

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinadora de este número monográfico de la Revista Internacional y
Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO
sobre racionalización financiera del sistema de la Seguridad Social

Alicia Fernández-Peinado Martínez

Profª. Contratada Doctora
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

ÍNDICE

Alicia Fernández-Peinado Martínez , <i>Introducción al número por parte de la Coordinadora</i>	1
---	----------

Artículos

Daniel Pérez Del Prado , <i>La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia</i>	5
---	----------

Belén del Mar López Insua , <i>Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión versus jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social</i>	28
---	-----------

Eduardo Enrique Taléns Visconti , <i>Las prestaciones por muerte y supervivencia y su compatibilidad con el trabajo y con otra serie de pensiones</i>	60
--	-----------

Alejandra Selma Penalva , <i>Incapacidad permanente y su compatibilidad con otras prestaciones y con el trabajo. ¿Resiste el modelo vigente una lectura con perspectiva de género?</i>	83
---	-----------

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde , <i>Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿Es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones?</i>	116
--	------------

Reseñas Bibliográficas

Mariel Payo Esper , <i>Derecho y poder. Aportes para una teoría crítica del derecho del trabajo</i> , por Guillermo Pérez Crespo	160
---	------------

Miguel Ángel Gómez Salado , <i>La evaluación de los riesgos psicosociales en el mundo laboral actual, digital, ecológico e inclusivo</i> , por Estefanía González Cobaleda.....	165
--	------------

Juan Raso Delgue , <i>Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho</i> , dirigido por Fernando H. Llano Alonso	168
--	------------

Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones?

Lourdes MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE*

RESUMEN: El reconocimiento de la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y rentas del trabajo es uno de los mecanismos para garantizar la integración laboral de las personas en situación de incapacidad permanente. En la actualidad se regula un régimen de compatibilidad casi pleno, que permite a los beneficiarios de pensiones por incapacidad permanente cobrar pensión reconocida conforme a las normas de Seguridad Social y la retribución por el trabajo prestado. Teniendo en cuenta la situación financiera actual del sistema de Seguridad Social, el vigente régimen de compatibilidad plantea un interesante debate acerca de la necesidad de su revisión para garantizar la sostenibilidad del sistema.

Palabras clave: Pensiones, seguridad social, incapacidad permanente, compatibilidad, trabajo, financiación, sostenibilidad.

SUMARIO: 1. Incapacidad y discapacidad en el ámbito de la Seguridad Social. 2. La protección de la incapacidad en el ámbito de la Seguridad Social. 2.1. La incapacidad en el nivel contributivo. 2.1.1. La noción de incapacidad permanente. 2.1.2. Los grados de incapacidad. 2.1.3. El alcance de la protección. 2.2. La invalidez no contributiva. 3. El régimen jurídico de la compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y el trabajo. 3.1. El régimen de compatibilidad en el nivel contributivo. 3.1.1. Incapacidad permanente parcial. 3.1.2. Incapacidad permanente total. 3.1.3. Incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. 3.2. El régimen de compatibilidad en el nivel no contributivo. 4. Reflexiones sobre un nuevo sistema de compatibilidad en el marco de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. 4.1. La articulación del derecho al trabajo de las personas con incapacidad. 4.2. Sobre la necesidad de revisar el régimen de compatibilidad vigente. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (España).

Permanent Disability Benefits and Compatibility with Work: Is a Legal Reformulation Necessary Within the Framework of the Sustainability of the Pension System?

ABSTRACT: The recognition of compatibility between a permanent disability pension and income from work is one of the mechanisms for guaranteeing the integration into the labour market of people who are permanently disabled. At present, an almost full compatibility regime is regulated, which allows beneficiaries of permanent incapacity pensions to receive a pension recognized under social security rules and remuneration for work performed. Given the current financial situation of the social security system, the actual compatibility legal regime raises an interesting debate about the need for its revision to ensure the sustainability of the system.

Key Words: Pensions, social security, permanent incapacity, compatibility, work, financing, sustainability.

1. Incapacidad y discapacidad en el ámbito de la Seguridad Social

Incapacidad y discapacidad refieren a situaciones radicalmente distintas. La discapacidad supone una limitación o un impedimento a la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con deficiencias, en igualdad de condiciones con las demás. La incapacidad es la situación en la que se encuentran quienes han desempeñado una actividad productiva y deben cesar – temporal o definitivamente – en su prestación de servicios como consecuencia de una alteración en su estado de salud¹. En ocasiones se alude indistintamente a ambas situaciones y su protección se entrelaza a lo largo de las previsiones normativas de Seguridad Social.

En el nivel contributivo, la incapacidad permanente 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» (art. 193.1 LGSS). En este nivel no se incluye ninguna referencia a la discapacidad; al contrario, la incapacidad para trabajar se refiere a quien, teniendo plena capacidad para el trabajo, y después de haber recibido el tratamiento médico prescrito, presenta reducciones de su capacidad física, psíquica o sensorial, que pueden determinarse de forma objetiva y que disminuyen o anulan su capacidad para el trabajo.

Nótese que en la configuración legal de la incapacidad contributiva, se parte de la premisa de que la persona trabajadora tenía plena capacidad para su prestación de servicios y que a causa de un accidente o de una enfermedad, ha visto reducida o anulada su capacidad para el trabajo. Como regla general, la Seguridad Social excluye de su ámbito protector de carácter contributivo, las lesiones que tuviera el sujeto, anteriores a su afiliación y alta, lo que determina que esas lesiones preexistentes a la afiliación no van a ser objeto de protección, salvo «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

¹ Véanse las consideraciones sobre ambos conceptos en A. GARCÍA SABATER, *El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 221; Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del art. 1.2 de la Ley 5/2003*, en *Aranzadi Social*, 2008, n. 3. STS 29 noviembre 2018 (rec. 3382/2016, 1826/2017, 239/2018). También STS 19 febrero 2020 (rec. 2927/2017).

anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación» (art. 193.1 LGSS).

La previsión del art. 193.1 LGSS denota la postura del legislador en cuanto a que las lesiones previas que tuviera la persona trabajadora no puedan servir para el reconocimiento de una incapacidad permanente. Inicialmente los tribunales consideraban que las lesiones preexistentes a la afiliación solo podrían dar lugar a una declaración de incapacidad permanente cuando hubieran sido objeto de una agravación trascendente durante la prestación de servicios². Sin embargo, ahora se aprecia una tendencia clara a favor de la protección del trabajador, que pasa por la consideración de que las reducciones anatómicas o funcionales que deben tenerse en cuenta son todas las que afectan al trabajador cuando solicita la pensión³.

