³².

Siguiendo con la profundización de la presente exigencia, por el TSJ de Andalucía, se ha rechazado la calificación de incapacidad permanente, cuando el trabajador todavía está pendiente de nuevas pruebas, por tanto, *“...las enfermedades y secuelas han de ser irreversibles o de naturaleza definitiva, de suerte que la posibilidad razonable y objetiva de mejoría o recuperación, a través del adecuado tratamiento médico, quirúrgico, rehabilitador o analítico, y sin haberse agotado todos los medios para llegar a un diagnóstico o conclusión final, configura motivo suficiente para que no pueda ser reconocida ninguna invalidez permanente en su modalidad contributiva...”* concluyendo el Tribunal la imposibilidad de valorar objetivamente una situación de incapacidad permanente, cuando se determine la necesidad de que el trabajador continúe recibiendo la oportuna asistencia sanitaria en la situación jurídica que le corresponda, por el tiempo necesario hasta la valoración definitiva de sus enfermedades³³.

Por tanto, hasta el momento, la práctica judicial es unánime en considerar incompatible una valoración de incapacidad permanente, cuando el trabajador

³¹ STS (Sala de lo Social) de fecha 30/06/1990, ref. Aranzadi RJ\1990\5553.

³² STS (Sala de lo Social) de fecha 22/12/1989, Nº ROJ: STS 7674/1989 (Ref. Cendoj).

³³ STSJ (Sala de lo Social) de Andalucía -Málaga- de fecha 24/03/2000, RSU 1920/1999.

todavía se encuentra bajo un tratamiento médico prescrito. La consecuencia de que el trabajador solicite tal declaración de IP en dicho estado, significará la desestimación de la petición.

Para finalizar con este apartado, me gustaría destacar la relación de un estado definitivo y las intervenciones quirúrgicas. En este sentido, cabe destacar que es muy común que las incapacidades permanentes se soliciten en base a limitaciones de carácter físico, sin embargo, como se sabe, éstas pueden ser mejoradas con grandes resultados en virtud de intervenciones quirúrgicas. Para ello, normalmente se acude, en primer lugar, a tratamientos rehabilitadores, y para el caso de que concluyan sin el resultado que se busca, se suele proceder, en segundo lugar, a la intervención quirúrgica. Por ello, cuando no se ha agotado esta segunda posibilidad, no se puede determinar que el trabajador presenta un cuadro clínico definitivo³⁴. Ahora bien, cabe destacar, que en muchas ocasiones, el trabajador se niega a ser sometido a una operación, a veces sin justificación alguna, y en otras porque efectivamente pueden ir aparejadas a riesgos para su salud, en tal sentido el TS ha señalado que cuando la negativa del trabajador a una intervención quirúrgica se base en que es arriesgada (y ello sea cierto), no impide la valoración de un determinado grado de incapacidad permanente³⁵.

1.5. Que disminuyan o anulen su capacidad laboral

Quizás es la parte de la definición de incapacidad permanente del art. 193 LGSS, de más importancia y destacable, pues se valora el **binomio lesiones-funciones laborales**, de manera que la incapacidad permanente supone una situación individualizada para cada persona. Lo que se tiene en cuenta es una capacidad concreta, para un trabajo concreto y su incidencia en un sujeto concreto en un momento concreto³⁶. Por tanto, para determinar una incapacidad permanente y el grado correspondiente no sólo habrá que describir

³⁴ STSJ (Sala de lo Social) País Vasco, de fecha 07/06/2011, RSU 1098/2011.

³⁵ STS (Sala Social) 15/07/1987. Nº ROJ: STS 5108/1989 (Ref. Cendoj).

³⁶ CID BABARRO, C. (dir). (2017): *Incapacidad Permanente. Gestión Práctica y Trámite Judicial*, cit., pp. 34.

objetivamente las secuelas, sino también el déficit orgánico o funcional y su incidencia en la capacidad laboral del trabajador.

Así pues, para analizar esa disminución o anulación de la capacidad laboral, como requisito conceptual de la incapacidad, debemos diferenciar la capacidad laboral de la de ganancia, considerando que la que realmente importa es la denominada “capacidad laboral”³⁷.

Por tanto, cuando nos referimos a la “capacidad laboral” no sólo se atiende al trabajo efectuado por cualquier asalariado por cuenta ajena, sino es más extensivo el concepto, pues se está refiriendo a la actividad de quienes se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social³⁸.

Así pues, y perfilando todavía más el concepto de capacidad laboral, a la hora de valorar la incardinación de la situación del trabajador en determinado grado de incapacidad permanente, ha de estarse a que el trabajador ostente una real y razonable capacidad de trabajo. Esto último quiere decir, que no puede determinarse la existencia de una verdadera capacidad laboral, cuando la incorporación del sujeto al mundo laboral está supeditada a un esfuerzo que escape de lo razonable y exigible, con riesgo para su salud. Por tanto, cuando se valora si un sujeto tiene capacidad laboral, debe tenerse en cuenta, el hecho de que pueda desempeñar su trabajo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en condiciones de rentabilidad empresarial³⁹.

Por otro lado, cuando nos referimos a la “capacidad de ganancia”, se debe relacionar con las posibilidades económicas del individuo, así como factores personales, como el nivel cultural y formación; por ende, lo determinante conforme a la definición legal de incapacidad permanente es la disminución o anulación de la capacidad laboral, no la de ganancia, que nada tiene que ver como factor determinante de la IP. Sin embargo, y a modo de ejemplo, donde sí

³⁷ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 57.

³⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1982): *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 215.

³⁹ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), de fecha 07/06/2011, RSU 1149/2011.

que se tiene en cuenta la capacidad de ganancia es en el ámbito no contributivo, que amplía el campo de aplicación de la Seguridad Social⁴⁰.

Por tanto, como conclusión, en España, la incapacidad permanente contributiva se basa en un criterio eminentemente profesional, dejando de lado situaciones de necesidad ante factores personales y circunstancias que dificultan la inserción en nuevas ocupaciones⁴¹.

1.6. La incapacidad sobrevenida

Respecto al carácter sobrevenido de la incapacidad permanente, si bien no se configura como un requisito referido en el art. 193.1 (apartado 1º), el propio artículo recoge que las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad, y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación⁴².

En este apartado, me gustaría hacer un breve paréntesis y delimitar el concepto de “personas con discapacidad” que recoge el citado artículo. En cuanto a la definición legal, dada por la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, establece que: “*son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan*

⁴⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M (2007): “Las prestaciones por Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente en un mundo laboral cambiante”, Madrid (Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), p. 317.

⁴¹ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 59.

⁴² Art. 193.1 de la LGSS.

*impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*⁴³.

Por tanto, la discapacidad debe entenderse como un concepto global en todo su amplio sentido, no solamente profesional. Se mide la imposibilidad parcial o total de llevar el tipo de vida de cualquier ciudadano al uso, en cualquier ámbito (educativo, laboral, social, etc.), por ende, se diferencia de la incapacidad permanente, siguiendo a ALBERT EMBUENA, en que las personas con discapacidad *“siguen siendo discapacitados en desempleo, trabajando, jubilados, o en cualquier otra situación*⁴⁴.

Así las cosas, en cuanto a la incapacidad sobrevenida, el TC ha destacado que la invalidez se presenta como un evento que en la consideración global del mundo laboral resulta excepcional⁴⁵, por ende, si se produce una disminución o anulación de la capacidad laboral en cualquier momento de la vida activa (antes de acceder a la jubilación), no existiría obstáculo para instar una expediente de IP como consecuencia de la agravación del estado de salud. Por tanto, el cuadro clínico que pudiera tener una persona, con carácter previo a su afiliación, no puede dar lugar al acceso a una pensión de incapacidad permanente, salvo que a posteriori, las mismas se agraven, provocando, bien por sí solas, o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de su capacidad laboral.

Es importante tener en cuenta, que ante estas situaciones con personas que antes de su afiliación presentan reducciones anatómicas o funcionales y que posteriormente se agravan, también se hace necesario que el cuadro clínico sea determinado de forma objetiva y que sea de carácter definitivo.

Ahora bien, llegado hasta aquí, debemos contestar a una pregunta de vital importancia en el presente apartado, y es la siguiente: ¿a los efectos de declarar en situación de incapacidad permanente a un trabajador que previamente a su

⁴³ Art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁴⁴ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 91

⁴⁵ STC 197/2003 de fecha 30/10/2003, cuestión de inconstitucionalidad 1836/1997.

afiliación presentaba reducciones anatómicas o funcionales, se debe tener en cuenta exclusivamente el cuadro clínico total o sólo el derivado de la agravación? Sobre tal extremo se ha pronunciado el Tribunal Supremo, destacando que las lesiones que padece el trabajador con carácter previo a la afiliación en la seguridad social, pueden tenerse en cuenta a la hora de calificar el grado de incapacidad permanente, sumándose de este modo, los efectos de todas y cada una de las secuelas, a fin de determinar la capacidad residual de trabajo del trabajador enfermo para llegar a la justa calificación de incapacidad laboral⁴⁶.



⁴⁶ STS (Sala de lo Social) de fecha 26/02/1987. Ref. Aranzadi RJ\1987\1129.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES CONTINGENCIAS DE LA QUE DERIVA LA INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Análisis de las diferentes contingencias

Con carácter previo al estudio de cada uno de los grados de incapacidad permanente, me gustaría analizar los cuatro tipos de contingencias por las que se puede declarar a un trabajador en situación de incapacidad permanente:

- Enfermedad común.
- Accidente no laboral.
- Accidente de trabajo.
- Enfermedad profesional.

Debe tenerse en cuenta que, con independencia del tipo de contingencia, después del tratamiento necesario, si no se produjera la curación, se determinará el grado de incapacidad que corresponda.

En primer lugar, y a efectos de clarificar los términos empleados en este apartado, una **contingencia**, se define por la RAE como la posibilidad de que algo suceda o no suceda, asimismo, también la considera como un riesgo⁴⁷. En cuanto al término **enfermedad**, se define como una alteración patológica de uno o varios órganos, que da lugar a un conjunto de síntomas característicos⁴⁸.

Así pues, una vez definidos los términos expuestos pasamos a analizar cada una de las contingencias:

⁴⁷ <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=contingencia>

⁴⁸ Clínica Universidad de Navarra: <https://www.cun.es/diccionario-medico> (julio 2018).

Por **enfermedad común** se considerará cualquier alteración de la salud que no tenga la condición de accidente de trabajo ni de enfermedad profesional⁴⁹. Se puede observar que se trata de una definición que se alcanza por exclusión, es decir, cualquier alteración de la salud, que no provenga del trabajo podrá considerarse como enfermedad común.

Del mismo modo, por exclusión se llega a la definición de **accidente no laboral**, pues se establece que será toda lesión corporal que el trabajador sufra fuera del ámbito laboral⁵⁰, por ejemplo, un accidente doméstico.

En cuanto al **accidente de trabajo**, se define como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena⁵¹. Se puede observar, que a diferencia de las dos contingencias analizadas con anterioridad, ya no se trata de una definición excluyente, sino que se circunscribe exclusivamente a las lesiones producidas en el ámbito laboral.

Conviene destacar que el art. 156.3 de la LGSS establece una presunción de *iuris tantum* o salvo prueba en contrario, en virtud de la cual, se presume como accidente de trabajo todas las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Este punto de la LGSS ha dado origen a numerosas sentencias, de los distintos órganos jurisdiccionales sociales, donde se interpreta el origen de la contingencia. En primer lugar, para que se dé esta presunción, es requisito indispensable que aparezcan los dos elementos establecidos en la definición legal: tiempo y lugar de trabajo. Pues si falta alguno de ellos, no puede aplicarse la presunción⁵².

Así las cosas, analizando la jurisprudencia del TS se puede observar que normalmente ha llevado a cabo una interpretación humanizadora y pro beneficiario, por ejemplo, ha considerado como accidente de trabajo, aquel supuesto donde el trabajador sufre un infarto agudo de miocardio que presentó síntomas en días anteriores sin impedirle acudir al trabajo, sin embargo, una vez en el trabajo, y como consecuencia de un grave malestar, decide abandonar el puesto para acudir al hospital, donde efectivamente se le diagnostica un infarto

⁴⁹ Art. 158.2 de la LGSS.

⁵⁰ Art. 158.1 de la LGSS

⁵¹ Art. 156 de la LGSS.

⁵² STS (Sala de lo Social) de fecha 20/12/2005, RCU 1945/2004.

de miocardio (lesión cardiovascular). El TS estima la demanda del trabajador, que había sido desestimada en primera y segunda instancia, considerando que se trata de un accidente de trabajo, por el hecho de que la lesión cardiovascular se produjera mientras trabajaba, así pues, aplica la presunción del art. 156.3 LGSS, todo ello, con independencia de que en los días previos el trabajador encontrara malestar⁵³.

Para finalizar con el análisis del accidente de trabajo, se debe destacar la lista cerrada de consideraciones de accidente de trabajo, que establece el art. 156.2 LGSS, destacándose someramente:

- El que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo (accidente “*in itinere*”).
- Los que sufra con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos sindicales.
- Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que ejecute, distintas a las de su grupo profesional, en cumplimiento de órdenes empresariales.
- Los acaecidos en actos de salvamento.
- Las enfermedades contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, no calificada legalmente como enfermedad profesional.
- Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de una lesión constitutiva del accidente⁵⁴.

Del mismo modo que la LGSS perfila una lista cerrada de hechos constitutivos de accidente de trabajo, a sensu contrario, también establece lo que no tendrá tal consideración:

⁵³ STS (Sala de lo Social) de fecha 08/03/2016, RCUD. 644/2015.

⁵⁴ Art. 156.2 de la LGSS.

- Los que sean debido a fuerza mayor extraña al trabajo, es decir, que no guarde relación alguna con el trabajo que ejecutaba el trabajador.
- Los derivados de dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

En cuanto a la última contingencia objeto de análisis, la **enfermedad profesional**, se entenderá como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en las disposiciones de desarrollo de la LGGS. Asimismo, para que tenga consideración de enfermedad profesional, la misma deberá estar provocada por la acción de los elementos o sustancias, que también se desarrolle legalmente⁵⁵.

Actualmente desde 01-01-2007 está en vigor el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, donde se establece tanto el listado de enfermedades profesionales, como las sustancias o materiales generadoras de tal contingencia.

Por tanto, las características que diferencian a la enfermedad profesional de la común o el accidente, sea o no laboral son⁵⁶:

- La existencia de una relación causal entre el trabajo realizado por cuenta ajena y las alteraciones de salud.
- Que sea causada por la acción de determinados elementos o sustancias con las que esté en contacto el trabajador en el desempeño de su trabajo.

Para finalizar con este capítulo, me gustaría hacer una breve referencia al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). En primer lugar, se debe destacar que los trabajadores incluidos en este régimen podrán mejorar voluntariamente el ámbito de su acción protectora, mediante la contratación de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la

⁵⁵ Art. 157 de la LGSS.

⁵⁶ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit, p. 61.

condición de que también tengan cubierta la prestación económica por incapacidad temporal. Por tanto, como se puede observar, los trabajadores autónomos, a diferencia de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general, tienen la facultad de elegir la cobertura de tales contingencias, reconociéndose así, las prestaciones que por las mismas se deriven, en las condiciones legalmente establecidas⁵⁷.