Las STS 10 julio 2018⁴, 23 enero 2020⁵, 25 septiembre 2020⁶ y 9 febrero 2021⁷ son muestra de esta tendencia y consideran, atendiendo al régimen legal en materia de incapacidad permanente de la LGSS, «que las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador antes de su afiliación al sistema no puede ser consideradas para causar la protección de aquella contingencia y, por ende, no pueden ser las que determinen grado alguno de invalidez. Esta regla general presenta una matización en el sentido de que se permite calificar la invalidez a las personas con discapacidad que, con posterioridad a la afiliación hayan visto agravadas aquellas dolencias previas». De esta forma, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, se puede examinar si la situación del trabajador está incurso en alguno de los grados de incapacidad que reconoce la LGSS. En particular, en relación con la gran invalidez «no cabe excluir de la calificación de la gran invalidez las circunstancias de algunas personas que, por diversos factores, hayan podido adquirir determinadas habilidades adaptativas para realizar alguno de aquellos actos o, incluso, trabajos no perjudiciales para su situación».

En particular, para la citada STS 23 enero 2020, el hecho de prestar servicios con una determinada patología no excluye que eventualmente se

² STS 27 julio 1992 (rec. 1762/1991) y STS 26 enero 1999 (rec. 5066/1997). Véase A.V. SEMPERE NAVARRO, *Enfermedad preexistente a la declaración de riesgos en seguro de Incapacidad Permanente*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 1.

³ STS 28 noviembre 2006 (rec. 4126/2005); STS 26 septiembre 2007 (rec. 2492/2006); STS 21 febrero 2008 (rec. 64/2007); STS 14 diciembre 2010 (rec. 1419/2010).

⁴ Rec. 3779/2016.

⁵ Rec. 2454/2017.

⁶ Rec. 4716/2018.

⁷ Rec. 3847/2018.

pueda declarar la existencia de una incapacidad permanente, pues «no se trata de si una enfermedad congénita permite o no acceder al grado de incapacidad permanente que corresponda, sino de fijar si el mero hecho de estar trabajando con un determinado cuadro de dolencias impide acceder a la invalidez, aunque este no se haya alterado».

De cualquier forma, debe tenerse en cuenta que las personas con discapacidad pueden desempeñar una actividad laboral para la que están plenamente capacitadas. De hecho, la incapacidad es la situación producida por una lesión o una enfermedad que impide el trabajo, mientras que la discapacidad supone la existencia de una deficiencia física, psíquica o sensorial que no tiene necesariamente que impedir la prestación normal de servicios. Y la tendencia actual es la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo bien a través de enclaves laborales, de centros especiales de empleo, mediante cuotas de reserva de plazas en las administraciones públicas o en una empresa con una relación laboral suscrita con el empresario. A pesar de las innegables diferencias que existen entre incapacidad y la discapacidad, estamos ante situaciones que han experimentado una cierta aproximación gracias a la labor de doctrina y tribunales. Aparentemente la diferencia entre ambas es muy clara, pero en la práctica ambos conceptos se entrecruzan de forma que, en muchas ocasiones, la protección prevista para la discapacidad se extiende asimismo a las situaciones de incapacidad⁸.

En el caso de la identificación de la incapacidad permanente contributiva, la referencia a la discapacidad lo es solo a los efectos de una posible revisión del grado reconocido. En la definición de la invalidez de la LGSS, no se incluye una referencia expresa a la discapacidad, solo se prevé que su concepto engloba «las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen» y que el «grado de discapacidad o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, aprobado por el Gobierno, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona presuntamente con discapacidad, como los factores sociales complementarios» (art. 367.1 LGSS).

En otro orden de consideraciones, y en el marco específico de la protección de discapacidad, la Ley General de Derechos de las Personas

⁸ Sobre esta cuestión, M.T. VELASCO PORTERO, *Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 131.

con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGD)⁹ define la discapacidad como la «situación que resulta de la interacción entre personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 2). Persona con discapacidad es «aquella que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4 LGD). Como se ha indicado con anterioridad, si bien la discapacidad puede ser un factor determinante para reconocer un grado de incapacidad permanente, nada impide que quien la sufre pueda prestar sus servicios con normalidad. Así lo considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia 11 abril 2013¹⁰, al prever que dos trabajadoras con dolencias dorsolumbares (que no generaron una incapacidad para trabajar), podían considerarse discapacitadas.

Y es que si bien el concepto de incapacitado, en su definición contenida en la LGSS, parece haber permanecido invariable, el concepto de discapacidad está en permanente evolución. Así lo reconoce el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando indica que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

2. La protección de la incapacidad en el ámbito de la Seguridad Social

Desde su reconocimiento como situación protegida por la Seguridad Social, la incapacidad permanente – invalidez en su denominación originaria – ha sido, por su propio objeto, una de las prestaciones más importantes del sistema de Seguridad Social. Sus características principales se concretan en ser una prestación que cubre la ausencia de rentas por motivo de la pérdida de la capacidad para trabajar. El riesgo protegido es,

⁹ RDL 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.

¹⁰ Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark, en representación de Jette Ring c. Danske almennyttigt Boligselskab (C-335/11)* y *HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S (C-337/11)*.

además, un «evento futuro, incierto y dañoso por la reducción o eliminación total de la capacidad de trabajo»¹¹, lo que excluiría, en principio, como se ha dicho, la protección de patologías preexistentes a la afiliación.

Este principio presenta una importante excepción en el nivel no contributivo de la Seguridad Social, pues el derecho a la protección de carácter no contributivo no exige que haya una formalización previa mediante la constitución de una relación jurídica con la Seguridad Social. En consecuencia, tampoco puede exigirse que las lesiones objeto de protección se hayan producido después de una fecha determinada, sino que la protección obedece a la existencia de unas lesiones, normalmente congénitas, que reducen la capacidad general al menos en un 65%.

2.1. La incapacidad en el nivel contributivo

2.1.1. La noción de incapacidad permanente

El alcance y del contenido de la protección de la incapacidad en el nivel contributivo no están exentos de interrogantes que generan una cierta inseguridad jurídica¹². En efecto, la propia identificación de la situación protegida obliga al intérprete a cuestionarse el sentido de los elementos que integran su definición y realizar una importante labor interpretativa. Con acierto manifestaba Desdentado que «los juristas nos acercamos a la protección de la incapacidad permanente con una inquietante sensación de inseguridad; sentimos que se nos escapa el “hecho” de la incapacidad, aunque, con mayor o menor soltura, podamos dominar su régimen jurídico. Pero ¿qué es el Derecho sin los hechos?»¹³.

Y es que, los elementos que conforman el concepto de incapacidad permanente no están exentos de interrogantes. Desde el nivel de gravedad

¹¹ J.I. GARCÍA NINET, *La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos*, en *Tribuna Social*, 1991, n. 10, p. 32.

¹² Destaca M. RODRÍGUEZ JOUVENCEL, *La incapacidad para el trabajo*, Bosch, 1993, pp. 173-174, que «el concepto de invalidez permanente, tal como aparece en la norma que lo regula, es un concepto jurídico indeterminado, siendo esto precisamente lo que va a permitir su aplicación práctica a cada caso particular, tanto que, de lo contrario sería inútil determinar situaciones de invalidez reguladas de forma rígida, pues tal previsión iría en contra de la dinámica propia de la realidad, pues cada caso es distinto a los demás, con proyecciones y alcances diferentes».