En cuanto a la definición de **accidente de trabajado** del trabajador autónomo, debe destacarse que varía ligeramente respecto al régimen general anteriormente analizado, entendiéndose pues, como el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial.

En cuanto a la definición de **enfermedad profesional**, se entenderá como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre (al igual que ocurre en el régimen general)⁵⁸.

Por último destacar, que en octubre de 2017 se introdujo una importante novedad legislativa, donde se vienen a mejorar las condiciones de los trabajadores incluidos en RETA, pues se reconoce el accidente *in itinere*, que hasta ese momento no estaba admitido; entendiéndose el mismo, como el accidente sufrido al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A tal fin, la ley define como lugar de la prestación económica o profesional, el establecimiento donde el trabajador autónomo ejerce habitualmente su actividad (que no coincida con su domicilio), debiéndose corresponder con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales⁵⁹.

⁵⁷ Art. 316 de la LGSS.

⁵⁸ Art. 316 de la LGSS.

⁵⁹ Art. 14 de la Ley 6/2017 de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo (BOE 25/10/2017).

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Regulación actual

En este apartado debemos destacar que la definición de cada uno de los grados de incapacidad permanente se encuentra en la Disposición Transitoria Vigésima Sexta del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, otorgando una redacción provisional del art. 194 de dicho texto legal, hasta que se produzca un desarrollo reglamentario.

Así pues, antes de llevar a cabo un análisis pormenorizado de los diferentes grados de incapacidad permanente, debemos destacar que la misma se podrá calificar del siguiente modo:

- ❖ Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- ❖ Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- ❖ Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- ❖ Gran invalidez.

2. Determinación de la profesión habitual

Con carácter previo a analizar los diferentes grados de incapacidad permanente, debo detenerme en el análisis del concepto “profesión habitual”, ya que afecta tanto a la incapacidad permanente parcial como total.

En cuanto a la definición legal de la profesión habitual, debemos acudir a la DTª 26ª de la actual LGSS, que hasta que no se desarrolle reglamentariamente el art. 194 de dicha Ley, la define como:

- En caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñaba 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 incapacidad⁶⁰. Sobre este punto, se debe precisar por “actividad fundamental” la que realizaba el trabajador durante los doce meses anteriores a la fecha en la que se hubiera iniciado la incapacidad temporal de la que derive la incapacidad permanente⁶¹.

Así las cosas, el concepto de profesión habitual no se debe identificar con el concreto puesto de trabajo, ya que la protección dispensada por la prestación de incapacidad permanente, guarda relación con la pérdida de rentas no meramente inmediata, sino con un perjuicio más extendido en el tiempo. Lo anterior se asimila mejor con el siguiente ejemplo: imaginemos un trabajador cuya profesión es la de peón de almacén, donde viene prestando sus servicios en una empresa dedicada a la manipulación de corcho y en un momento dado al trabajador se le diagnostica una enfermedad profesional que le impide manipular el citado material. A efectos de una posible incapacidad permanente, el Tribunal Supremo considera que su profesión habitual es la de peón de almacén, y el hecho de que no pueda manipular el corcho no le puede hacer acreedor de una incapacidad permanente, ya que nada le impide ejercitar sus funciones de peón del almacén en cualquier otro sector. Por tanto, de lo anterior se desprenden dos conclusiones, por un lado, el concepto de profesión habitual tiene un alcance genérico, no específico al sector donde presta servicios el trabajador, y por otro lado, la acción protectora de la seguridad social, en el caso de la incapacidad permanente es rigurosa, no cubriendo situaciones específicas a corto plazo, sino situaciones estructurales a largo plazo. A tal fin, como quiera que el trabajador puede ejercer la profesión citada en muchos otros sectores, no

⁶⁰ DTª 26ª del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre.

⁶¹ 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

podrá ser acreedor de una incapacidad permanente, pues su profesión habitual no queda desnaturalizada por el hecho de no poder manipular corcho⁶².

Por tanto, siguiendo al Tribunal Supremo “...*la profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional*”⁶³. Ello en definitiva quiere decir que predomina la profesión, en lugar de las tareas concretas que pueda llevar a cabo en el momento de la solicitud de la incapacidad permanente. En otras palabras, se ha venido considerando la profesión habitual como la ocupación o cometidos que conforman estrictamente una profesión, considerando que la incapacidad debe serlo para las tareas fundamentales de la profesión del trabajador, y no para las tareas que conforman un puesto de trabajo o una categoría profesional.

Por otro lado, se debe destacar, que a pesar de que la jurisprudencia ha señalado que la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos con los que el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional. Este rechazo a la equiparación entre “profesión habitual” y “categoría profesional” se acentúa en la actualidad, pues con la reforma laboral introducida por la Ley 3/2012 de 6 de julio, se modifica el art. 22 del Estatuto de los trabajadores, destacando que el sistema de clasificación profesional de los trabajadores se llevará a cabo por medio de grupos profesionales, entendiéndose por grupo profesional: *el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador*⁶⁴. De este modo, se viene a suprimir el concepto de categoría profesional, haciendo más flexibles las relaciones laborales, pues el concepto de grupo es más amplio (ya que puede contener diversas categorías y

⁶² STS (Sala Social) de fecha 26/10/2016, RCUUD 1267/2015.

⁶³ STS (Sala de lo Social) de fecha 02/11/2012, RCUUD 4074/2011.

⁶⁴ Art. 22 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24/10/2015).

distintas funciones), cuestión que sin duda, va a tener influencia en la determinación de la profesión habitual⁶⁵. Sin embargo, hasta que no se produzca el desarrollo reglamentario del art. 194 de la actual LGSS, se podría decir que el concepto de grupo profesional recogido en el Estatuto de los Trabajadores, todavía no ha tenido acceso a las normas de la Seguridad Social, debiendo estar a las interpretaciones de los tribunales a fin de determinar la profesión habitual⁶⁶.

Por último, en cuanto a la “habitualidad”, debemos definirla como la profesión ejercida prolongadamente y no la residual, a cuyo ejercicio ha podido haber conducido a la situación invalidante, esto es, la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo, y más si se contraponen al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra profesión más liviana. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en el caso de un trabajador que durante más de 10 años ha desempeñado la profesión de conductor-perceptor, sin embargo, como consecuencia de sus dolencias, acuerda con la empresa un cambio de puesto a fin de efectuar tareas más livianas, declarando el TS que en este caso se debe tomar como profesión habitual la que ha venido desempeñando durante más de 10 años, pues la última profesión ha sido de carácter residual, habiendo accedido a ella debido a su situación invalidante⁶⁷.

En lo que refiere a la profesión habitual en caso de enfermedad (común o profesional), se deben realizar las siguientes precisiones:

En el caso de cambios de profesión, como ya se ha señalado, será aquella a la que dedicara el trabajador la mayor parte del periodo de doce meses anteriores a la incapacidad temporal. No obstante, dicho plazo puede superarse, sin que exista ruptura del encuadramiento profesional anterior, siempre que el plazo de dedicación a otra profesión posterior sea breve y notablemente inferior

⁶⁵ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 94.

⁶⁶ STS (Sala de lo Social) de fecha 28/02/2005, RCU 1591/2004.

⁶⁷ STS (Sala de lo Social) de fecha 26/09/2007 RCU 4277/2005.

al periodo de desempeño de la primera profesión , debiéndose dar las siguientes condiciones⁶⁸:

- Que la primera profesión no haya sido abandonada voluntariamente.
- No computa como ruptura de la dedicación profesional el periodo de alejamiento por motivos de salud, sin que supere el plazo máximo de incapacidad temporal.
- Que el periodo de dedicación a la última profesión sea “breve”, aunque supere los doce meses, tomándose como referencia el hecho de que no exceda los dos años de prestación contributiva por desempleo.
- Que el periodo de dedicación efectiva a la antigua profesión sea significativamente superior a la nueva profesión.

Como ejemplo de lo anterior, el TS ha analizado un supuesto, donde una trabajadora tras prestar servicios por cuenta ajena durante 25 años como dependiente, pasa al desempleo y más tarde se coloca por cuenta propia realizando trabajos administrativo. En este caso, en los últimos doce meses anteriores a la baja, ha prestado durante más tiempo servicios como administrativo, por tanto, las limitaciones que padece no le impiden desempeñar dicha profesión, pero sí la de dependiente. Finalmente la Sala declara que ante supuestos tan extremos, en primer lugar, en relación al cómputo de los 12 meses previos al proceso de incapacidad temporal, no debe incluirse el periodo en desempleo, pues no ha ejercido profesión alguna; y además, considera que la profesión habitual deber ser la de dependiente, por haberse ejecutado durante 25 años, y no la desarrollada como administrativa durante 4 meses, a pesar de no cumplirse la mentada regla; primando el criterio de la profesión que ha venido desempeñando con habitualidad durante más tiempo⁶⁹.

En relación a lo anterior, es muy recurrente, que por parte de jueces y tribunales, en aras de conceder al beneficiario una determinada prestación que ha sido previamente denegada en vía administrativa, por no cumplir los requisitos

⁶⁸ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 103-104.

⁶⁹ STS (Sala de lo Social) de fecha 07/02/2002, RCUUD 1595/2001.

estrictamente formales establecidos por la Ley, se utilice una **interpretación humanizadora, flexible e individualizada de la norma**, con el objetivo de llegar al fin determinado por la misma, evitando así “rigideces” que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social⁷⁰. Así pues, en casos donde, con aplicación estricta de la Ley se denegaría el acceso a una prestación, con este mecanismo ideado por la Jurisprudencia⁷¹, se logra “suavizar la norma”, evitándose situaciones injustas y desproporcionadas.

Para finalizar con este apartado, me gustaría detenerme brevemente en la problemática existente en las incapacidades permanentes, provenientes de enfermedades profesionales. Interesa destacar, que la enfermedad profesional se caracteriza por su lenta gestación como consecuencia de la prolongada exposición a los agentes y elementos nocivos que concurren en la actividad laboral. Por ejemplo, hay enfermedades cuya gestación o periodo de latencia (periodo de incubación que transcurre entre la exposición hasta la aparición de la enfermedad) es de tiempo considerable:

- Neumoconiosis por grafito: 5 años.
- Silicosis: de 1 a 10 años.
- Mesiotelioma por inhalación de asbesto o amianto azul: de 20 a 25 años.

Por ende, como consecuencia de esa lentitud en la aparición de la enfermedad, puede ocurrir que ésta se exteriorice con posterioridad a la finalización del contrato cuya ejecución determinó la exposición al agente determinante de la enfermedad, pudiendo, incluso, estar el trabajador ejerciendo otra profesión en la que no se halle presente ningún elemento susceptible de generar la enfermedad diagnosticada.

Esta desconexión temporal entre el momento en que se evidencia o diagnostica la enfermedad y califica a efectos de incapacidad permanente,

⁷⁰ BLASCO LAHOZ, J.F. (2010): “El acceso a las prestaciones contributivas de la seguridad social desde una situación de inactividad laboral o profesional” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 18/2010, Editorial Aranzadi, S.A, pág. 15.

⁷¹ Véase ejemplo de dicha interpretación humanizadora, flexible e individualizada en la STS (Sala Social) de fecha 24/10/2010, RCU 777/2009.

puede generar una grave desprotección del trabajador. Por tanto, por los tribunales se ha concluido que la profesión respecto de la que se tienen que medir las consecuencias invalidantes es la que se ejercía cuando se produjo el hecho determinante de la patología invalidante, no siendo relevante la posterior realización de trabajos sin riesgos⁷².

Por tanto, no tiene lógica que con el cuadro clínico emergente tras el diagnóstico de la enfermedad profesional, se tuviera en cuenta la profesión que el trabajador ejerciera al momento de ser valorado por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), si ésta fuera distinta de la que originó la enfermedad profesional. Así pues, podría ocurrir que las limitaciones generadas como consecuencia de la enfermedad profesional, puestas en relación con la profesión habitual que ejerciera el trabajador al momento del hecho causante de la IP (al momento de la valoración por el EVI), tuviera como resultado que no limitara su capacidad laboral. Por ejemplo, en el caso de un trabajador que ejerció la minería durante 15 años, y que posteriormente se colocó en una profesión absolutamente distinta y con menos exigencia física y riesgos, como pudiera ser la de administrativo; una vez aparecida la enfermedad profesional (por ejemplo silicosis) mientras desempeña este último trabajo, las limitaciones funcionales generadas por la enfermedad, deberían ponerse en correlación con la profesión de minero, y no con la de administrativo, para así no encontrarnos ante situaciones absolutamente injustas, donde se deniegue el acceso a una prestación de incapacidad permanente, por no alcanzar un grado de limitación mínimo (si se valorara la profesión de administrativo, en lugar de la de minero).

Esta tesis, insistimos, ha sido avalada por el Tribunal Supremo, destacando que la profesión habitual a efectos de valorar la situación de incapacidad permanente, es la que ejercía cuando se produjo el hecho determinante de la patología incapacitante, aunque posteriormente se desempeñara trabajos distintos sin riesgos⁷³.

⁷² FERRANDO GARCÍA, F. G (2014): “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161/2014, p.p 17-20.

⁷³ STS (Sala de lo Social), de fecha 26/09/2007. RCUUD 4277/2005.

3. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual

Debemos destacar que se entiende por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, la que ocasione en el trabajador una disminución superior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión (sin alcanzar el grado de total), todo ello sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma⁷⁴, sin que la norma dé más requisitos o aclare cómo se determina ese porcentaje.

Por tanto, para que se pueda declarar una incapacidad permanente parcial, debe existir una disminución manifiesta en el rendimiento del beneficiario, que sin impedir al trabajador llevar a cabo su oficio, le suponga una merma en su capacidad de trabajo superior al 33%, siendo ello lo que se indemniza. No existiendo incapacidad permanente parcial, cuando el trabajador pierda prácticamente toda su capacidad laboral para la profesión en cuestión, estando pues, ante una situación de incapacidad permanente total. Se observa, que la IP parcial está limitada por arriba por la IP total, además de por abajo, pues si no se alcanza la pérdida del porcentaje referido, el trabajador no podrá ser beneficiario de IP parcial. A modo de ejemplo, si al trabajador le queda como resultancia incapacitante una capacidad de trabajo de un 30 %, es que ha perdido una capacidad de un 70%, habiendo pues una situación de incapacidad permanente, sin embargo, si le queda una capacidad del 80%, es que ha perdido un 20%, y no hay incapacidad⁷⁵.

3.1. Determinación del porcentaje de reducción

Como se desprende de la definición legal, el primer problema que nos encontramos, es la indeterminación legal a la hora de poder establecer esa reducción superior al 33% en el rendimiento para el ejercicio de la profesión habitual, dando lugar a contraposiciones entre la entidad gestora y el trabajador afectado debido al cariz subjetivo del asunto en cuestión, teniendo que acudir a

⁷⁴ DTª 26ª del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, que establece la redacción provisional del art. 194 LGSS, hasta que se desarrolle reglamentariamente.