¹³ A. DESDENTADO BONETE, *Prólogo* a P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales, la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi, 2006.

de las reducciones anatómicas o funcionales, pasando por la posibilidad de su determinación objetiva, para, finalmente, su previsiblemente permanencia en el tiempo, son elementos que, de uno u otro modo, van a obligar tanto al intérprete como al juzgador a analizar las circunstancias de cada caso para determinar si concurren los elementos propios de la incapacidad permanente¹⁴. No es objeto de este estudio la identificación del concepto de incapacidad permanente mediante el análisis de sus elementos, sin perjuicio de poner de manifiesto, como ha hecho alguna autora, que una de las dificultades de la incapacidad permanente radica «en la interpretación de cada uno de los elementos jurídicos que integran el concepto de incapacidad permanente», por lo que «una vez considerada la situación como incapacidad permanente, debe procederse, necesariamente a la configuración y fijación del grado legal en que se manifiesta»¹⁵.

Baste, por tanto, tener presente que en el nivel contributivo se considera incapacidad permanente «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», sin que obste a tal calificación «la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo».

Como se verá, el carácter profesional que preside nuestro sistema de Seguridad Social hace que la calificación del grado de incapacidad sea el resultado de la conexión entre las secuelas del trabajador y su capacidad resultante. Además, las limitaciones que afectan al trabajador deben también ponerse en relación con su actividad profesional, normalmente con la profesión que desarrollaba habitualmente, ya que de la consideración conjunta de las limitaciones y la actividad habitual resultará uno u otro grado de incapacidad¹⁶ y, por tanto, una protección de diferente intensidad. Al tiempo, la consideración de cómo afectan determinadas lesiones a la capacidad para desarrollar la profesión habitual va a suponer que las mismas lesiones puedan, o no, ser incapacitantes o puedan dar lugar al reconocimiento de distintos grados de incapacidad, lo que obliga a analizar caso a caso el carácter incapacitante de las lesiones

¹⁴ Véase un detallado análisis del concepto de incapacidad permanente en R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, *Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *op. cit.*, Aranzadi, 2006, p. 75 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 76.

¹⁶ Cfr. J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, p. 86.

sufridas.

2.1.2. Los grados de incapacidad

En el nivel contributivo el alcance de la protección por incapacidad permanente se vincula al efecto que puedan tener las reducciones anatómicas o funcionales sobre la capacidad para el trabajo habitual. Así lo prevé la LGSS cuando indica que «a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente» (art. 194.2.2º)

La incapacidad protegida en el nivel contributivo no es simple la reducción o anulación de la capacidad. Al contrario, el art. 194 LGSS clasifica la incapacidad permanente en distintos grados que van a tomar en consideración el «porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente», a ello se añade que el grado de incapacidad que se reconozca deberá haberse fijado «en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca».

En esos términos, el art. 194.1 LGSS enumera distintos grados de incapacidad permanente:

- a. incapacidad permanente parcial;
- b. incapacidad permanente total;
- c. incapacidad permanente absoluta;
- d. gran invalidez.

Téngase en cuenta, no obstante, que la DT 26ª LGSS prevé que hasta se produzca el desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 194 LGSS, será de aplicación la redacción contenida en la referida Disposición Transitoria y, por tanto, los grados de incapacidad permanente se identificarán de la siguiente forma.

Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: es aquella incapacidad que no alcanza el grado de total, pero que determina una disminución de la capacidad no inferior al 33% en el rendimiento normal del trabajador para su profesión habitual, sin impedirle realizar las tareas fundamentales de la misma. Procede la declaración de incapacidad permanente parcial cuando las lesiones que ha sufrido el trabajador, aunque no entrañen una disminución del rendimiento en el trabajo, impliquen mayor dificultad,

mayor riesgo o mayor penosidad en su realización.

Incapacidad permanente total para la profesión habitual: es la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Como en diversas ocasiones ha señalado el Tribunal Supremo, la LGSS vincula «la incapacidad permanente total a la imposibilidad del trabajador para desarrollar las tareas fundamentales de la profesión concreta que realizaba; recibiendo una prestación de la Seguridad Social que compensa esa imposibilidad y los trastornos que ocasiona en su vida laboral, desde el momento en que ya no está en condiciones de realizar las labores básicas de la misma»¹⁷. Además, la protección por incapacidad permanente total no solo alcanza a la persona trabajadora que no puede desempeñar su actividad habitual, sino también a quien no puede hacerlo con un mínimo de profesionalidad o a quien no puede mantener el rendimiento, la eficacia o la dedicación propias de una relación laboral, siempre que mantenga una capacidad laboral real para dedicarse a otra profesión distinta de la habitual¹⁸.

Incapacidad permanente absoluta: inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio, por lo que podría pensarse que el trabajador ha perdido toda capacidad para el desempeño de cualquier actividad propia de una relación laboral con un mínimo de diligencia, profesionalidad y manteniendo la exigencia debida por las tareas realizadas en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena.

Gran invalidez: es la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. A diferencia de los otros grados de incapacidad, la declaración de gran invalidez no solo tiene en cuenta la capacidad del trabajador para prestar servicios, sino también su aptitud general para realizar los actos de la vida cotidiana.

Debe tenerse en cuenta que la gran invalidez constituye una condición personal del inválido, pues lo que define esta situación es la necesidad de ayuda de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida, y no la incapacidad para realizar cualquier trabajo. Se trata, por tanto, de un grado de incapacidad que tiene carácter autónomo, en el sentido de que puede reconocerse bien inicialmente, bien como consecuencia del

¹⁷ STS 28 enero 2002 (rec. 1651/2001); STS 28 julio 2003 (rec. 3669/2002); STS 2 marzo 2004 (rec. 1175/2003).

¹⁸ Véase en este sentido J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *op. cit.*, p. 85.

agravamiento del estado de quien fue declarado incapaz permanente¹⁹. Además, en otro orden de consideraciones, conforme a la DA 9ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia, «quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley».

2.1.3. El alcance de la protección

La declaración de uno u otro grado de incapacidad permanente supone el reconocimiento de una protección de distinto alcance y contenido.

Así, la incapacidad permanente parcial se protege con una cantidad a tanto alzado de veinticuatro mensualidades de la base reguladora correspondiente.

La incapacidad permanente total se protege con una pensión cuya cuantía es del 55% de la base reguladora que corresponda (art. 196.3 LGSS en relación con el art. 12.1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). Esta pensión puede ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años. Su cuantía depende de la edad del beneficiario en el momento del hecho causante. Alcanza un máximo de 84 mensualidades de la pensión con menos de 54 años y un mínimo de 12 mensualidades a los 59 años (art. 196.2 LGSS en relación con el art. 12.2 del Decreto 3158/1966).

Por otro lado, la cuantía de la pensión por incapacidad permanente total puede incrementarse en un porcentaje de un 20% adicional en virtud de la denominada incapacidad permanente total cualificada, que se produce cuando por su edad, falta de preparación general o de especialización, o por las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener un empleo en actividad distinta a la habitual (art. 196.2 LGSS). El incremento en la cuantía de la pensión se justifica, a juicio de la STC 137/1997, en la mayor dificultad del declarado incapaz de obtener ingresos adicionales derivados del trabajo como consecuencia de la concurrencia de factores personales y sociolaborales

¹⁹ Véase en este sentido E. LÓPEZ AHUMADA, *Incapacidad Permanente*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (dir.), *Derecho de la Seguridad Social. Teoría y Práctica*, Juruá, 2017, p. 159.

adicionales.