⁷⁵ Auto núm. 934/2008 de 22 de octubre, dictado por el TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), tramite de aclaración 934/2007.

las interpretaciones efectuadas por los tribunales a fin de esclarecer cada caso. Sin embargo, sí que hay una cuestión clara en la definición legal, y es que el trabajador debe poder realizar las tareas fundamentales de su profesión.

Así las cosas, a fin de determinar tal grado, una vez perfilada la profesión habitual, se deberán señalar las tareas fundamentales de la misma, y si el trabajador las puede realizar estaremos en el ámbito de la IP parcial, de lo contrario deberemos analizar si puede ser acreedor de una IP total. Por tanto, para el caso de que estemos en el ámbito de una IP parcial, deberemos analizar si el beneficiario ha sufrido, al menos, una disminución de un 33% en su capacidad laboral, para ello se hará un examen comparativo de las lesiones residuales que sufre el trabajador y las actividades laborales que normalmente le están encomendadas dentro de su profesión habitual⁷⁶; siendo este extremo de gran complejidad, pues influirán circunstancias como la clase de actividad del incapacitado, la destreza necesaria para su profesión, el miembro o miembros afectados por la reducción laboral, etcétera.

Por otro lado, debemos detenernos en la distinción entre “rendimiento” y “capacidad de trabajo”, que a priori pueden significar lo mismo dentro del ámbito de la incapacidad permanente parcial, pero sin embargo, lo que realmente se indemniza no es la disminución del rendimiento, sino la disminución de la capacidad de trabajo. Y además, en los casos donde no hay merma del rendimiento, se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial siempre que, para mantener aquél, el trabajador tenga que emplear un esfuerzo físico superior, lo que equivale a que su trabajo resulte más penoso o peligroso⁷⁷.

Desde mi punto de vista, esa distinción entre rendimiento y capacidad de trabajo, quizá tenga un mayor encaje en el ámbito de los trabajadores autónomos, por los siguientes motivos:

- Por la elevada gama de actividades que se pueden presentar en su día a día, donde lo importante es la consecución de un fin, ya sea con un mayor o menor rendimiento, siendo, pues, lo determinante, que el

⁷⁶ STS (Sala de lo Social) de fecha 05/10/1981. Nº ROJ: STS 3906/1981 (Ref. Cendoj).

⁷⁷ STSJ de Aragón (Sala de lo Social), de fecha 17/01/2014, RSU 647/2013.

trabajador autónomo tenga capacidad para realizar las tareas y no la mayor o menor intensidad de las mismas.

- No está sujeto a horario, por ende, aunque el rendimiento se vea afectado, si la capacidad de trabajo no se ve mermada, no podrá ser acreedor de una IP parcial, pues podrá alcanzar sus metas.
- No se le exige un rendimiento mínimo, como a cualquier trabajador por cuenta ajena.

A mayor abundamiento, en este régimen especial, el Tribunal Supremo ha indicado que para la declaración de IP parcial derivada de contingencias profesionales se requiere una disminución no inferior al 50% en el rendimiento normal, por aplicación del art. 4.2 del Real Decreto 1273/2003⁷⁸, cuestión que no se da cuando se deriva de contingencias comunes, donde no se tiene derecho a la IP parcial⁷⁹.

Por último, a fin de dar por finalizado este apartado dedicado a la determinación del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, debemos destacar que los tribunales han venido poniendo en relación la profesión ejercida y las secuelas, aplicando como criterio orientativo lo dispuesto en el art. 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto 22-06-1956), a pesar de que actualmente no se encuentre en vigor, a fin de calificar una posible incapacidad permanente parcial⁸⁰. Por ejemplo, el citado Reglamento considera como IP parcial la pérdida funcional de un pie o de los elementos indispensables para la sustentación y progresión, así como la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro.

Siguiendo a ALBERT EMBUENA, ha efectuado un análisis exhaustivo de lesiones que dan lugar a una declaración de incapacidad permanente parcial, siguiendo doctrina de diversos Tribunales Superiores de Justicia⁸¹:

⁷⁸ STS (Sala de lo Social), de fecha 18/10/2016, RCU 2367/2015.

⁷⁹ STS (Sala de lo Social), de fecha 29/03/2016, RCU 3756/2014.

⁸⁰ STSJ (Sala de lo Social), de fecha 11/03/2013, RSU 886/2012.

⁸¹ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 103-104.

- La pérdida de la falange distal del dedo pulgar de la mano rectora del trabajo, dada la trascendencia de tal defecto a la eficacia de las acciones de presa y pinza, en oficios que requieran habilidad o fuerza manuales, sobre todo cuando existan otras alteraciones en el muñón o rigideces articulares.
- Determinadas hernias discales no operables.
- La pérdida de visión de un ojo, salvo en profesiones que requieran de gran agudeza visual, no considerándose IP parcial la pérdida intermitente de visión.
- Cervicalgias y secuelas de artrodesis del espacio C6-C7, en el caso de profesiones como cajeras-reponedoras, donde parte de la jornada se dedican a colocar mercancías en los estantes, lo que implica la movilidad y consiguiente sobrecarga del segmento cervical, conllevando una mayor penosidad en la ejecución del trabajo.
- Protusiones C6-C7 o C5-C6, en profesiones de auxiliar administrativo, que a pesar de que exigen tareas de poca actividad física, requieren periodos de trabajo con posiciones continuas de sedestación y de rigidez cervical, provocando pues, una limitación de movilidad.
- Fractura de codo que acarreen una limitación de la flexión en 75% y de extensión a 160°, especialmente para trabajos en cadena, donde se exige un cierto rendimiento productivo.
- No se ha considerado IP parcial la limitación de movilidad de un tobillo en un 50% en profesiones como electricista, conductor, etcétera; a pesar de que la cojera pueda suponer una incapacidad para realizar tareas fundamentales, como subir escaleras (caso de electricista) o en el caso del conductor, conducir durante horas. Asimismo, existen sentencias, en las que el trabajador se encuentra limitado para adoptar determinadas posturas como consecuencia de las secuelas que padece, pero puede seguir realizando las tareas propias de su profesión adoptando otras posturas distintas.

3.2. Límite entre la incapacidad permanente parcial y las lesiones permanentes no incapacitantes

La incapacidad permanente parcial y las lesiones permanentes no incapacitantes, se encuentran fronterizas, por lo que muchas declaraciones de lesiones permanentes no incapacitantes van a ser objeto de judicialización a fin de obtener una sentencia que declare el derecho al acceso a una pensión de IP parcial.

En cuanto a la definición de las lesiones permanentes no incapacitantes, lo primero que debemos destacar es que no se trata de una incapacidad permanente propiamente dicha, por lo que no se enmarca dentro de los grados de ésta. Prueba de esa separación conceptual, es que las lesiones permanentes no incapacitantes se encuentran reguladas en la LGSS en un capítulo distinto al de las incapacidades permanentes, por lo que se observa que el legislador ha querido delimitar ambas cuestiones. El art. 201 de la LGSS las define como toda lesión, mutilación y deformidad de carácter definitivo, causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, que sin llegar a constituir una incapacidad permanente, suponen una disminución o alteración de la integridad física del trabajador, siendo indemnizables a tanto alzado, si se encuentran recogidas en el baremo desarrollado legalmente⁸².

Así pues, lo relevante en las lesiones permanentes no incapacitantes, es que vienen a indemnizar supuestos de disminución o alteración de la integridad física del trabajador, que no llegan a constituir una incapacidad permanente.

La primera diferencia fundamental, respecto a la IP parcial, es que sólo se cubrirán las contingencias profesionales, excluyendo las comunes. Por otro lado, a diferencia de la IP parcial, en las lesiones permanentes no incapacitantes se indemnizarán las lesiones, mutilaciones o deformidades que se encuentren recogidas por baremo. Respecto a esto último, encontramos la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, que actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no incapacitantes, donde a título de ejemplo, se puede observar en la citada

⁸² Art. 201 de la LGSS.

orden, que la pérdida de la nariz se cuantifica en 7.940 €, la pérdida del bazo en 2.420 €, la limitación en la movilidad del codo en menos de un 50% equivale a 1.920 €, etcétera.

Por último interesa destacar, que las lesiones permanentes no incapacitantes, sólo serán aplicables a los trabajadores integrados en el **Régimen General**, una vez dados de alta médica, siendo incompatibles las indemnizaciones a tanto alzado con las prestaciones establecidas para la incapacidad permanente, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal incapacidad permanente y el grado de la misma⁸³. Sin embargo, la declaración de la lesión permanente no invalidante es totalmente compatible con el trabajo en la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo en el que se encontraba el trabajador antes del accidente o de la declaración de enfermedad profesional.

3.3. Efectos respecto al puesto de trabajo

Llegado el momento de la reincorporación al puesto de trabajo, tras la declaración de incapacidad permanente parcial, suelen surgir diferentes escenarios que merecen su atención.

Tal y como describe BARBA MORA: *“declarada la Incapacidad Permanente Parcial del trabajador existirán situaciones de necesidad, en las que el empresario podrá respetarle su puesto y salario, aunque lógicamente con menor rendimiento, pero también puede cambiarle de puesto de trabajo con reducción de salario y lo peor, a los trabajadores temporales esta situación puede llevar a ser una causa encubierta para no renovar el contrato, en este sentido puede concederse la prestación por IPP a quien no ha sufrido un perjuicio en sus ingresos porque pese a la declaración de IPP sigue trabajando y percibiendo el mismo salario y dejar desprotegida a quien, por causa de ese grado de Incapacidad ha perdido su trabajo (temporales) o ha visto reducido su salario⁸⁴”*.

⁸³ Arts. 202 y 203 de la LGSS.

⁸⁴ BARBA MORA, A. (2008): *Incapacidades Laborales y seguridad social*, Navarra (Aranzadi), p, 172.

Como se puede observar, el autor plantea tres escenarios totalmente diferenciados:

- Por un lado, la posibilidad de que el trabajador siga desempeñando su puesto de trabajo, sin merma retributiva, sería lógicamente, el mejor de los supuestos para el beneficiario de la IP parcial.
- Otra posibilidad, es que el empresario proceda a cambiarle de puesto de trabajo, con reducción de salario, cuestión en la que a continuación nos centraremos.
- Y la última de las posibilidades, o más bien, respuesta empresarial, es que el empresario decida no renovar el contrato de trabajo temporal. Si bien es cierto que la extinción del contrato en dichas condiciones merecería un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo, cuestión que no se va realizar para no desviar el núcleo de atención; el único comentario que puedo hacer al respecto es que a pesar de que la IP parcial tenga una fundamento resarcitorio o indemnizatorio, se deberían evitar situaciones de abuso empresarial, pues, no es ajustado a derecho que como consecuencia de la puesta en escena de la acción protectora de la seguridad social (derecho reconocido constitucionalmente), se produjera un menoscabo en el derecho al trabajo, como podría ser una no renovación de un contrato temporal, como consecuencia de una declaración de IP parcial. Así pues, se deberían insertar mecanismos que protegieran a las dos partes (empresario y trabajador), en aras de lograr un acomodo de las relaciones laborales.

En lo que respecta al cambio de puesto y reducción de salario, como consecuencia de la declaración de IP parcial, cuestión muy sensible para el trabajador, se han establecido los siguientes requisitos⁸⁵:

- El empresario ha de acreditar la disminución en el rendimiento del trabajador. Sobre este requisito, los Tribunales se han pronunciado de un modo muy estricto, ya que de no probarse fehacientemente por

⁸⁵ Art. 1 Real Decreto 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 minusválidos (BOE 04/06/1983).

parte del empleador esa disminución en el rendimiento de su trabajador, no podrá modificar las circunstancias contractuales del empleado, ya que la carga de la prueba recae sobre el empresario⁸⁶.

- Cumplido el anterior requisito, el empresario deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual.
- Si no existiera puesto semejante, donde el trabajador pudiese prestar sus servicios de acuerdo con su capacidad, entonces, el empresario podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25%, ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional (SMI) cuando la jornada se preste a tiempo completo.

Por último, si el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente parcial **recobrara total capacidad** para su profesión habitual, tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario (en el caso de que se hubiese producido una movilidad funcional), siempre que⁸⁷:

- El puesto que viniese ocupando desde la declaración de incapacidad parcial fuera de inferior categoría al desarrollado con anterioridad.
- No hayan transcurrido más de 3 años en dicha situación.
- Lo comunique, a la empresa y a los representantes de los trabajadores, en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo competente.

⁸⁶ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 24/11/2000, RSU 2446/1997.

⁸⁷ Art. 1 Real Decreto 1451/1983 de 11 de mayo (BOE 04/06/1983).

4. Incapacidad permanente total para la profesión habitual

Se entiende por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta⁸⁸.

Del concepto legal se pueden desglosar dos elementos básicos⁸⁹:

- I. Por un lado, debe producirse una pérdida de capacidad laboral de tal magnitud que imposibilite la realización de las tareas esenciales o fundamentales de la profesión habitual, a diferencia de la IP parcial, donde las lesiones no deben afectar a la realización de las tareas básicas o esenciales de la profesión.
- II. Por otro lado, el trabajador debe mantener una capacidad laboral real para dedicarse a otras profesiones distintas de la habitual. Como se puede observar, la definición legal utiliza el adverbio temporal “siempre”, por lo que, a fin de una posible declaración de IP total se exige que el trabajador sea capaz de desempeñar un trabajo distinto al que venía ejerciendo⁹⁰.

Interesa destacar que el concepto “capacidad laboral” en el ámbito de la IP total ha sido perfilado por los Tribunales, no exigiéndose exclusivamente que se dé el elemento de “imposibilidad total” para llevar a cabo las tareas esenciales, pues también existirá una situación de incapacidad permanente total cuando las dolencias que padece el trabajador le exijan un afán de superación (y en consecuencia una situación de sufrimiento), así como un exceso de tolerancia por parte del empresario, para poder efectuar sus labores⁹¹.

Por tanto, lo importante es que se delimite si el trabajador puede realizar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia, y con rendimiento económico aprovechable, y sin que se

⁸⁸ DTª 26ª del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, que establece la redacción provisional del art. 194 LGSS, hasta que se desarrolle reglamentariamente.

⁸⁹ Practicum Social 2015, Navarra, Thomson Reuters, p.1420.

⁹⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (2016): *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, Madrid 3ª edición (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones) Madrid, p. 270.

⁹¹ STS (Sala de lo Social) de fecha 03/2/1986, Nº ROJ: STS 89955/1986 (Ref. Cendoj).

trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación, y profesionalidad⁹², que no impliquen riesgos adicionales para el trabajador o sus compañeros, más allá de los inherentes al oficio.

4.1. Incidencia sobre la discapacidad

El término discapacidad ya ha sido definido en el presente trabajo, sin embargo, quiero hacer un breve inciso sobre los efectos que tiene una declaración de incapacidad permanente en relación con la discapacidad. Y es que, quien tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente total (así como absoluta o gran invalidez), se considerará que presenta una discapacidad en grado igual o superior al 33%⁹³.