La pensión por incapacidad permanente absoluta asciende al 100% de la base reguladora (art. 196.3 LGSS en relación con el art. 12.4 del Decreto 3158/1966).

En fin, en caso de que se reconozca al trabajador la condición de gran inválido, el importe de la pensión se incrementará con un complemento, destinado a remunerar a la persona que le atienda. Así, al importe de la pensión que le corresponda por incapacidad permanente se incrementa con complemento cuya cuantía es el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el Régimen General en el momento del hecho causante, cualquiera que sea el régimen en el que se reconozca la pensión, y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. El complemento no podrá, en ningún caso, tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida – sin el complemento – por el trabajador (art. 196.4 LGSS).

2.2. La invalidez no contributiva

En la invalidez no contributiva se parte de un planteamiento radicalmente distinto al analizado en el nivel contributivo. La propia definición de invalidez del art. 367 LGSS así lo manifiesta al prever que «podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen. El grado de discapacidad o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, aprobado por el Gobierno, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona presuntamente con discapacidad, como los factores sociales complementarios».

El legislador parte de una premisa diferente al establecer los elementos determinantes de la invalidez no contributiva. Si en el nivel contributivo carecen de relevancia cualesquiera circunstancias adicionales de naturaleza subjetiva y de tipo económico o social, en el nivel no contributivo son precisamente esas circunstancias, las determinantes para declarar la invalidez. Así lo expresa el art. 367 LGSS al hacer referencia a las deficiencias de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen.

Varios son los aspectos que destacar de la regulación legal. En primer lugar, son objeto de protección las deficiencias de la persona, congénitas o sobrevenidas siempre que alteren la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las sufren. Ninguna se exige que las lesiones incapacitantes sean posteriores a la afiliación del trabajador, ni a que provoquen una alteración en su capacidad laboral, sino que estamos ante una protección que atiende a las necesidades de la persona como tal y no como trabajador.

Tampoco se presta atención a la capacidad residual para el trabajo. Al contrario, el art. 367 LGSS prevé que la declaración de invalidez resulta de la aplicación de un baremo – aprobado por el Gobierno –, en el que se habrán de valorar los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona y los factores sociales complementarios. En efecto, la formulación legal es muy clara al respecto, tanto que no admite otra interpretación, ni tampoco la aplicación de condicionante alguno para la concesión de la pensión no contributiva. De hecho, se llega a afirmar que «habida cuenta del concepto, muchos de los problemas que se plantean con la incapacidad permanente de carácter contributivo (dificultades para la protección de las lesiones congénitas o anteriores a la afiliación/alta, etc.) no son importables a esta sede»²⁰. Lo que permite el acceso a la pensión – sin perjuicio de los requisitos generales de acceso a la protección no contributiva, como son la edad, residencia y renta – es que las lesiones que ocasionan la minusvalía se determinen conforme a los baremos contenidos en los anexos I y II del RD 1971/1999. En relación con lo anterior debe señalarse que no todas las lesiones que afecten a un sujeto se tendrán en cuenta para declarar la invalidez en el nivel no contributivo, sino solo las contenidas en el baremo referido, así como otras circunstancias que pueden ocasionar un grado adicional de minusvalía, como las circunstancias sociales y laborales que le rodean, o su nivel educativo o cultural.

Como es sabido, la protección de la invalidez no contributiva no se estructura en diferentes grados, que darán derecho a prestaciones diferentes, sino que se reconoce el derecho a pensión en la cuantía prevista la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, conforme a las reglas de cálculo previstas en el art. 363 LGSS, siempre que concurren los requisitos que condicionan el derecho a la protección (art. 364 LGSS).

²⁰ A.I. PÉREZ CAMPOS, *Incapacidad Permanente*, en AA.VV., *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi, 2004, p. 507.

3. El régimen jurídico de la compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y el trabajo

La articulación del régimen de compatibilidad/incompatibilidad entre pensiones por incapacidad permanente y trabajo es una cuestión que plantea importantes interrogantes.

En buena lógica, y si se tiene en cuenta que el objeto de las prestaciones por incapacidad es compensar económicamente a quien no puede trabajar como consecuencia de la reducción o anulación de su capacidad laboral, por lógica habría que concluir que hay incompatibilidad entre pensión y trabajo por cuenta propia o ajena.

Sin embargo, la realidad es muy distinta. La propia LGSS al regular cómo se articula el cobro de una pensión por incapacidad permanente y el trabajo, parte de una premisa de compatibilidad para luego establecer su régimen jurídico.

En efecto, frente a la disyuntiva compatibilidad/incompatibilidad en relación con la incapacidad permanente, el legislador se decanta claramente por la primera opción y la incluye en la propia denominación del precepto que regula este aspecto.

Como se verá a continuación, cada grado de incapacidad permanente, y también la invalidez no contributiva, tiene su propio régimen de compatibilidad y han sido fundamentalmente jueces y tribunales quienes han identificado el alcance de la compatibilidad entre pensión y trabajo.

3.1. El régimen de compatibilidad en el nivel contributivo

En el nivel contributivo se parte de la premisa de compatibilidad entre la prestación que corresponda – indemnización o pensión – por incapacidad permanente y el trabajo que preste el beneficiario²¹. Sin embargo, esa previsión general de compatibilidad encuentra límites importantes que se relacionan con el grado de incapacidad reconocido, con la capacidad residual para el trabajo y con el trabajo que se vaya a desarrollar.

²¹ Una visión panorámica del régimen de compatibilidad entre prestaciones de Seguridad Social en J.F. BLASCO LAHOZ, *La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 10.

3.1.1. Incapacidad permanente parcial

El reconocimiento de la incapacidad permanente parcial supone la constatación de que se ha producido una reducción de la capacidad para el trabajo, que no impide el desempeño de las tareas fundamentales de la profesión habitual. Al consistir la protección en una indemnización, no hay problemas de compatibilidad entre esta y el trabajo en la misma o en distinta actividad.

3.1.2. Incapacidad permanente total

Prevé el art. 198.1 LGSS que «en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

Probablemente, el régimen de compatibilidad de la incapacidad permanente total con el trabajo es uno de aspectos del sistema de compatibilidad pensión/trabajo que más modificaciones ha experimentado. Así se pone de manifiesto tras una somera revisión de las distintas redacciones del precepto de la LGSS que regula el régimen de compatibilidad.

En su redacción previa a la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el art. 141.1 LGSS disponía que «en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente».

La Ley 27/2011 modificó la redacción del art. 141.1 LGSS para prever que «en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

En su nueva redacción, el art. 141.1 LGSS eliminaba cualquier referencia a la profesión habitual a fin de, como indicaba el preámbulo de la Ley 27/2011, clarificar «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 denominadas de segunda actividad legislador».