Así las cosas, como quiera que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre califica como personas con discapacidad: *“aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”*. Se puede afirmar que quien tenga reconocido un grado de IP total o mayor, además, deberá ser calificada también como “persona con discapacidad”, a los efectos legales oportunos, como pudiera ser, por ejemplo: a fines fiscales, acceso a oposiciones, etcétera.

Conviene destacar, que a pesar de que existe un automatismo en el sentido de que la declaración de IP total o superior, equivale a un grado de discapacidad igual o superior al 33%, sin embargo, la declaración de IP en sí misma no determinará porcentaje alguno de discapacidad, ya que el mismo se concretará por la valoración en su conjunto, de las secuelas del acreedor de una pensión de IP, así como la medición de factores culturales, sociales, educativos,

⁹² STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de fecha 14/12/2012, RSU 2647/2012.

⁹³ Art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

etcétera. Por tanto, lo que hace la norma es establecer una ficción, partiendo de la base de que la mera declaración de IP total o superior equivale a un grado igual o superior al 33% de discapacidad, so pena de una valoración posterior a fin de determinar el porcentaje exacto.

Por último, me gustaría destacar, que en lo relativo a la acreditación del grado de discapacidad igual o superior al 33% de las personas afectas por una IP total o superior, la Ley precedente al actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, es decir, la ya derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; suscitó muchas polémicas, pues se entendía que la equiparación en un grado de discapacidad igual o superior al 33% de las personas declaradas en IP total o superior, sólo podía darse a los efectos de la Ley 51/2003, y no a todos los efectos, no siendo de aplicación por tanto, en el ámbito de la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos (LISMI), ni en leyes de similar naturaleza⁹⁴.

Sin embargo, con la publicación de la Ley General de derecho de las personas con discapacidad, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por un lado, viene a aclarar y armonizar todos los textos legales precedentes sobre la materia (Ley 13/1982, Ley 51/2003, Ley 49/2007, entre otras), y por otro lado, establece un matiz de gran importancia en su art. 4.2, al establecer la expresión **“a todos los efectos”** tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento; de este modo mediante la técnica legislativa se viene a cerrar cualquier duda, pues la equiparación de la que venimos hablando surte eficacia a todos los efectos, en cualquier ámbito de la vida. Ello tiene su sentido, pues, el Real Decreto Legislativo 1/2013, se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo

⁹⁴ STS (Sala de lo Social), de fecha 26/02/2008, RCU 1865/2007.

149.1.1.^a de la Constitución (Disposición final primera), que no establece limitaciones a su alcance, sino que se extiende a todos los ámbitos de la vida en los que es preciso garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Por ello, debe entenderse que, a todos los efectos, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual al 33 por ciento los pensionistas a los que se refiere el artículo 4.2 del nuevo Texto Refundido, sin que sea preciso contar con el reconocimiento, a través del procedimiento recogido en el Real Decreto 1971/1999, para obtener un grado del 33 por ciento a “todos los efectos⁹⁵”.

Por tanto, a modo de conclusión, con tal equiparación “a todos los efectos”, no tiene sentido que se obligue a los ciudadanos a pasar por un proceso de “baremación” con la finalidad de obtener una tarjeta acreditativa de tal grado de discapacidad, pues tal condición ya está reconocida por mandato legal expreso, como ya se ha visto, por el mero hecho de acreditar la condición de pensionista de incapacidad permanente total, IPA o GI; careciendo de sentido que determinadas Comunidades Autónomas, requieran a los ciudadanos la acreditación de la situación de discapacidad, mediante resolución previa de los órganos administrativos que tengan atribuida la competencia para la valoración y calificación del grado de discapacidad.

4.2. Incapacidad Permanente Total “cualificada”

Dentro de la IP total podemos encontrar una modalidad específica, denominada incapacidad permanente total cualificada. Se encuentra configurada en el art. 196.2 de la LGSS, establece:

“Los declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”⁹⁶.

⁹⁵<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/incluir-a-los-pensionistas-con-incapacidad-permanente-de-seguridad-social-y-clases-pasivas-entre-las-personas-a-las-que-se-le-puede-emitir-una-tarjeta-una-tarjeta-acreditativa-del-grado-de-discapacida/#>

⁹⁶ Art. 196.2 de la LGSS.

Sin embargo, a día de hoy siguen sin concretarse reglamentariamente los requisitos necesarios para el acceso a esta modalidad específica, debiendo acudir al Decreto 1646/1972, de 23 de junio (BOE 28/06/1972), que viene a fijar su acceso una vez el beneficiario cumpla los 55 años, y por otro lado, se establece en un incremento del 20% sobre la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión⁹⁷. Debiéndose solicitar por el interesado ante el organismo que reconozca o hubiere reconocido la pensión, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos.

Interesa destacar, que respecto al resto de requisitos, como son: la falta de preparación y las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, que presuman la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual; como quiera que no se han concretado reglamentariamente, en la práctica únicamente se viene exigiendo que el beneficiario tenga 55 años y que no esté ocupado, es decir, que no tenga empleo⁹⁸.

Por último, en lo que respecta a las pensiones de IP total causadas en el RETA, el Real Decreto 463/2003 de 25 de abril, introdujo por primera vez el incremento de un 20% de la base reguladora de la pensión, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que el pensionista tenga una edad o superior a los 55 años.
- Que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social.
- Que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Sin embargo, en la disposición adicional única del mencionado Real Decreto, viene establecer, que exclusivamente será de aplicación a las

⁹⁷ Art. 6.3 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.

⁹⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (2016): *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, (3ª edición) cit., p. 272.

situaciones de incapacidad permanente que se declaren a partir del 1 de enero de 2003. La aplicación de esa delimitación temporal suscitó controversia, pues implicaba una diferencia de trabajo que atentaba contra el principio de igualdad y no discriminación proclamado en el art. 14 de la Constitución Española, ya que suponía introducir una diferencia ante situaciones iguales, sin existir una justificación objetiva y razonable para ello, pues se hacía de peor condición a los pensionistas que tuvieran reconocida una IP total con anterioridad a la mentada fecha⁹⁹. Con todo y con ello, el Tribunal Supremo llevó a cabo una interpretación literal del citado precepto, confirmado que sólo se podía acceder a tal beneficio a las pensiones declaradas a partir del 01/01/2003¹⁰⁰.

4.3. Compatibilidad entre la realización del trabajo y la prestación por incapacidad permanente total

La percepción de la pensión incapacidad permanente total, es compatible con la realización de un trabajo remunerado, ya sea por cuenta ajena o propia, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquella profesión que dio lugar al reconocimiento de la incapacidad permanente total¹⁰¹.

Así las cosas, a partir de la entrada en vigor de la reforma 1-1-2013, a través de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo, quedaba limitada a que las nuevas funciones a desempeñar por el incapacitado no coincidan a las valoradas en el expediente de incapacidad y que originaron su pensión.

Por tanto, este régimen de compatibilidad, se puede efectuar en la misma empresa, cuando el trabajador es recolocado en una actividad absolutamente distinta, por ejemplo, el caso de un albañil al que se le reconoce una IP total como consecuencia de hernias discales en la espalda, y por sus conocimientos en contabilidad, pasa a integrarse en el departamento de administración de su

⁹⁹ FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B. (2004): "La prestación de incapacidad permanente total *cuilificada* en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: ámbito de aplicación temporal. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró de 28 de junio de 2004", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4512/2004.

¹⁰⁰ STS (Sala de lo Social), de fecha 24/06/2008, RCU D 2102/2007.

¹⁰¹ Art. 198.1 de la LGSS.

empresa, con la categoría de auxiliar administrativo; en este caso, el segundo empleo no requiere de la misma exigencia física, ni las funciones son las mismas, permitiéndose, pues, tal compatibilidad.

Sin embargo, mayor polémica han suscitado aquellos colectivos que tienen garantizada una “segunda actividad”, que viene a disponer una especial situación, ya que contempla precisamente la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados, excluyendo los requerimientos de mayores exigencias y manteniendo aquellas que sean compatibles con su estado psico-físico (particularmente las de tipo auxiliar, apoyo o burocráticas). Se trata del llamado “pase a la segunda actividad”, que comporta el desenvolvimiento de aquellas tareas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero con una carga de exigencias físicas y psíquicas ostensiblemente menor, y que se produce tanto por cumplimiento de determinada edad, así como por apreciarse oficialmente insuficiencia de aptitudes psicofísicas; manteniendo en todo caso el mismo salario base¹⁰².

Siempre ha sido objeto de polémica la compatibilidad entre la IP total y el trabajo en esa segunda actividad, pues se ha venido considerando un excesivo privilegio; hasta que finalmente el Tribunal Supremo, mediante sentencia dictada por el Pleno, ha sentado las bases, negando tal compatibilidad en un supuesto donde se reconoce una IP total a un policía local, que se encuentra en situación de segunda actividad. En esencia, se vienen a destacar los siguientes argumentos¹⁰³:

- En primer lugar, el TS no pasa por alto lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, de donde se infiere la posibilidad de compatibilización de la situación que se está analizando, pues en la citada norma se establece: *“Asimismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones*

¹⁰² STS (Sala de lo Social) de fecha 26/04/2017, RCU 3050/2015.

¹⁰³ STS (Sala de lo Social) de fecha 26/04/2017, RCU 3050/2015.

*denominadas de segunda actividad*¹⁰⁴.

- Sin embargo, a pesar de lo anterior, donde a priori parece que el legislador ha querido favorecer tal compatibilidad, por el Tribunal Supremo se viene a destacar que la reforma no alcanzó a la definición de la IP total, que mantiene la misma redacción desde 1994, y que se encuentra hoy vigente por aplicación de la DTª Vigésima Sexta de la LGSS de 2015 (Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre): *Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador **para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.***

- Como se puede observar, el legislador mantiene el concepto general de incapacidad permanente total, conectándolo con los cometidos laborales propios de la **profesión** (los que el trabajador está obligado a realizar conforme al “ius variandi” empresarial), y no con las concretas funciones ejercidas.

- Por el TS se sostiene que no parece admisible, desde la perspectiva del principio de igualdad, la coexistencia de dos conceptos diversos de incapacidad permanente total: uno para su reconocimiento y aplicación general (DTª26 LGSS), donde se alude al término “profesión”, y otro a efectos de compatibilidad, donde se alude al término “funciones”. Por tanto, la coexistencia de conceptos diversos de IP total, supondría, sin duda, un privilegio sin ninguna justificación razonable para los colectivos citados, que en situación de IP total, tienen garantizado un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones.

- Además, sostener tal compatibilidad, por un lado, sería contrario a la

¹⁰⁴ Exposición de Motivos de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, donde se suprimen las categorías profesionales, pasando a insertarse en grupos profesionales, y por otro lado, no se estaría respetando la racionalización del gasto que inspira la propia Le 27/2011 de 1 de agosto.

- Por último, el Alto Tribunal viene a concluir que la finalidad de la norma en cuanto a la compatibilidad entre IP total y trabajo, se refiere a que las “funciones” que cita el art. 198 de la LGSS, es decir, cuando dice *siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total*, se está refiriendo a que la funciones no deben coincidir entre profesiones diversas, y no en la misma. Es decir, para que pueda operar la compatibilidad referida, se deben dar dos requisitos:

1º Que se traten de dos profesiones distintas, es decir, que la nueva profesión no sea la misma que la que generó el acceso a la IP total.

2º Una vez superado lo anterior, que las funciones de ambas profesiones no coincidan, y que lógicamente sean compatibles con las lesiones que padece el trabajador.

Por ende, en los casos de segunda actividad, como puede ser el de un policía o un bombero, la profesión sigue siendo la misma (el beneficiario sigue siendo policía o bombero), por lo que de entrada se niega tal compatibilidad, ya que se estaría tratando con un exceso de mimo tales situaciones; atentando así, al fundamento último de la IP total, que no deja de ser una renta sustitutoria por la imposibilidad del ejercicio de una profesión, como consecuencia de un cuadro clínico concreto que así lo impide.

Una vez analizado el criterio jurisprudencial, conviene destacar que, como no podía ser de otro manera, el criterio administrativo seguido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social es el mismo: *Por todo lo expuesto esta entidad gestora asume la doctrina sentada en la sentencia del TS de 26 de abril de 2017, y, en consecuencia, la pensión de ipt es incompatible con la situación de "segunda actividad" establecida en la normativa reguladora de la relación de*

*servicios de determinados funcionarios públicos*¹⁰⁵.

Siguiendo con cuestiones acerca de la compatibilidad de la IP total con el trabajo en otra profesión, está previsto que quien decida llevar a cabo tal acción, podrá convenir con el empresario reducir su sueldo, hasta el límite del 50% del importe de la pensión, cuando la incapacidad del trabajador afecte a la capacidad exigida en el nuevo empleo¹⁰⁶.

Por último, para finalizar con el presente apartado, interesa destacar que cualquier beneficiario de una pensión de IP total (así como absoluta o gran invalidez), que vaya a iniciar un trabajo compatible con su condición, deberá comunicarlo a la entidad gestora de su prestación¹⁰⁷.

Siguiendo con lo anterior, cuando se produce un supuesto de compatibilidad de una pensión de IP total con una profesión distinta a la que originó la misma; en ocasiones el INSS ha entendido que tal situación es incompatible, siendo su respuesta la de suspender el cobro de la pensión mediante la emisión de una resolución administrativa, cuestión que no está prevista normativamente para la IP total, sí para la IP absoluta o gran invalidez, tal y como se desprende de la Orden de 18 de enero de 1996¹⁰⁸. Si bien es cierto, que en ocasiones es difícil determinar cuándo esa profesión es compatible, ya que requiere hacer una compleja comparación de trabajo y dolencias; el cauce procesal que debe seguir la entidad gestora, para el caso de que considere que concurre tal incompatibilidad, es iniciar un proceso judicial de revisión de actos declarativos de derechos, al amparo del art. 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹⁰⁹, en lugar de dictar una resolución administrativa ordenando la suspensión de la IP total. En dicho proceso judicial, la entidad gestora podrá solicitar que se deje sin efecto la pensión de IP total,

¹⁰⁵ Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, consulta 13/2017 de 02/08/2017.

¹⁰⁶ Art. 24 Orden de 25/04/1969.

¹⁰⁷ Art. 2 Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social (BOE 07/06/1984).

¹⁰⁸ STS (Sala de lo Social), de fecha 03/05/2005, RCU 1113/2004.

¹⁰⁹ STS (Sala de lo Social), de fecha 13/03/2003, RCU 2943/2002.

alegando los motivos que a su derecho convenga, donde la otra parte podrá defenderse, siendo finalmente el órgano judicial el encargado de decidir acerca de tal circunstancia, mediante la emisión de la correspondiente sentencia.

4.4. Ejemplos de lesiones y enfermedades generadoras de incapacidad permanente total

- **Fibromialgia:** su simple declaración no es constitutiva de IP, siendo necesario que la dolencia sea severa, que provoque continuas bajas, que lleve aparejado dolores que precisen tratamiento en clínica del dolor y que se determine la falta de respuesta a los tratamientos¹¹⁰.
- **Depresión:** en trabajos de cara al público, siempre que se constate que tiene un carácter crónico, al considerarse que la depresión altera el estado de ánimo y limita para profesiones laborales que exijan concentración y disponibilidad física, con pleno equilibrio psíquico¹¹¹.
- **Alcoholismo:** en el ejercicio de profesiones que puedan entrañar peligro tanto para el trabajador como para sus compañeros, donde además se exige un cierto ejercicio físico intenso¹¹².
- **Pérdida de visión de un ojo:** para profesiones donde se requiere cierta agudeza visual, como es el caso de un gruista¹¹³.
- **Cardiopatía isquémica grave:** para trabajos donde se requieran esfuerzos físicos, que no impidan la realización de empleos de carácter liviano o sedentario¹¹⁴.

Por último, siguiendo a ALBERT EMBUENA, viene a concluir en cuanto a los criterios para determinar una incapacidad permanente total¹¹⁵:

¹¹⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de fecha 11/01/2012, RSU 1258/2011.

¹¹¹ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de fecha 20/07/2012, RSU 1906/2012.

¹¹² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de fecha 16/05/2011, RSU 5080/2010.

¹¹³ STS (Sala de lo Social), de fecha 23/12/2014, RCUJ 360/2014.

¹¹⁴ STS (Sala de lo Social), de fecha 26/01/1989, Ref. Aranzadi RJ 1989\307.

¹¹⁵ ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 118.

- Los Tribunales siguen utilizando a modo orientativo el Reglamento de Accidentes de Trabajo.
- Las lesiones y enfermedades objetivables, no requieren de más prueba que la obrante en el propio expediente administrativo, sin perjuicio de acreditar la repercusión en la profesión habitual.
- Sin embargo, las lesiones o enfermedades subjetivas (depresiones, dolores...), necesitan un plus de acreditación y su repercusión en la profesión habitual. Siendo un buen método de acreditación el hecho de que el afectado haya acudido de forma repetida y continuada al médico de urgencias, a fin de que los distintos facultativos que le atiendan certifiquen su estado.

5. Incapacidad permanente absoluta

Es aquella que inhabilita por completo al trabajador para la realización de toda profesión u oficio¹¹⁶.

De acuerdo con la definición legal, la primera conclusión que se puede extraer es que la IP absoluta imposibilita al trabajador a ejercer cualquier trabajo. Y así se entendió inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: *“...no cabe duda que el límite diferenciador entre la incapacidad permanente absoluta y la total, debe establecerse en la inhabilitación completa de toda actividad laboral para desempeñar quehaceres retribuidos del mundo del trabajo -caso de la primera-...”*¹¹⁷. Asimismo, inicialmente, junto a la valoración de las secuelas, se tenían en cuenta otros factores: como la falta de preparación para otro trabajo o el analfabetismo, etc., a fin de solicitar una IP absoluta. Sin embargo, el TS negó tal interpretación, al establecer que: *“...se ha previsto la solución para aquellos supuestos si se dan en un trabajador mayor de 55 años, pues entonces y por el tiempo en que no pueda encontrar trabajo adecuado, además de la pensión ascendente al 55%, percibirá un incremento importante, el 20% de la*

¹¹⁶ DTª 26ª del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, que lleva a cabo la redacción provisional del art. 194 LGSS, hasta que se desarrolle reglamentariamente.

¹¹⁷ STS (Sala de lo Social), de fecha 03/02/1986, Ref. Aranzadi RJ 1986\700.

*base reguladora...*¹¹⁸. Por tanto, ante tales supuestos ya se encuentra regulada la IP total cualificada, a fin de compensar factores distintos a las limitaciones físicas.

Más tarde, tal y como se analizará en el presente trabajo, el TS evoluciona en su interpretación acerca de la IP absoluta, permitiendo la realización de actividades compatibles con el estado del declarado en IP absoluta, partiendo del derecho al trabajo recogido por el art. 35 de la CE: *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo*. Por otro lado, una concepción demasiado rigurosa acerca del concepto de la IP absoluta, supondría obviar la era en la que vivimos, una era totalmente tecnológica, donde cada vez más la unión de trabajo y esfuerzo físico se va apaciguando, primando el intelecto.

Por último, en cuanto a los elementos de valoración a fin de otorgar una IP absoluta, en palabras del TS no sólo se mide la posibilidad de realizar cualquier faena, tarea o quehacer: *“sino la de llevarlo a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia; y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros”*¹¹⁹. Por tanto, se observa, que a fin de valorar una situación de IP absoluta, no sólo se debe tener en cuenta la posibilidad de realizar las tareas de cualquier trabajo, sino que se deben medir parámetros como el rendimiento o la profesionalidad, pues, no se debe olvidar que en cualquier trabajo existe una integración con un grupo de personas, que se encuentran sometidas al mando de un superior jerárquico, por lo que en los casos de la IP absoluta se debe valorar un conjunto de factores, midiendo si el trabajador puede desenvolverse con la frecuencia de un empleado medio.

5.1. Compatibilidad con el trabajo

¹¹⁸ STS (Sala de lo Social), de fecha 16/10/1981. Ref. Aranzadi RJ 1981\3985.

¹¹⁹ STS (Sala de lo Social), de fecha 13/10/1987. Ref. Aranzadi RJ 1987\6986.

En primer lugar, debemos comenzar con el análisis del art. 198.2 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social, que dispone:

2. 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.

3. 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 artículo 213.1.

Siguiendo a RODRÍGUEZ INIESTA, de la definición legal acerca de la compatibilidad, se extraen tres aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar si el declarado en IP absoluta o gran invalidez, puede trabajar o no¹²⁰:

- a) Que las actividades a desarrollar sean compatibles con el estado del incapacitado.
- b) Que no suponga o represente un cambio en su capacidad a efectos de una revisión de grado.
- c) Se establece un límite temporal, pues la compatibilidad se podrá extender hasta la edad de acceso a la pensión de jubilación.

Tal y como destaca el referido autor, tradicionalmente se vino entendiendo que la compatibilidad se refería a trabajos de tipo marginal y escasamente relevantes, no encuadrados en sí como una profesión u oficio, y que tampoco constituían una relación laboral en los términos del Estatuto de los Trabajadores,

¹²⁰ RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): "Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente", en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.184/2016.

es decir, bajo un régimen de dependencia y ajenidad. Sin embargo en los últimos años se ha ido abriendo una interpretación más amplia respecto a la compatibilidad entre la pensión del IPA o GI y el trabajo, que se inicia con la sentencia del TS (Sala de lo Social) de 30/01/2008, RCUUD 480/2007, y la que le siguen, entre otras las de 10/10/2008, 14/10/2009, 01/1/2009, 14/07/2010, etc.

Los argumentos seguidos por el TS a fin de defender una compatibilidad más flexible son¹²¹:

- La literalidad del art. 198.2 de la LGSS apunta a la plena compatibilidad con expresiones como *“compatibles con el estado del incapacitado”*; *“no representen un cambio”*.
- Se atentaría el derecho al trabajo del art. 35 CE.
- Una interpretación más restrictiva llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IP total que al declarado en IP absoluta, al que se le negaría toda actividad e ingresos.
- La incompatibilidad tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IP absoluta o gran invalidez.
- El planteamiento de la compatibilidad cobra vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), que consienten pluralidad de actividades laborales a quienes se encuentran en situaciones de IP absoluta o gran invalidez.

A título ilustrativo, algunos de los casos que se han analizado por los tribunales acerca de la compatibilidad entre IP absoluta y trabajo son:

- Conductor-repartidor afectado por un accidente cardiovascular isquémico + Stent sobre DA, se le permite ostentar el puesto de concejal en régimen de dedicación parcial con una dedicación efectiva de 20 horas¹²².

¹²¹ STS (Sala de lo Social), de fecha 30/01/2008, RCUUD 480/2007.

¹²² STS (Sala de lo Social), de fecha 14/07/2010, RCUUD 3531/2009.

- Mecánico de frío industrial afectado por una enfermedad cardiaca muy grave, se le permite el alta en el RETA a fin de ejercer las labores de administrador de una sociedad mercantil¹²³.
- Tubero industrial con grandes limitaciones en la columna (fractura L3), se le permite ejercer un trabajo como profesor de formación vial teórica¹²⁴.

5.2. Ejemplos de lesiones y enfermedades generadoras de incapacidad permanente absoluta

- **SIDA** (en su grado más grave -C3-), para la profesión habitual de oficial 1ª metalúrgico¹²⁵.
- **Trastorno bipolar tipo I o II:** para un trabajador cuya profesión habitual es la optometrista¹²⁶.
- **Trastorno de estrés postraumático por acoso laboral y Trastorno mixto (ansioso-depresivo) de intensidad grave:** para una trabajadora cuya profesión habitual es la de auxiliar de clínica, pues tal cuadro clínico le produce una radical imposibilidad de dedicación a cualquier tipo de actividad laboral, que requiera de una elemental relación interpersonal¹²⁷.
- **Infarto agudo de miocardio:** para el ejercicio de una profesión como es la de contraamaestre, cuando el facultativo le ha prescrito reposo físico y evitar emociones y situaciones conflictivas.

Por último, en sentido negativo, se ha venido desestimando la declaración de IP absoluta en casos de amputación de pierna, aun en profesiones como la de albañil, por considerarse que el trabajador puede ejercer otras profesiones de naturaleza sedentaria, para ello el Tribunal se apoya en el art. 38 d), del

¹²³ STS (Sala de lo Social), de fecha 01/12/2009, RCUUD 1674/2008.

¹²⁴ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), de fecha 11/10/2005, RSU 1109/2005.

¹²⁵ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de fecha 06/02/2008, RSU 9154/2006.

¹²⁶ STS (Sala de lo Social), de fecha 26/12/2007, RCUUD 4112/2006.

¹²⁷ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de fecha 23/11/2006, RSU 919/2006.

derogado Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22/06/1956, que preveía como un supuesto de IP total la pérdida de una de las extremidades inferiores en su totalidad¹²⁸, apoyándose asimismo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27/01/1986 (Ref. Cendoj ROJ: STS 273/1986) y 09/07/1987 (Ref. Cendoj ROJ: STS 4889/1987).

6. Gran Invalidez

Se trata del último grado de incapacidad permanente y el más severo de todos los analizados hasta el momento. En cuanto a la definición legal, la LGSS dispone que: *Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*¹²⁹.

Conviene resaltar, que la ya derogada Ley 13/1982, de Integración Social del Minusválido, advirtió que la gran invalidez “*no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo*”¹³⁰, por lo que siguiendo al profesor SEMPERE NAVARO “*se abre paso la idea de que cabe la GI incluso con una IPT*”¹³¹. Así pues, se puede concluir que la Gran Invalidez no presupone un estado de IPA. Ahora bien, el TS ha razonado que como quiera que la GI es un grado autónomo de la IP, la misma sólo podrá ser reconocida en una primera calificación, o como consecuencia de la revisión por agravación de un grado inferior; no admitiéndose que se reconozca una GI sin revisión de un grado de IP anterior, pues ello sería obviar que la misma constituye un grado independiente, con todos sus requisitos y especialidades¹³².

¹²⁸ STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social), de fecha 24/10/2002, RSU 1699/2002.

¹²⁹ DTª 26 Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, que lleva a cabo la redacción provisional del art. 194 LGSS, hasta que se desarrolle reglamentariamente.

¹³⁰ Disp. Final 5ª Ley 13/1982, de 7 de abril.

¹³¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. (2008): “Compatibilidad de la pensión de gran invalidez. Comentario a la STS-SOC 30 de enero 2008, rec. 480/2007”, en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 12/2008, p. 3-4.

¹³² STS (Sala de lo Social), de fecha 22/07/1996, RCU 4088/1995.

Se debe destacar también, que este grado comparte con la IP absoluta idéntico régimen en cuanto a cuestiones de compatibilidad con el trabajo, que damos por reproducido en el presente apartado.

Entrando un poco más en materia, como ya se ha dicho, el elemento definitorio de este grado de incapacidad es la necesidad de asistencia de otra persona para los **actos más esenciales de la vida**. Con respecto a esto último, se refiere a todo aquel que sea preciso para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellos actos indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia¹³³. Por otro lado, cabe destacar, que por los Tribunales se ha considerado que la enumeración de esos actos esenciales es meramente enunciativa, bastando la imposibilidad de realizar uno de ellos sin ayuda externa para que se pueda calificar la gran invalidez¹³⁴.

Asimismo, también se ha considerado que un trabajador podrá ser acreedor de una gran invalidez cuando esté obligado a mantenerse de forma permanente en “gran reposo”, es decir, cuando tenga prohibido realizar movimientos como levantarse, andar, etcétera por comprometer gravemente su salud. Así pues, si el hecho de romper ese gran reposo supone un evidente riesgo para su salud, necesariamente hará que la persona requiera de ayuda de un tercero para los actos más elementales de la vida, estando pues, en situación de gran invalidez¹³⁵.

En último lugar, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha considerado que no es necesario que la ayuda sea de carácter permanente y continuada¹³⁶, por lo que basta que se requiera de esa ayuda para momentos determinados de la vida cotidiana, como puede ser la necesidad de un tercero con el fin de poder colocarse la prótesis de la pierna¹³⁷. Por otro lado, si el trabajador tuviera capacidad de colocarse la prótesis por sí mismo, y de ese modo hacer cualquier acción de su vida cotidiana, no se le consideraría en

¹³³ STS (Sala de lo Social) de fecha 23/03/1988. Ref. Aranzadi RJ 1988/2367.

¹³⁴ STSJ de Valencia (Sala de lo Social), de fecha 31/01/2012, RSU 2636/2011.

¹³⁵ STS (Sala de lo Social), de fecha 03/04/1982. Ref. Aranzadi RJ 1982/2241.

¹³⁶ STS (Sala de lo Social), de fecha 23/03/1988. Ref. Aranzadi RJ 1988/2367.

¹³⁷ STSJ Cantabria (Sala de lo Social), de fecha 05/04/2000, RSU 249/2000.

situación de gran invalidez. Además, por la jurisprudencia del TS se ha perfilado que tampoco se considera gran invalidez cuando el trabajador presenta dificultad en la realización de los actos esenciales de la vida. En concreto por el Tribunal se analiza una situación donde el trabajador tiene dificultad para realizar actos como: abrocharse ciertas prendas, comer ciertos alimentos que requieran ser desmenuzados o asearse con entera normalidad, etcétera. Concluyendo el TS que ello no le sitúa en una situación de total dependencia que le haga necesario la ayuda de un tercero, pues únicamente proyectan una dificultad para realizar actos esenciales¹³⁸.

6.1. Ejemplos de lesiones y enfermedades generadoras de gran invalidez

Como ejemplos reseñables de lesiones y enfermedades generadoras de gran invalidez que se han ido dando a lo largo de los años se podrían destacar¹³⁹:

- **Afectación a la movilidad:** en los casos de necesidad de silla de ruedas para trasladarse de un lugar a otro¹⁴⁰.
- **Visión:** en el caso de la pérdida de visión de ambos ojos¹⁴¹. Por otro lado, se considera gran invalidez cuando la agudeza visual es inferior a una décima en ambos ojos, aunque se puedan desarrollar algunos actos esenciales de la vida¹⁴².

¹³⁸ STS (Sala de lo Social), de fecha 19/02/1990, Ref. Aranzadi RJ 1990\1116.