Tampoco ahora el art. 198.1 LGSS incluye referencia alguna a la profesión habitual, pero debe tenerse en cuenta que la DT 26ª LGSS, prevé que en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario previsto en el art. 194 LGSS, los grados de incapacidad permanente parcial y de incapacidad permanente total se entienden referidos a la profesión habitual por lo que el análisis del régimen de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el trabajo, pasa por la previa identificación de qué se entiende por profesión habitual.

El concepto de profesión habitual

Uno de los conceptos que más interrogantes suscita en el ámbito de la Seguridad Social es el de “profesión habitual”. Y no se trata de una cuestión baladí, puesto que ese concepto se convierte en el elemento clave para la resolución de dos cuestiones:

- la posibilidad de declarar una incapacidad permanente total;
- determinar el régimen de compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo.

Ni las normas legales o reglamentarias, ni los tribunales han identificado de forma indubitada el concepto de profesión habitual²². Tampoco hay una identificación clara del concepto en las normas de Seguridad Social. El

²² Crítica P. RIVAS VALLEJO, *El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 10, p. 9, que «la inaplicada reforma de los grados de incapacidad permanente conduce a situaciones de indefinición como la que motiva la necesidad de continuar interpretando el concepto de profesión habitual, que debiera sustituirse por una definición más precisa que no atienda a una idea tan estática y con tan escasa correspondencia con la realidad del mercado laboral actual». Con un planteamiento similar, destaca A. ÁLVAREZ MORENO, *Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual. Situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2016, n. extra, que «buscar una solución plenamente satisfactoria es imposible. Aunque se configuren nuevos parámetros para determinar la profesión habitual siempre habrá que atender a las particularidades que se derivan de las diferentes formas de organización del trabajo que afectan al nivel de exigencia para su desempeño. Una misma profesión, incluso una concreta función, exige distintos requerimientos en función de los distintos escenarios en los que se lleve a cabo».

art. 194.2 LGSS, en su redacción vigente contenida en la DT 26ª LGSS, identifica la profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, con «la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo». En caso de enfermedad, común o profesional, la profesión habitual es «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine».

El art. 11.2 de la Orden 15 abril 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, identifica la profesión habitual en caso de accidente, de trabajo o no laboral, con «la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo». En caso de enfermedad, común o profesional, profesión habitual es «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez».

A partir de esas definiciones se han mantenido diferentes posturas sobre la noción de “profesión habitual”²³. Una primera postura es la representada por la identificación de profesión habitual y categoría profesional, lo que implica que el trabajador declarado incapaz permanente total estaría incapacitado para todas las actividades comprendidas en su categoría profesional, aun cuando no las desempeñase todas²⁴. En línea con esta acepción, puede considerarse que la profesión habitual es tanto el conjunto de tareas que se prestan normalmente, como las que resulten del acuerdo de movilidad funcional con el empresario. En este caso estaríamos ante una noción de profesión habitual excesivamente amplia, de la que resultaría un régimen de incompatibilidad tan estricto, que impediría que el beneficiario de la pensión realizara tareas que poco o nada tendrían que ver con aquellas en las que se declaró la incapacidad.

Frente a ese planteamiento, un avance importante en la identificación de la profesión habitual se produjo a raíz de diversas sentencias del Tribunal Supremo que mantenían un concepto de profesión habitual vinculado a las tareas fundamentales de la profesión desempeñada, y no a las comprendidas en un puesto concreto o en una categoría profesional²⁵. La principal ventaja de ese concepto era que se eliminaban las tareas

²³ Véase una detallada exposición de estas en G. FABREGAT MONFORT, *La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente*, en *Aranzadi Social*, 2005, n. 5.

²⁴ R. ROQUETA BUJ, *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, 2000, p. 35.

²⁵ Véase STS 28 enero 2002, cit.; STS 12 febrero 2003 (rec. 861/2002); STS 28 julio 2003, cit.

comprendidas en una categoría, o en un grupo profesional, que no eran desempeñadas por la persona trabajadora. De esa forma no se producía una limitación de las funciones que podía realizar el pensionista de incapacidad permanente total. En esta línea interpretativa, algunas sentencias acuden a la clasificación nacional de ocupaciones²⁶ para identificar la actividad de la persona declarada incapaz permanente total²⁷. Como sintetiza la STS 10 octubre 2011²⁸, el concepto de profesión habitual se caracteriza porque su noción no se define en función «del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, 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» por lo que «a efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la *profesión* [...] pues a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran esa *profesión habitual*, no sólo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad»²⁹. Ello, obliga a tener en cuenta la totalidad de funciones de su profesión habitual y no solo las que se desempeñaban en el momento de sufrir el accidente³⁰, pues como ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal, «la profesión habitual no es identificable con el grupo profesional», ni con «el concreto puesto de trabajo», ni con la «categoría profesional»³¹. En suma, la doctrina jurisprudencial ha determinado que la profesión habitual no puede identificarse con la categoría profesional del trabajador, ni tampoco con su puesto de trabajo, lo que lleva a afirmar que «nos hallamos ante un vacío, pues no existe una definición de lo que cabe entender por profesión habitual, máxime si se tiene en cuenta que el concepto de profesión no forma parte de los elementos que generalmente integran el sistema de clasificación profesional de los convenios colectivos»³². Este vacío se acrecienta si tenemos en cuenta que en el

²⁶ RD 1591/2010, de 26 de noviembre, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011.

²⁷ Véanse STSJ Cantabria 30 junio 2004 (rec. 1531/2003) y STSJ Castilla y León 10 enero 2007 (rec. 2134/2006).

²⁸ Rec. 4611/2010.

²⁹ También STS 10 octubre 2011, cit., y STS 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

³⁰ STS 26 abril 2017 (rec. 3050/2015) y STS 11 marzo 2020 (rec. 3777/2017).

³¹ Cfr. STS 28 febrero 2005 (rec. 1591/2004), STS 26 octubre 2016, cit., y STS 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007). Doctrina plenamente válida aun cuando pueda ser objeto de revisión cuando entre en vigor el art. 194.2 LGSS 2015: *vid.* STS 23 septiembre 2020 (rec. 2800/2018).

³² R. POQUET CATALÁ, *La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la*

momento del hecho causante, la persona trabajadora podría estar desempeñando tareas diferentes de las que realizaba de forma habitual. Y es que, la realidad es, como acertadamente puso de manifiesto la STSJ Castilla y León 10 enero 2007³³, que «en el mercado de trabajo actual la temporalidad, la presencia masiva de subcontratas y las exigencias de polivalencia han hecho muy frecuentes los cambios profesionales y la itinerancia entre distintas profesiones o cualificaciones durante una parte importante de la vida profesional de un colectivo significativo de trabajadores, especialmente los jóvenes y los desempleados»³⁴.

Esta inseguridad jurídica sobre qué debe considerarse profesión habitual a los efectos del reconocimiento de pensiones por incapacidad permanente total, podría reducirse acudiendo a distintos recursos. Así, por ejemplo, incluir su identificación en los convenios colectivos, o acudir a la Clasificación Nacional de Ocupaciones o al sistema de Clasificación Nacional de Actividades Económicas³⁵.

Por otra parte, si la incapacidad permanente total fue causada por una enfermedad – común o profesional – prevé el art. 194 LGSS – según redacción de la DT 26^a LGSS – que es profesión habitual «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine». A la espera de que se produzca el desarrollo reglamentario a que se refiere el precepto, puede acudirse al art. 11.2 de la Orden 15 abril 1969, que identifica la profesión habitual para la incapacidad derivada de enfermedad profesional como «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez».

La compatibilidad entre pensión y trabajo

Prevé el art. 198.1 LGSS que la pensión vitalicia por incapacidad permanente total «será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total». Asimismo, el art. 24.3 de la Orden 15 abril 1969 recoge

incapacidad permanente, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, n 3.

³³ Rec. 2134/2006, cit.

³⁴ Comentada por M.P. RIVAS VALLEJO, *La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo*, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 1.

³⁵ *Idem*.

la compatibilidad entre esta pensión y «la percepción de un salario, en la misma empresa o en otra distinta».

A la vista de la redacción del art. 198.1 LGSS queda fuera de duda que solo hay compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente total y trabajo por cuenta propia o ajena cuando las funciones que desempeñe la persona trabajadora no sean las propias de su profesión habitual y para las que se reconoció la incapacidad³⁶.

En efecto, teniendo en cuenta que la finalidad de la pensión por incapacidad permanente total no es otra que la de suplir la falta de rentas de trabajo por la pérdida del empleo, el trabajador puede compatibilizar el ejercicio de una actividad distinta de la habitual, para la que esté capacitado, pero no un trabajo remunerado en la profesión – habitual – para la que se declaró incapacidad³⁷. En estos términos, como reconoce el Tribunal Supremo, la pensión por incapacidad permanente total es compatible con el trabajo en nueva y distinta profesión realizado por el beneficiario en la misma o distinta empresa, por cuenta ajena o por cuenta propia³⁸.

Se establece así un régimen de compatibilidad plena, siempre que los servicios que preste el incapaz permanente total se desempeñen en una profesión distinta a la habitual. Ello lleva de nuevo a la necesidad de delimitar la noción de profesión habitual, tanto mediante la identificación de las tareas que integran esa noción, como de las funciones de la nueva actividad, de forma que pueda constatarse que se trata de una profesión distinta a la habitual y compatible, por tanto, con la pensión³⁹.

En otro orden de consideraciones, debe tenerse en cuenta que el trabajo compatible con la pensión puede generar una nueva pensión por incapacidad permanente, lo que ocurrirá si la persona trabajadora sufre un

³⁶ Véase, entre muchas otras, STS 26 noviembre 2004 (rec. 4266/2003), STS 19 noviembre 2004 (rec. 1133/2004), STS 29 octubre 2004 (rec. 5644/2003), STS 28 julio 2003, cit., STS 10 octubre 2005 (rec. 3111/2004) y STS 20 septiembre 2005 (rec. 3115/2004).

³⁷ R. ROQUETA BUJ, *El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, n. 29, pp. 112-113. STS 28 enero 2002, cit., STS 26 abril 2017, cit., y STS 29 octubre 2019 (rec. 2296/2017).

³⁸ STS 28 julio 2003, cit.; STS 15 octubre 2004 (rec. 5809/2003); STS 26 noviembre 2004, cit.; STS 19 abril 2005 (rec. 841/2004); STS 20 marzo 2006 (rec. 3550/2004); STS 12 enero 2007 (rec. 4045/2005); STS 13 junio 2007 (rec. 1416/2006).

³⁹ Cfr. L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *Incapacidad permanente*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, F.J. FERNÁNDEZ ORRICO (dirs.), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Aranzadi, 2012, pp. 141-142.

accidente o una enfermedad que determine su paso a esa situación⁴⁰. En relación con este tema, la STJUE 30 junio 2022⁴¹ responde a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social 26 de Barcelona. Se cuestionaba si se adapta a los arts. 4 de la Directiva 79/7/CEE y 5 de la Directiva 2006/54/CEE, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones que impide compatibilizar dos prestaciones de incapacidad permanente total reconocidas en el mismo régimen, mientras que sí reconoce su compatibilidad en caso de ser reconocidas en diferentes regímenes, aunque en todo caso se hayan ganado en base a cotizaciones independientes, atendida la composición de sexos de los distintos regímenes de la Seguridad Social española. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el art. 4, § 1, de la Directiva 79/7/CEE se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, debe recordarse que, a pesar de la previsión de compatibilidad contenida en el art. 198.1 LGSS, la Administración de la Seguridad puede instar la revisión de la incapacidad reconocida. En efecto, el art. 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de incapacidad permanente en la Seguridad Social, prevé que «los pensionistas de

⁴⁰ E incluso una pensión de jubilación parcial. Véase en este sentido P. PALOMINO SAURINA, *Compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud de trabajo distinto. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 5, p. 167: «para el TS, la articulación que se efectúa entre las prestaciones de incapacidad permanente total y de jubilación parcial es coherente con el encaje de las mismas dentro del conjunto del sistema de la Seguridad Social y de su función de la sustitución de rentas. La pensión de incapacidad permanente total equivale a un 55% de la correspondiente base reguladora [...]. Por ello, si el trabajador decide jubilarse parcialmente en el trabajo compatible con la incapacidad permanente total, puede percibir la renta de sustitución por la parte de salario que deja de percibir».

⁴¹ Asunto C-625/20, *KM contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.

incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente». En coherencia con esta previsión, el art. 18 de la Orden 18 enero 1996 regula la revisión de la incapacidad reconocida cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Sin perjuicio de la posibilidad de revisión que se reconoce a la Administración de la Seguridad Social, no debe olvidarse que la entidad gestora no puede suspender el abono de la pensión, aun cuando considere que el beneficiario podría estar incurriendo en incompatibilidad.

En efecto, conforme a una consolidada línea interpretativa mantenida por el Tribunal Supremo, la posibilidad de acordar la suspensión debe estar prevista en una norma, sin que quepa extender esta posibilidad a otros supuestos para los que no se hubiera establecido. En palabras del Tribunal Supremo, «la Orden de 1996 lo que permite al INSS es suspender la prestación por medio de un procedimiento de revisión cuando el trabajo discutido se refiere al beneficiario de una prestación por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez y las actividades pueden exceder del o previsto en aquel apartado del art. 141, pero no contempla en modo alguno que dicha entidad gestora pueda acordar una suspensión de prestaciones respecto del beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total»⁴².

El régimen de compatibilidad entre pensión y segunda actividad

El paso a segunda actividad propio de determinados funcionarios⁴³, se produce cuando el funcionario no puede prestar los servicios operativos del cuerpo, o se ve afectado por limitaciones tales que le impiden la prestación de servicios con la seguridad exigida debido a un accidente, al transcurso del tiempo o a otras circunstancias sobrevenidas. La situación administrativa de “segunda actividad” se caracteriza porque la persona trabajadora mantiene la situación de servicio activo, pero con unas

⁴² STS 3 mayo 2005 (rec. 1113/2004). Véase con detalle sobre esta posibilidad R.P. RON LATAS, *¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo?*, en *Aranzadi Social*, 2006, n. 3. También G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n 184; C. GALA DURÁN, *La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011*, en *Temas Laborales*, 2013, n. 122, p. 99.