¹³⁹ QMEMENTO PLUS SOCIAL (Francis Lefebvre).

¹⁴⁰ STSJ País Vasco (Sala de lo Social), de fecha 21/06/2016, RSU 1073/2016.

¹⁴¹ Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación. Conviene destacar que se encuentra derogado, pero se sigue tomando como referencia por los tribunales.

¹⁴² STS (Sala de lo Social), de fecha 03/03/2014, RCU 1246/2013.

- **Enfermedades mentales:** como puede ser el Alzheimer, generador de un gran deterioro intelectual progresivo¹⁴³.
- **Enfermedades que requieran un tratamiento continuo:** como es el caso de una insuficiencia renal grave de carácter crónico, donde el trabajador precisa de un tratamiento permanente de hemodiálisis, tres días por semana a razón de 6 horas diarias, requiriendo de la actuación de su esposa, que ha tenido que abandonar su empleo, con el objetivo de poder asistirle en un tratamiento tan duro¹⁴⁴.

7. Requisitos de acceso a la prestación por incapacidad y su cuantía

Para finalizar este capítulo, me gustaría realizar un breve repaso a los requisitos de acceso y cuantía de las pensiones por incapacidad permanente, destacando, que el tema central del presente TFG no este, pues dicho apartado requeriría de un estudio aparte pormenorizado, sin embargo, quiero sumergir brevemente al lector en dicha materia, para que así pueda tener una visión de la IP.

A) REQUISITOS DE ACCESO:

En primer lugar, para que un trabajador pueda acceder a la pensión por incapacidad permanente necesita reunir los siguientes requisitos:

- I. Estar en situación de alta en seguridad social o asimilada al alta**¹⁴⁵.
- II. Reunir un determinado periodo de cotización al momento del hecho causante**¹⁴⁶.

¹⁴³ STSJ (Sala de lo Social), de fecha 07/04/2003, RSU 1114/2003.

¹⁴⁴ STS (Sala de lo Social), de fecha 06/10/1987. Ref. Aranzadi RJ 1987\6840.

¹⁴⁵ Art. 165.1 de la LGSS.

¹⁴⁶ Art. 195 de la LGSS.

- Accidente de trabajo o no laboral y enfermedad profesional:

No se requiere un periodo mínimo de cotización, así pues, con un solo día de cotizado se podría acceder. Se observa que la normativa es muy flexible ante circunstancias absolutamente sobrevenidas, siendo injusto, por ejemplo, que a una persona joven recién incorporada al mercado laboral, se le exigiera un determinado periodo de cotización, como consecuencia de haber sufrido un infortunio inesperado, como es un accidente o una enfermedad profesional.

- Enfermedad común:

En los supuestos de incapacidad permanente por enfermedad común se hace preciso reunir un determinado periodo de cotización, tanto genérico como específico a fin de poder causar derecho a las prestaciones por incapacidad permanente:

- **Incapacidad permanente parcial:**

El periodo mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

- **En el resto de grados de incapacidad permanente:**

- a) *Si el sujeto causante tiene menos de 31 años de edad:*

Deberá acreditar un periodo de cotización mínimo, que se corresponderá con la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la fecha del hecho causante de la pensión.

- b) *Si el sujeto causante tiene cumplidos los 31 años de edad:* Deberá cumplir los siguientes dos requisitos:

1º PERIODO DE CARENCIA GENÉRICA: Un periodo mínimo de cotización equivalente a la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la fecha del hecho causante de la pensión, estableciéndose un periodo mínimo, en todo caso, de 5 años.

2º CARENCIA ESPECÍFICA: Al menos la quinta parte del periodo de cotización exigido para la carencia genérica, deberá estar comprendido dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Como excepción a lo anteriormente expuesto, en los casos de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derivadas de enfermedad común, que en el momento del hecho causante el trabajador no se encuentra en alta en seguridad social, ni en situación asimilada al alta; el periodo mínimo de cotización exigido será de 15 años, con la distribución de carencia genérica y específica referenciada en este apartado.

III. Hallarse al corriente en el pago de cuotas:

Este requisito será exigible en los supuestos donde es el propio trabajador el responsable del ingreso de las cotizaciones.

IV. No reunir los requisitos para el acceso a la jubilación ordinaria cuando la incapacidad derive de contingencias comunes.

B) CUANTÍAS:

❖ Incapacidad Permanente Parcial:

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial, consistirá en una cantidad a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar el cálculo de la prestación económica por incapacidad temporal¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Art. 9 del Decreto 1646/1972 de 23 de junio.

❖ **Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual:**

Con carácter general, la prestación económica por incapacidad permanente total consiste en una **pensión vitalicia** o, excepcionalmente podrá ser sustituida por una **indemnización a tanto alzado**¹⁴⁸:

- En cuanto a la **pensión vitalicia**, consistirá en un 55% de la base reguladora correspondiente, que podrá ser incrementada en un 20%, una vez el beneficiario tenga 55 años y no esté empleado, tal y como se ha analizado anteriormente.
- La citada pensión vitalicia puede ser sustituida excepcionalmente por una **indemnización a tanto alzado** cuando el beneficiario sea menor de 60 años. La cuantía de dicha indemnización se fija en función de la edad del beneficiario, con arreglo a la siguiente escala¹⁴⁹:

EDAD CUMPLIDA	Nº DE MENSUALIDADES
Menos de 54	84
54	72
55	60
56	48
57	36
58	24
59	12

La petición deberá formularse por el beneficiario ante la entidad gestora de la prestación, dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o de la sentencia firme que le reconociera el derecho a la pensión, o si fuese menor de 21 años de edad, dentro de los tres años siguientes al día en que cumpla tal edad. Para que pueda acogerse a la sustitución de la pensión por la indemnización será necesario que en el momento de la petición concurren las siguientes circunstancias:

¹⁴⁸ Art. 196 del Real Decreto 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁴⁹ Art. 5 Orden de 31 de julio de 1972, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/72, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

a) Que se presuma que las lesiones determinantes de la incapacidad no sean susceptibles de modificación que pueda dar lugar a una revisión.

b) Que se acredite por el beneficiario que se encuentra realizando trabajos por cuenta ajena o propia; o en otro caso, que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo, debiendo acreditar además la suficiente aptitud para el ejercicio de la actividad de que se trate.

Asimismo, se prevé que una vez el beneficiario cumpla la edad de 60 años, pasará a percibir la pensión anteriormente reconocida, con las consecuentes revalorizaciones¹⁵⁰.

❖ **Incapacidad Permanente Absoluta:**

La incapacidad permanente absoluta genera el derecho a una pensión vitalicia equivalente al 100% de la base reguladora¹⁵¹. Se puede observar, que como consecuencia de la pérdida total de capacidad para el trabajo, esta pensión es considerablemente mayor a la anteriormente analizada.

❖ **Gran Invalidez:**

En este caso, la prestación consiste en una pensión vitalicia de cuantía igual a la que corresponda por incapacidad permanente absoluta, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el beneficiario pueda remunerar a la persona que le atienda para la realización de los actos más esenciales de la vida. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar:

¹⁵⁰ Art. 5 Orden de 31 de julio de 1972.

¹⁵¹ Art. 17 Orden de 15 de abril de 1969.

- El 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante.
- Más el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente.

En ningún caso, el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida sin el complemento¹⁵².



¹⁵² Art. 196.4 de la LGSS.

CAPÍTULO V

EFFECTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Análisis de los efectos suspensivos

La declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, tiene efectos importantes sobre la relación laboral, haciendo necesario su análisis. Concretamente, podrá tener efectos o bien suspensivos, o en su caso, extintivos.

En cuanto a los **efectos suspensivos**, interesa destacar que el propio Estatuto de los Trabajadores establece que: *En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente*¹⁵³.

De la interpretación del citado artículo, se extrae que en los supuestos de declaración de IP total, absoluta o gran invalidez, si por el órgano evaluador se considerara que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral, subsistirá la suspensión de la relación laboral (con reserva de puesto de trabajo), durante un plazo de dos años desde la fecha de la resolución que declare la IP. Por tanto, el vínculo laboral con la empresa no se extingue, se mantiene suspendido, y si en el periodo de dos años se revisa la situación del trabajador y se considera que puede volver a desempeñar su puesto de trabajo, podrá oponer tal

¹⁵³ Art. 48.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24/10/2015).

circunstancia ante la empresa, teniendo ésta la obligación de reponerle en su anterior puesto de trabajo. Todo ello, con independencia de que como consecuencia de la declaración de la IP la empresa proceda a cursar la baja en seguridad social, no enervando ello el vínculo laboral.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de esta cuestión. En primer lugar, ha destacado que lo previsto en el art. 48.2 del ET constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de IP, donde se viene a destacar por la LGSS que toda resolución que reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría (plazo que será vinculante para todas las partes al objeto de promover la revisión), con la excepción de que el pensionista de IP estuviera realizando un trabajo compatible con su estado, donde en tal caso la entidad gestora o el interesado, podrán promover la revisión con independencia de que haya transcurrido el plazo indicado en la resolución¹⁵⁴.

Así las cosas, en la especialidad establecida en el art. 48.2 del ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible, sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, que es vinculante para el empresario, desmarcándose pues, de la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 200.2 de la LGSS¹⁵⁵.

Por otro lado, por el legislador se ha establecido que para que opere tal suspensión de la relación laboral, la resolución administrativa que declare la incapacidad permanente, deberá hacer constar que en un plazo igual o inferior a dos años se podrá revisar el estado del trabajador por previsible mejoría. Asimismo, se dará traslado de la resolución a la empresa para su constancia¹⁵⁶. Lo último tiene su lógica, pues el empresario debe ser conocedor de que el empleado declarado afecto por una IP tiene suspendida la relación laboral.

¹⁵⁴ Art. 200.2 de la LGSS.

¹⁵⁵ STS (Sala de lo Social), de fecha 28/12/2000, RCUUD 646/2000.

¹⁵⁶ Art. 7 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 (BOE 19/08/1995).

Cabe destacar que han sido objeto de polémica los efectos de la resolución de IP, pues en algunas ocasiones, se podía hacer dudar a las partes (tanto trabajador como empresa), si la declaración de IP tenía efectos suspensivos o extintivos de la relación laboral. Así pues, se ha considerado que en la resolución administrativa debe constar expresamente la previsible de mejoría, que dispone el art. 7 del RD 1300/1995 de 21 de julio, no bastando la mera previsión general de revisión por agravación o mejoría, que tiene carácter genérico y preceptivo, y que se recoge en el art. 200.2 de la LGSS¹⁵⁷. Por tanto, puede suceder que la entidad gestora dicte una resolución, donde declare una pensión de IP y establezca de forma genérica un plazo de revisión por agravación o mejoría de un año, al albur del art. 200.2 de la LGSS; no teniendo, pues, efectos suspensivos sobre la relación laboral, ya que, insistimos, en la resolución administrativa, debe quedar de forma clara e inequívoca la previsible mejoría y la consecuente suspensión de la relación laboral¹⁵⁸.

Así pues, si efectivamente se produjera una situación suspensiva de la relación laboral, como consecuencia de la declaración de una IP, y revisado el estado del trabajador dentro de los dos años, por el INSS se constatará mejoría en el estado del trabajador compatible con su profesión habitual, revocando la incapacidad permanente; la negativa del empresario a su reincorporación constituiría un despido improcedente.

Por último, para cerrar el círculo de la suspensión, es importante que en los supuestos de incapacidad permanente con efectos suspensivos, la entidad gestora lleve a cabo la revisión de la IP reconocida antes del transcurso de los dos años, plazo de tiempo durante el que se mantiene la suspensión del contrato, *“...dado que, de no hacerlo así, y pasados esos dos años, si la Resolución del INSS se retrasa por encima de los dos años, la empresa puede negar la readmisión del trabajador, resultando responsable en tal caso la misma Administración de los daños que repercutirían en el trabajador por un retraso achacable a la Administración del que éste no sería responsable (sobre el*

¹⁵⁷ Se podrá instar la revisión por agravación o mejoría.

¹⁵⁸ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de fecha 21/12/2004, RSU 3124/2002.

particular Vid. la Sentencia Audiencia Nacional (Contencioso- administrativo) de 17 de abril de 2013 (RJCA 2013, 354)¹⁵⁹.

2. Análisis de los efectos extintivos

En cuanto a los **efectos extintivos**, de acuerdo con el ET, el contrato se extinguirá en los supuestos de declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 del ET¹⁶⁰. Sin embargo, la lectura de tal precepto no despeja realmente cuándo se entiende extinguida la relación laboral, debiendo acudir a las interpretaciones de los Tribunales a fin de aclarar tal cuestión. En este caso, al contrario de como sucede con el efecto suspensivo, se entenderá que no concurre reserva de puesto de trabajo, y por tanto, se da por extinguido el vínculo, cuando la resolución administrativa no declare expresamente la previsión de revisión por mejoría del trabajador; todo ello, con independencia de que se fije el plazo de general por agravamiento o mejoría del art. 200.2 de la LGSS. Al hilo de lo anterior, el TS ha declarado que cuando la resolución administrativa que declare la IP no recoja la previsión de revisión por mejoría, el INSS no podrá acordar la revisión del estado del trabajador hasta transcurridos dos años desde que se declaró la IP, ya que lo contrario, significaría variar en contra del trabajador, el derecho que se le reconoce en el art. 48.2 del ET (la reserva del puesto de trabajo)¹⁶¹.

¹⁵⁹ STSJ de Valencia (Sala de lo Social), de fecha 06/02/2015, RSU 3045/2014.

¹⁶⁰ Art. 49.e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶¹ STS (Sala de lo Social), de fecha 17/07/2011, RCU 3645/2000.

CAPÍTULO VI

HECHO CAUSANTE, RECONOCIMIENTO, REVISIÓN DEL GRADO DE IP Y COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE IP EN DIFERENTES REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Determinación del hecho causante

El hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social es aquel acontecimiento que pone en marcha la dinámica protectora de la relación jurídica de la prestación y establece el momento en el que se han de cumplir las condiciones generales y específicas de cada una de ellas¹⁶². Así pues, a continuación se exponen los diferentes momentos en los que se puede producir el hecho causante en la pensión de IP y su relación con los efectos económicos de la prestación:

Si la incapacidad permanente está precedida de una incapacidad temporal¹⁶³

En el caso de que la incapacidad permanente dimanase tras haberse extinguido el proceso de incapacidad temporal de la que deriva, ya sea por agotamiento del plazo máximo de duración de ésta, bien por ser dado de alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o en su caso, por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente:

- El **hecho causante** se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal de la que derive la incapacidad permanente¹⁶⁴.

¹⁶² CID BABARRO, C. (dir). (2017): *Incapacidad Permanente. Gestión Práctica y Trámite Judicial*, cit., pp. 56.

¹⁶³ http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_7.htm (agosto 2018).

¹⁶⁴ Art. 13.2 Orden de 18/01/1996 que aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio.

- Los **efectos económicos** se producen del modo siguiente:
 - Si la cuantía de la prestación de incapacidad permanente es inferior a la del subsidio de incapacidad temporal (prolongado desde su extinción), los efectos económicos se producen desde el día de la propuesta de resolución.
 - Si la cuantía de la prestación de incapacidad permanente es superior a la del subsidio de incapacidad temporal (prolongado desde su extinción), los efectos económicos se retrotraerán al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal¹⁶⁵.

Si la incapacidad permanente no está precedida por la incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido¹⁶⁶:

- El **hecho causante** se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).
- Los **efectos económicos** se producen en la fecha de emisión del dictamen-propuesta.

Si la incapacidad permanente se produce desde una situación de no alta ni alta asimilada, sólo para incapacidad permanente absoluta y gran invalidez¹⁶⁷:

- El hecho causante se entiende producido el día de la solicitud de la prestación.
- Los efectos económicos se producen el día de la solicitud de la prestación.

¹⁶⁵ Art. 174.5 LGSS.

¹⁶⁶ Art. 13 de la Orden de 18 de enero de 1996.

¹⁶⁷ Art. 3 Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente.

2. Reconocimiento de la pensión

Por último, en lo que respecta al reconocimiento de la prestación, la entidad competente será el Instituto Nacional de la Seguridad Social¹⁶⁸, o para el de los trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, será el Instituto Social de la Marina (ISM)¹⁶⁹. Todo ello con independencia de la contingencia de la que derive la incapacidad, pues, aunque las Mutuas Colaboradoras tengan competencia sobre la cobertura de las contingencias profesionales, en última instancia el reconocimiento del derecho a una IP corresponde al INSS o ISM¹⁷⁰, siendo cuestión distinta la gestión del abono de la prestación por IP, que se realizará del siguiente modo¹⁷¹:

- Si derivase de enfermedad común o accidente no laboral, el pago se efectuará por el INSS o ISM.
- Si derivase de accidente de trabajo o enfermedad común, se realizará por el INSS o la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social que tenga la cobertura de la incapacidad permanente por dicha contingencia. No obstante, aunque la responsabilidad sea de una Mutua, el pago efectivo se realizará por el INSS, previa constitución por parte de la misma del Capital Coste de Renta correspondiente, que será fijado por la Tesorería General de la Seguridad Social.

3. Revisión del grado de incapacidad permanente

Aunque la declaración de incapacidad permanente exige una presunción de que las dolencias son definitivas, el estado clínico de beneficiario puede ser objeto de variación, dando lugar a la necesaria corrección en la calificación del

¹⁶⁸ Art. 1 Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio.

¹⁶⁹ http://www.empleo.gob.es/es/organizacion/seg_social/contenido/om13.htm (agosto 2018).

¹⁷⁰ STS (Sala de lo Social), de fecha 08/10/1997, RCUUD 561/1997.

¹⁷¹ Art. 25 de la Orden 15/04/1969.

grado de incapacidad. Así pues, una de las características más relevantes de la IP es su carácter “mutable”, sometida a control periódico por parte de las entidades gestoras¹⁷². Además, en ocasiones, la revisión puede venir dada como consecuencia de un cambio de “actitud” en el trabajador, decidiendo reincorporarse al mercado laboral, cuestión que la entidad gestora no va a pasar por alto y va a querer comprobar.

3.1. Momento a partir del cual se puede llevar a cabo la revisión

El momento a partir del cual se podrá llevar a cabo la revisión de la incapacidad permanente, lo va a marcar la resolución administrativa que conceda la misma, siendo un plazo que vincula a todas las partes legitimadas en el proceso¹⁷³. Asimismo, la LGSS utiliza la expresión “se podrá instar la revisión”, infiriéndose que tal acción no es obligatoria para las partes implicadas, sino facultativa. Además, a partir de la fecha marcada en la resolución, la revisión se puede producir en cualquier momento, mientras el beneficiario no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, con la excepción de los pensionistas declarados en IP por enfermedad profesional, donde sí se podrá revisar aunque tenga cumplida la edad de jubilación¹⁷⁴.

Por otro lado, como en toda regla general, existen excepciones donde se podrá instar la revisión sin el sometimiento al plazo establecido en la resolución:

- Cuando el beneficiario estuviera ejerciendo cualquier trabajo por cuenta ajena o propia¹⁷⁵.
- Por error en el diagnóstico, se podrá llevar en cualquier momento antes de la edad ordinaria de jubilación¹⁷⁶.

¹⁷² MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “Revisión del grado de incapacidad permanente en el supuesto de concurrencia de secuelas de etiología diversa” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 3, Editorial Aranzadi, S.A. 2004, pp. 1-2.

¹⁷³ Art. 200.2 de la LGSS.

¹⁷⁴ Circular INSS 4/2003.

¹⁷⁵ Art. 202.2 párr. 2º de la LGSS.

¹⁷⁶ Art. 202.2 párr. 3º de la LGSS.

3.2. Sujetos legitimados

Los sujetos legitimados activamente para instar un procedimiento de revisión de incapacidad permanente son los que a continuación se relacionan¹⁷⁷:

- La entidad gestora, por propia iniciativa, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio Público de Salud.
- El propio interesado.
- La Mutua de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social.
- Los empresarios responsables de las prestaciones.
- Quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas.

En este punto, merece especial atención la legitimidad dada a las empresas responsables para promover un expediente de revisión, pues, mientras que ya por el Tribunal Constitucional se resolvió que los únicos legitimados para instar un procedimiento de declaración de incapacidad permanente eran el trabajador afectado, la Mutua o el INSS de oficio¹⁷⁸; sin embargo, por el Tribunal Supremo se aclaró que las empresas declaradas responsables ostentan legitimación sólo en los supuestos de revisión hacia un grado inferior de la pensión de incapacidad de la que hubieran sido declaradas responsables¹⁷⁹.

3.3. Supuestos de revisión

¹⁷⁷ Art. 4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio.

¹⁷⁸ STCo, de fecha 14/12/1989, Rec. Amparo 984/1987.

¹⁷⁹ STS de fecha 14/10/1992, RCUUD 2500/1991.

3.3.1. Revisión por agravación o mejoría

Para que la mejoría o el agravamiento fundamenten la revisión de la incapacidad se ha de realizar un estudio comparativo entre el cuadro clínico que se presentaba al momento del hecho causante y el actual, y a partir de ahí se determinará qué ha ocurrido.

Así pues, para que pueda llevarse a cabo una revisión de grado por agravación o mejoría, no sólo se deben comparar las dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva a cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro clínico en un sentido u otro, sino que se exige un plus de trascendencia, ya que esa variación en el cuadro clínico debe afectar a la capacidad de trabajo del declarado en IP, a fin de justificar la modificación del grado reconocido¹⁸⁰. A modo de ejemplo, se puede producir una mejoría en las dolencias del trabajador, pero que sin embargo, no afectan a su capacidad de trabajo que sigue igualmente afectada, no dando lugar a revisión¹⁸¹.

Por otro lado, es muy interesante destacar que las dolencias y secuelas del beneficiario han de ser apreciadas en su conjunto a los efectos de la revisión de la IP, es decir, la aparición de nuevas dolencias derivadas de contingencia distinta de la que emana la IP, no supone obstáculo para que se valore el cuadro clínico en su conjunto¹⁸².

Para finalizar con este apartado, por el TS se ha establecido que cabe la posibilidad de revisar por agravamiento una declaración de lesiones permanentes no incapacitantes, a pesar de que no se trate de una incapacidad permanente en sí (prueba de ello es que se encuentra regulado en otro apartado de la LGSS), por el Alto Tribunal se entiende que en las lesiones permanentes no incapacitantes se lleva a cabo, al igual que en la IP, una calificación de la capacidad funcional del afectado en un momento determinado, y como quiera que las secuelas pueden ser objeto de variación por agravamiento, no existe obstáculo alguno para llevar a cabo una revisión y determinar un determinado

¹⁸⁰ STS (Sala de lo Social), de fecha 22/12/2009, RCUUD 2066/2009.

¹⁸¹ STSJ de Murcia (Sala de lo Social), de fecha 18/10/2017, RSU 890/2017.

¹⁸² STS (Sala de lo Social), de fecha 28/10/2002, RCAUD 82/2002.

grado de IP¹⁸³. Se trata de una cuestión muy interesante que el art. 200.2 de la LGSS no aclara, pues en todo momento se nos habla de “revisión del grado del grado de incapacidad”, y como quiera que las lesiones permanentes no incapacitantes no constituyen un grado de incapacidad, puede dar lugar a controversia, habiéndose establecido un criterio *pro beneficiario* por el TS.

3.3.2. Revisión por error de diagnóstico

Como modo de protección de la incapacidad permanente, el art. 200 de la LGSS recoge como modalidad de revisión la basada en error de diagnóstico, que se podrá efectuar en cualquier momento.

Para la definición del error de diagnóstico, debemos acudir a las interpretaciones efectuadas por los Tribunales, por ejemplo, por el TSJ de Valencia se estableció: *“Y debe recordarse que el error en el diagnóstico no lo constituye solo la equivocación en la determinación de la enfermedad, sino que también se produce, entre otros supuestos, cuando el diagnóstico no es completo por ser insuficiente, comprendiendo en sentido amplio el error de diagnóstico las omisiones esenciales, como puede ser la omisión de la enfermedad principal...”*¹⁸⁴.

Por ende, el error de diagnóstico, puede provenir por haberse dictado un diagnóstico absolutamente distinto a la realidad o por ser insuficiente; error de diagnóstico siempre achacable al Equipo de Valoración de Incapacidades; cuestión que se someterá, en última instancia, a revisión judicial, a fin de determinar si realmente hay incongruencia en la valoración.

3.3.3. Realización de trabajos por cuenta propia o ajena

Se trata de una facultad que se reserva la entidad gestora, cuando el declarado en situación de IP comienza un trabajo por cuenta ajena o propia compatible con su estado. La entidad gestora podría presuponer que se ha

¹⁸³ STS (Sala de lo Social), de fecha 30/06/2008, RCUUD 4827/2006.

¹⁸⁴ STS (Sala de lo Social), de fecha 05/04/2005, RSU 3732/2004.

producido una mejora en el estado del trabajador como consecuencia de haber comenzado un trabajo, por lo que le será de interés someter a revisión al beneficiario de las prestaciones de IP. Tal y como se ha dicho más atrás, no podrá suspender las prestaciones, ya que previamente deberá corroborar el estado del pensionista a fin de tomar una decisión.

4. Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente en los diferentes regímenes de la seguridad social

Para cerrar el círculo de la incapacidad permanente, en este apartado vamos a realizar un repaso de la compatibilidad de la incapacidad permanente en los distintos regímenes de la seguridad social.

4.1. Regla General

Tal y como dispone la LGSS, las pensiones del Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente, debiendo optar el beneficiario por una de ellas¹⁸⁵. Tal impedimento no lo encontramos sólo en el RGSS, pues, por ejemplo, en la normativa reguladora del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, se establece un idéntico sistema de incompatibilidad de pensiones causadas en dicho régimen especial: *“Las pensiones de este Régimen Especial serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas”*¹⁸⁶. Por tanto, el fin último perseguido por el sistema de la Seguridad Social es que un trabajador no pueda acceder a dos o más pensiones generadas dentro del mismo régimen, por ejemplo: en el caso de un trabajador que tiene reconocida una IPT en el RGSS, si como consecuencia de

¹⁸⁵ Art. 163.1 de la LGSS.

¹⁸⁶ Art. 18.1 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

su actividad en profesión distinta (encontrado nuevamente en el RGSS), se vuelve a encontrar ante un supuesto de IPT, a pesar de que reúna todos los requisitos de cotización y demás para acceder a esa segunda pensión de IPT, deberá optar entre una de ellas, y en su defecto, la entidad gestora reconocerá el derecho más beneficioso¹⁸⁷, no siendo posible la compatibilidad de ambas por derivarse del mismo régimen.

Siguiendo a BLASCO LAHOZ, J.F, que ha efectuado una amplia labor de investigación sobre la materia, viene a destacar que: *“el Tribunal Constitucional ha aclarado que la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones es una **cuestión de mera legalidad ordinaria**, sin que puedan invocarse los arts. 41 y 50 de la Constitución española para obtener una interpretación (STC 375/93, 20-12 (RTC 1993, 375) [Rec. 2375/90]). Mientras que el Tribunal Supremo ha manifestado que la literalidad del precepto legal, al manifestar que las pensiones del RGSS son incompatibles entre sí, admite la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos necesarios para su devengo, siempre que no exista en los mismos norma que lo prohíba expresamente (STS 20-1-93 (RJ 1993, 102) [Rec. 1729/91]”*¹⁸⁸.

Así pues, se puede observar, que la incompatibilidad de dos o más pensiones en un mismo régimen es un tema pacífico tanto para el TC como para el TS, debiendo optar el beneficiario por una de ellas, como ya se ha dicho.

Por otro lado, en torno a la cuestión de la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes, la doctrina jurisprudencial ha venido inclinándose por afirmar la posibilidad de causar pensiones en atención a cotizaciones a regímenes diferentes, prueba de ello, es que el TS ha declarado *“el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema”*¹⁸⁹. Por ende, los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen, no habiendo obstáculo alguno para que concurren en

¹⁸⁷ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de fecha 15/06/2007, RSU 494/2007.

¹⁸⁸ BLASCO LAHOZ, J.F. (2017): “La Convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones” *Revista de Información Laboral* núm. 10/2017, Editorial Aranzadi, S.A, págs. 3-4.

¹⁸⁹ STS (Sala de lo Social), de fecha 12/05/2010, RCU 3316/2009.

un mismo beneficiario pensiones de IP de distintos regímenes, por ejemplo, sería compatible la percepción de dos pensiones de IP total, una del Régimen General y otra del RETA como consecuencia de cotizaciones no simultáneas y de profesiones y secuelas distintas¹⁹⁰.

4.2. Especialidades

Mientras la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad total, en dos regímenes distintos, parece un tema pacífico, no lo es cuándo concurren una IP total y absoluta, o dos IP absolutas, oponiéndose el INSS a tal circunstancia.

La oposición de la entidad gestora, tal y como se desprende del estudio de las sentencias que a continuación comentaré, se centra en defender que las lesiones sucesivas, derivadas o no de distintas contingencias, deben tratarse de forma unitaria a la hora de valorar la incapacidad resultante, ya que el estado de salud del trabajador es una situación unitaria que ha de ser apreciada globalmente, por lo que, si un trabajador tiene reconocida un IP total en un régimen de la seguridad social, y posteriormente, si se encuadra en otro régimen de la seguridad social desempeñando una profesión distinta a la habitual, y se produjera una nueva lesión constitutiva de IP absoluta, la única declaración posible sería la de reconocimiento de una exclusiva pensión de incapacidad permanente absoluta (por agravamiento de la IP total); no aceptándose la compatibilidad de ambas pensiones aunque provengan de distintos regímenes y se tengan cotizaciones suficientes. A pesar de que alguna sentencia ha inclinado la balanza a favor de la entidad gestora¹⁹¹, prima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una interpretación más flexible en favor del beneficiario:

Por el Tribunal Supremo, se ha considerado compatible una IP total y otra absoluta, derivada de distintos regímenes y profesiones, por reunir en la segunda el periodo de carencia exigido legalmente “sin intercomunicación alguna cotizatoria”; considerando como hecho relevante, que la IP absoluta trae causa, en una patología completamente diversa a la que en su día había motivado el

¹⁹⁰ STS (Sala de lo Social), de fecha 15/07/2010, RCU 4445/2009.

¹⁹¹ STS (Sala de lo Social), de fecha 05/07/2010, RCU 3367/2009.

reconocimiento de la IP total. Así pues, el TS concluye en estos casos, que no se trata de un supuesto donde se produce la agravación de un cuadro determinante de IP total, que ha desembocado en el grado de una IP absoluta como consecuencia de la patología surgida en el segundo régimen de la seguridad social, siendo perfectamente posible la compatibilidad de ambas pensiones¹⁹².

A mayor abundamiento, se podría decir que el Tribunal Supremo ha querido ir más allá, favoreciendo este tipo de compatibilidades, con independencia, de que una misma lesión sea valorada en dos pensiones de IP absoluta de diferentes regímenes: *FJ 3º.- “La solución, por tanto, a la cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en entender compatibles dos pensiones de incapacidad permanente absoluta en dos regímenes distintos de nuestro Sistema de Seguridad Social cuando ha existido sucesión en actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social cuando el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos en cada uno de ellos y con independencia de que se tengan en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declarada en el otro Régimen”*¹⁹³.

¹⁹² STS (Sala de lo Social), de fecha 12/05/2010, RCU 3316/2009.

¹⁹³ STS (Sala de lo Social), de fecha 14/07/2014, RCU 3038/2013.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Llegado a este punto, me gustaría efectuar una serie de conclusiones y propuestas de mejora sobre cuestiones que deberían perfilarse normativamente, a fin de no generar incertidumbre jurídica.

Por un lado, en términos generales, se podría decir que en España existe un consolidado sistema de protección de la incapacidad permanente, arraigado en el tiempo, cumpliéndose, pues, con el fin social que nuestra Constitución exige. Como se habrá podido observar, nuestro ordenamiento jurídico alberga una extensa variedad de situaciones en aras de proteger la situación incapacitante del trabajador: distintos grados, posibilidad de llevar a cabo una compatibilidad con el trabajo, etcétera. En definitiva, un sistema que trata de defender los intereses de los trabajadores que han visto menoscaba su capacidad o aptitud para el trabajo, evitando que se den situaciones de desamparo, ya que la persona necesita de su trabajo para poder sustentarse.

A colación de lo anterior, si se ponen a pensar, la mayor parte de nuestra vida nos la pasamos trabajando, concretamente, si tenemos en cuenta que la media de esperanza de vida de los españoles se fijó en 2017 en 83,10 años¹⁹⁴ (suma de la media entre hombres y mujeres), se podría decir que la mitad de dicho periodo nos encontramos trabajando o en disposición de trabajar; por lo que si se produjera una situación de infortunio que menoscabara la capacidad de trabajo de la persona, y no hubiera un sistema de protección hacia la misma, se podría decir que se estaría privando a la persona de su existencia, pues su integración en la sociedad se vería gravemente perjudicada, ya que no tendría medios de subsistencia. Sin embargo, insistimos, tal y como se habrá podido comprobar, España dispone de un amplio abanico de sistemas de protección de la incapacidad permanente.

Por otro lado, si bien es cierto, y ya hablando desde un punto de vista técnico, se podría decir que el sistema de protección de la incapacidad

¹⁹⁴ <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414> (agosto 2018)

permanente, podría ser perfilado mejor por el legislador, con el fin de lograr una mayor seguridad jurídica, ya que, además de encontramos con una normativa muy dispersa, multitud de cuestiones requieren de una interpretación por parte de los Tribunales. No negamos, que la declaración de una situación de incapacidad permanente es un tema altamente subjetivo, sin embargo, cuestiones estructurales como la profesión habitual, la compatibilidad de la IP con el trabajo, etcétera, deberían ser recogidas de forma más exhaustiva por la norma, en lugar de tener que acudir continuamente a las interpretaciones jurisprudenciales, prueba de ello es el enorme número de sentencias analizadas en el presente trabajo fin de grado.

Desde mi humilde opinión, paso a exponer **10 propuestas de mejora** en aras de lograr una mejor protección de la incapacidad permanente:

1.- Se podría establecer un sistema estandarizado, al igual como ocurría con el derogado Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, donde determinadas lesiones o enfermedades, llevasen aparejado una determinado grado de incapacidad permanente. Tal sistema, debería comparar la lesión o enfermedad con un determinado grupo de profesiones, a fin de esclarecer el grado. Así evitaría tender que recurrir continuamente a las interpretaciones efectuadas por los Tribunales. A modo de ejemplo: para profesiones donde se requiera una precisión manual (grupo de electricistas, mecánicos, fontaneros, albañiles, etcétera), la pérdida de una mano se debería calificar directamente como incapacidad permanente total, sin lugar a discusiones. Es evidente que no se podría establecer una regla para todos los casos, pero sí unas líneas generales, para situaciones evidentes; de este modo el posible beneficiario tendría una mayor seguridad jurídica, no dejando exclusivamente la decisión en manos del Equipo de Valoración de Incapacidades, reduciéndose notablemente los pleitos sobre la materia.

Con especial atención a la incapacidad permanente parcial, pues a pesar de tratarse del menor grado, quizá sea el más complicado de determinar, ya que se deja en manos de la subjetividad determinar cuándo las lesiones incapacitan

por encima del 33% la capacidad de trabajo, sin afectar al desarrollo de las tareas esenciales, por lo que se deberían establecer métodos y recursos, a fin de estudiar detalladamente la situación del trabajador.

2.- En cuanto a la profesión habitual, a los efectos de la declaración de una incapacidad permanente, los Tribunales han declarado que no se medirá la categoría profesional, sino el grupo profesional, que habilita un abanico más amplio de tareas; puesto que la IP es rigurosa, no cubriendo situaciones específicas a corto plazo, sino situaciones estructurales a largo plazo (basta con recordar el mozo de almacén alérgico al corcho, podrá seguir desempeñando su profesión en cualquier empresa donde no haya tal material). Por tanto, se hace necesario el desarrollo reglamentario del actual art. 194 de la LGSS recogido en la DTª 26ª a fin de perfilar el concepto de profesión habitual, ensamblando el concepto de grupo profesional recogido en el Estatuto de los Trabajadores, que todavía no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social.

3.- En cuanto a la compatibilidad del pensionista de incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados) con el trabajo, se debería establecer un sistema que eliminara incertidumbres al beneficiario, en el sentido de que, con carácter previo al inicio de la compatibilidad, por la entidad gestora se certificara que no tendrá ninguna repercusión sobre su situación, es decir, que no represente un cambio en su capacidad de trabajo, a fin de evitar escenarios de suspensión de la incapacidad permanente, como consecuencia del inicio de una actividad, por considerar la entidad gestora que existe incompatibilidad. En definitiva, se debería implantar un sistema de control previo, en aras de lograr seguridad jurídica, donde el trabajador tenga seguridad que el nuevo empleo no afectará a la compatibilidad con la IP total, para ello, se podría efectuar un control por médicos especialistas en medicina del trabajo y por higienistas y expertos en prevención de riesgos laborales, emitiendo un dictamen al efecto.

4.- Desde mi punto de vista, se debería derogar el art. 4.2 del Real Decreto 1273/2003 de 10 de octubre, donde se establece que los trabajadores

autónomos podrán acceder a la incapacidad permanente parcial, derivada de contingencia profesionales cuando representen una disminución no inferior al 50% en el rendimiento normal, y donde a mayor abundamiento, se les excluye del acceso cuando se derive de contingencias comunes.

Considero que nos encontramos ante un supuesto de desigualdad material, respecto a los trabajadores encuadrados en el régimen general, no teniendo lógica desde mi punto de vista, en primer lugar, que se les exija una pérdida de capacidad laboral mayor que a un trabajador por cuenta ajena, ya que, por ejemplo: en el supuesto de un trabajador asalariado de profesión fontanero, se le daría la IP parcial si su capacidad laboral disminuye en un porcentaje superior al 33%, sin embargo, a un autónomo, de profesión fontanero, que hace exactamente lo mismo que el asalariado, no se le otorgaría tal protección por no superar el 50%. Por tanto, considero que se debería equiparar tal circunstancia en aras de evitar situaciones injustas. Aunque todavía más desproporcionado me parece, que en la actualidad los autónomos no tengan protección por IP parcial, cuando se derive de enfermedad común.

Por ende, considero que el legislador debería efectuar una reforma en la protección de la IP parcial de los trabajadores autónomos en el sentido expuesto.

5.- En línea con lo anterior, me parece también desigualitario, que en la actualidad los trabajadores autónomos no tengan derecho a las lesiones permanentes no incapacitantes, debiéndose operar una reforma en tal sentido, ya que, por ejemplo, la pérdida de un dedo para un trabajador por cuenta ajena, tiene la misma repercusión que para un trabajador autónomo, debiendo ser igualmente baremado e indemnizado.

6.- En cuanto a la incapacidad permanente total cualificada, en la actualidad, para que se produzca el incremento del 20%, únicamente se requiere tener 55 años y no estar empleado. En este sentido, considero prudente que se le exija al pensionista de IP total, estar inscrito como demandante de empleo, pues, de este modo, se evitarían pagos de incrementos sobre personas que se

han alejado del mercado laboral sin ninguna justificación, debiéndose establecer el citado requisito, con el fin de premiar a aquellos que todavía están en predisposición de insertarse en el mercado laboral. Del mismo modo, si el pensionista logra un trabajo como consecuencia de estar inscrito como demandante de empleo, supondría un ahorro en el gasto de pensiones.

7.- En cuanto a los efectos suspensivos o extintivos sobre la relación laboral, cuando se declara a un trabajador en situación de IP total, absoluta o gran invalidez, existen multitud de sentencias, donde se discute si la resolución declarativa de IP dictada por la entidad gestora, tiene un efecto u otro sobre la relación laboral. Por tanto, si bien es cierto que dicha entidad no va a pronunciarse sobre los efectos laborales, ya que su competencia es exclusivamente en materia de Seguridad Social, sí que deberían destacar en sus resoluciones de forma explícita e inequívoca la previsible mejoría o no, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1300/1995 de 21 de julio, para así no generar incertidumbre sobre los efectos en la relación laboral ni a la empresa ni al trabajador.

8.- En cuanto a la compatibilidad del trabajo en “segunda actividad” con la incapacidad permanente total, tal y como se ha estudiado en el presente trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dictaminado su incompatibilidad, sin embargo, ello choca frontalmente con la exposición de motivos de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, donde abiertamente establece la compatibilidad del percibo de la pensión de IP total con dichos trabajos. Por ende, el legislador debería clarificar normativamente tal situación, a fin de no generar inseguridad jurídica sobre los colectivos donde tienen asegurada ese pase a segunda actividad. Personalmente, me decanto por la incompatibilidad, adhiriéndome a la fundamentación jurídica de la sentencia analizada en el presente trabajo (STS Sala de lo Social de fecha 26/04/2017, RCU 3050/2015).

9.- En el apartado dedicado a la compatibilidad de la pensión de IP en distintos regímenes de la Seguridad Social, ha quedado claro que dos pensiones de IP son incompatibles si se generan en el mismo régimen de la seguridad social, tal cuestión está resuelta normativamente y avalada tanto por el TC como por el TS. Sin embargo, me opongo frontalmente a tal prohibición, ya que por ejemplo: si a un trabajador se le concedió una IPT para su profesión habitual de camionero (encontrado en el régimen general), que ha venido compatibilizando con un nuevo trabajo distinto al habitual, como pudiera ser, el de contable (igualmente encontrado en el régimen general); si se produjera una situación determinante de IPT en este último trabajo, considero que denegar la compatibilidad de ambas pensiones por provenir del mismo régimen sería injusto, si el trabajador ha cotizado en el nuevo empleo el periodo legalmente establecido para acceder a una pensión por IPT. Sin embargo, si en lugar de haber estado encontrado en el RGSS hubiese estado en el RETA, se le habría otorgado, sin más, por una cuestión meramente formal de encuadramiento, pues la valoración de las secuelas se efectúa del mismo modo. Por tanto, entiendo que se establece un criterio diferenciador muy restrictivo, sin fundamento material, privando al trabajador de la acción protectora de la seguridad social, no pudiendo entrar en juego esa sustitución de rentas, propia de la pensión por IP.

10.- Por último, desde la entrada en vigor en fecha 02/01/2016 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31/10/2015), se está a la espera de que se desarrolle reglamentariamente el art. 194 cuya rúbrica es “Grados de Incapacidad Permanente”, quedando pendiente una regulación acerca de: la lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos. Por ende, como quiera que ya han transcurrido más de dos años y medio, considero que tal desarrollo reglamentario se debería implementar a la mayor brevedad, dado el carácter tan relevante de la materia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT EMBUENA, V. L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva: Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia, (Tirant lo Blanch).

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1982): *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid (Civitas).

BARBA MORA, A. (2008): *Incapacidades Laborales y seguridad social*, Navarra (Aranzadi).

BLASCO LAHOZ, J.F. (2010): “El acceso a las prestaciones contributivas de la seguridad social desde una situación de inactividad laboral o profesional” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 18/2010, Navarra (Aranzadi).

BLASCO LAHOZ, J.F. (2017): “La Convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones” *Revista de Información Laboral* núm. 10/2017, Navarra (Aranzadi).

CID BABARRO, C. (dir). (2017): *Incapacidad Permanente. Gestión Práctica y Trámite Judicial*, Navarra (Aranzadi).

DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE (2004): “El modelo constitucional de protección social” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 3, Navarra (Aranzadi).

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, 3ª edición. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B. (2004): “La prestación de incapacidad permanente total *cualificada* en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: ámbito de aplicación temporal. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró de 28 de junio de 2004”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4512/2004, Navarra (Aranzadi).

FERRANDO GARCÍA, F. G (2014): “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161/2014.

GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C. M. (2006): *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Granada (Comares).

MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (2004): “Revisión del grado de incapacidad permanente en el supuesto de concurrencia de secuelas de etiología diversa” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 3, Navarra (Aranzadi).

RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 184/2016.

SEMPERE NAVARO, A. V. (2005): “La incapacidad permanente en el RGSS”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 9/2005, Navarra (Aranzadi).

SEMPERE NAVARRO, A. V. (2008): “Compatibilidad de la pensión de gran invalidez. Comentario a la STS-SOC 30 de enero 2008, rec. 480/2007”, en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 12/2008, Navarra (Aranzadi).

WEBGRAFÍA:

- https://www.boe.es/buscar/ayudas/gazeta_ayuda.php
- <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/56>
- <https://www.cun.es/diccionario-medico>
- <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/incluir-a-los-pensionistas-con-incapacidad-permanente-de-seguridad-social-y-clases-pasivas-entre-las-personas-a-las-que-se-le-puede-emitir-una-tarjeta-una-tarjeta-acreditativa-del-grado-de-discapacida/#>
- http://www.empleo.gob.es/es/organizacion/seg_social/contenido/om13.htm
- <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414>