⁴³ Pertenecientes a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o de las comunidades autónomas, así como guardas forestales y funcionarios penitenciarios.

funciones que no son las que desempeñaba con anterioridad a producirse su paso a esa situación.

La segunda actividad supone así, el desempeño de tareas, que también son necesarias para la viabilidad de los servicios pero que tienen una carga de exigencias físicas y psíquicas ostensiblemente menor.

Para resolver si el salario de segunda actividad y la pensión por incapacidad permanente total resulta compatibles, hay que partir de la premisa de que el grado de total se determina teniendo en cuenta las funciones propias del trabajo desempeñado por la persona trabajadora, o el que puede desempeñar dentro de la movilidad funcional⁴⁴. Grado de incapacidad que, como indica el Tribunal Supremo, no se establece ni en función de la categoría profesional de la persona trabajadora⁴⁵, ni de su grupo profesional⁴⁶. Al contrario, la determinación del grado de incapacidad atiende «al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o pueda realizarse»⁴⁷.

En particular, la sentencia 23 septiembre 2020⁴⁸ resuelve las dudas planteadas acerca de la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el desempeño de servicio en segunda actividad. Y lo hace sobre la premisa de «la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad». Para el Alto Tribunal, hay compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que el trabajador sí tenga habilidad o capacidad física, pero no hay compatibilidad «con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez».

Una vez sentada esa premisa, la sentencia analiza la naturaleza jurídica de la segunda actividad, y constata que se halla integrada en el servicio activo de la profesión del trabajador declarado incapaz permanente total (Cuerpo de la Policía local). Pues la segunda actividad solo se diferencia del ordinario servicio activo en las funciones específicas a desempeñar, de menor exigencia psico-física. Por ello, a juicio del Tribunal, «la lógica más elemental se opone a que pueda percibir pensión por incapacidad para ser Policía local quien mantiene esa condición profesional, realiza los cometidos propios de ella – en primera o segunda actividad – y por tal

⁴⁴ STS 10 octubre 2011, cit., STS 3 mayo 2012 (rec. 1809/2011) y STS 2 julio 2012 (rec. 3256/2011).

⁴⁵ STS 26 octubre 2016, cit.

⁴⁶ STS 28 febrero 2005, cit.

⁴⁷ STS 23 septiembre 2020, cit.

⁴⁸ Rec. 2800/2018, cit.

actividad recibe la correspondiente retribución».

No obsta a la interpretación que mantiene el Tribunal Supremo la modificación operada por la Ley 27/2011 y hoy incorporada al art. 198.1 LGSS, que permite compatibilizar pensión y trabajo, y percibir ambos emolumentos, «siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

En efecto, una interpretación sistemática y fundada en una lectura finalista de la norma lleva a la Sala a concluir que el art. 198.1 LGSS solo puede interpretarse considerando que la incapacidad permanente total se refiere «a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con segunda actividad».

También la STS 11 marzo 2020⁴⁹, al analizar si la calificación de la situación de incapacidad permanente exigía tener en cuenta las tareas de la profesión habitual o las que efectivamente se desarrollaban, consideró que habían de tomarse en consideración la totalidad de las tareas de la profesión habitual. En palabras del Tribunal «a efectos de la calificación de incapacidad permanente hay que tener en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la profesión y que en el caso de los policías locales el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual».

Esta misma interpretación es la que propugna la Administración de la Seguridad Social. El criterio de gestión 13/2017, de 2 de agosto⁵⁰, se pronuncia sobre la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con la situación de “segunda actividad” y considera, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia 26 abril 2017⁵¹, que el «concepto – inalterado – de IPT se encuentra conectado a los cometidos de la profesión y no a las concretas funciones ejercidas, siendo inadmisibles la coexistencia de dos conceptos de incapacidad permanente: uno de aplicación general y otro a efectos de su compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados

⁴⁹ Rec. 3777/2017, cit.

⁵⁰ Dictado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterio ampliado por el Criterio de gestión 15/2018, sobre incompatibilidad entre la pensión para la profesión habitual y la situación de “segunda actividad” establecida en la normativa reguladora de la relación de servicios de determinados funcionarios públicos.

⁵¹ Rec. 3050/2015, cit.

colectivos, pues ello constituiría un privilegio injustificable para quienes, en razón de la segunda actividad, tienen garantizado en caso de IPT un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones».

Incapacidad permanente total cualificada y trabajo

La incapacidad permanente total cualificada no es un grado más de incapacidad, sino una mejora de la cuantía de la pensión para quienes han sido declarados en situación de incapacidad permanente total, siempre que tengan cincuenta y cinco o más años y respecto de los que se presume, por su falta de preparación general o especializada y las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual (art. 196.2 LGSS).

Aun cuando no se trate de un grado más de incapacidad, el art. 198.2 LGSS incluye una regla específica sobre la compatibilidad entre el trabajo y el incremento del 20% – sobre el 55% del grado de total – establecido para la incapacidad permanente cualificada.

En este sentido, el art. 198.2 LGSS prevé que podrá determinarse la incompatibilidad de la percepción del 20% adicional con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. *Sensu contrario* podría entenderse que, si el trabajo por cuenta ajena o propia no determina la inclusión del beneficiario en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, podrían compatibilizarse trabajo y cobro del porcentaje adicional previsto para esta situación. No obstante, habrá que esperar a lo que pudiera regularse en la norma reglamentaria correspondiente, aunque en buena lógica, si el porcentaje adicional del 20% tiene por objeto compensar la mayor dificultad de encontrar nueva ocupación, podría entenderse que en ningún caso cabría declarar la compatibilidad, ni siquiera cuando el trabajo no determine la inclusión del sujeto en alguno de los regímenes de la Seguridad Social⁵².

⁵² Sí resulta compatible, en cambio, con la pensión de jubilación reconocida en otro Estado de la Unión Europea. Como indica la STS 9 diciembre 2020 (rec. 1513/2018) «la percepción del 20% de complemento sobre la pensión de IPTC es compatible con la pensión de jubilación abonada por Alemania. El artículo 53.3.a) del Reglamento UE 883/2004, sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza (como son las de IP y jubilación) y establece que a esos fines solo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero. Nuestro legislador no ha

3.1.3. Incapacidad permanente absoluta y gran invalidez

El art. 198.2 LGSS contiene dos previsiones en relación con la compatibilidad en el percibo de las pensiones por incapacidad permanente absoluta y por gran invalidez y el trabajo.

La primera de ellas afecta a todos los pensionistas de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez; la segunda, regula la situación de quienes siendo pensionistas de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez cumplan la edad de acceso a la pensión de jubilación.

La compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con el trabajo: planteamiento general

Con una redacción que ha permanecido invariable en las últimas reformas normativas, el art 198.2 LGSS prevé que «las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión»⁵³. Conforme a esta previsión, se admite la compatibilidad de la pensión con las actividades lucrativas que desarrolle el pensionista con la única limitación de que el trabajo no modifique la capacidad de trabajo del inválido a efectos de su revisión.

Debe concurrir, por tanto, una doble condición para que haya compatibilidad entre trabajo y pensión: que el trabajo que realiza sea compatible con el estado del incapacitado y que no represente un cambio en su capacidad, que dé lugar a una revisión del grado de incapacidad reconocido.

La regulación legal de la compatibilidad entre incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y trabajo por cuenta propia o ajena, ha dado lugar a diferentes interpretaciones doctrinales que han tratado de identificar si las funciones compatibles con el estado del incapaz son solo aquellas actividades livianas o de carácter residual o, por el contrario, ante

aprobado hasta la fecha una previsión semejante. La claridad de la norma en cuestión (similar al precedente artículo 46.bis.3.a del Reglamento 1408/1971), su especificidad (va referida a los supuestos de previsiones sobre compatibilidad o “acumulación”) y la doctrina de la STJUE Blanco Marqués (aunque allí se trata de pensión abonada por Suiza) abocan a esa conclusión».

⁵³ La misma redacción se contenía en el art. 141.2 LGSS y en el art. 24.4 de la Orden 15 abril 1969.

la indefinición de la norma, se puede considerar que la pensión es compatible con el desempeño de cualquier actividad⁵⁴.

En una primera etapa, se venía defendiendo que la regulación del art. 198.2 LGSS solo preveía la compatibilidad entre la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con trabajos de carácter esporádico, marginal o de poca entidad que no exigieran la realización de grandes esfuerzos⁵⁵. Se imponía así una tesis restrictiva que consideraba incompatible la percepción de pensiones que, por definición, compensan la ausencia total de capacidad para trabajar, con trabajos que exigen el mantenimiento de un determinado nivel de concentración, de esfuerzo, de rendimiento, etc.

Conforme a este planteamiento restrictivo, se establecía un régimen de compatibilidad que impedía que los pensionistas de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez pudieran realizar actividades que no fueran esporádicas o marginales⁵⁶. En esta línea, también consideraba el INSS que los beneficiarios de esas pensiones no podían realizar ninguna actividad que implicara el desempeño de servicios que no tuvieran carácter ocasional o marginal. De cualquier forma, el desempeño de tales actividades debía comunicarse a la entidad gestora que podía suspender el pago de la pensión, proceder a la revisión del grado de invalidez y, en su caso, obligar al sujeto a reintegrar la pensión indebidamente percibida, si consideraba que se trataba de actividades que iban más allá de tareas livianas, ocasionales o marginales.

Frente a esa tesis restrictiva, se impone una interpretación más amplia del régimen de compatibilidad entre las pensiones por incapacidad

⁵⁴ Véanse las diferentes posturas en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *op. cit.*, p. 101 ss.

⁵⁵ Véanse en este sentido STS 19 diciembre 1988, STS 26 diciembre 1988 y STS 26 enero 1989. También un importante sector doctrinal ha venido defendiendo esta tesis: *cf.* R. ROQUETA BUJ, *La incapacidad permanente*, cit., p. 238. F. LÓPEZ TARRUELLA, C. VIQUEIRA PÉREZ, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas, 1991, p. 41, consideran que «la actividad compatible que no represente un cambio en su capacidad será aquella que no suponga el ejercicio de una profesión u oficio».

⁵⁶ En esta línea, la STS 20 diciembre 1985 (citada por la STS 20 marzo 2019, rec. 2648/2017) recogía que «el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser mínima significación y relieve porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio [...] el resultado sería, como acaba de anticiparse, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo».

permanente absoluta y gran invalidez, y las rentas del trabajo⁵⁷. Conforme a la literalidad del art. 198.2 LGSS debe considerarse que, si las actividades que desempeña el pensionista no alteran o agravan su estado ni su capacidad a efectos de revisión, no puede preverse una incompatibilidad general entre pensión y trabajo lucrativo⁵⁸. Esa es, precisamente, la intención del legislador. La redacción del art. 198.2 LGSS pone de manifiesto el deseo de garantizar la posibilidad de empleo de los declarados en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, sin más condicionante que el previsto expresamente en el propio precepto. Así, lo recoge también una consolidada doctrina jurisprudencial de la que es buena muestra la STS 20 marzo 2019⁵⁹. La sentencia, reproduciendo pronunciamientos anteriores, antepone el derecho al trabajo recogido en el art. 35 CE a cualquier otra consideración. Y ello, sobre la premisa de que su ejercicio constituye un elemento claramente beneficioso para dicho colectivo. Considera el Tribunal Supremo en esa línea que «la literalidad del precepto – art. 141.2 LGSS /94 – apunta a la compatibilidad trabajo/pensión [“las pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles”], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible *ex* art. 35 ET, siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT. [...] La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al incapaz declarado en IPA (al que se le negaría toda actividad – e ingresos – extramuros de la marginalidad)».

Incluso se admite la compatibilidad cuando el pensionista vuelve a prestar los mismos servicios en los que se declaró la incapacidad, aun cuando se

⁵⁷ En este sentido *vid.* R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, *Régimen jurídico de las prestaciones por Incapacidad Permanente*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.I. GARCÍA NINET (dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, 2004, pp. 498 ss.

⁵⁸ La STS 20 marzo 2019, cit., considera que «la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA [...] la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta [...] por la lógica del sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo – psicofísico – por parte del inválido». En particular en relación con los trabajos que pueden realizar los grandes inválidos, la STS 20 enero 2008 indicaba que «la pensión de gran invalidez es compatible con cualquier actividad productiva que pueda desarrollar el interesado y no sólo con actividades productivas marginales o que generalmente están fuera del mercado de trabajo».

⁵⁹ Rec. 2648/2017, cit.

trata de una posibilidad que no deja de resultar curiosa. Afirma al respecto el Tribunal Supremo que si se trata de las mismas lesiones que determinaron la primera declaración de incapacidad permanente y no han sufrido modificación, no procede que el INSS revise el estado del incapaz para extinguir el derecho a la pensión⁶⁰.

Aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma expresa sobre el alcance del derecho al trabajo de los incapaces permanentes absolutos y de los grandes inválidos, en alguna ocasión ha manifestado su reticencia a que puedan desarrollar cualquier actividad laboral. En esos términos, la STC 205/2011, de 15 de diciembre⁶¹, califica de singularidad «la situación de una persona que compatibiliza el trabajo por cuenta propia o ajena con la percepción de una pensión pública que tiene como finalidad esencial la cobertura económica de situaciones de disminución o anulación de la capacidad laboral».

En fin, estamos antes soluciones – interpretación restrictiva vs. interpretación más flexible – que no terminan de contentar a todos⁶², lo que pone de manifiesto la imperiosa necesidad, apuntada por el Tribunal Supremo, de que esta materia sea regulada por el legislador con mayor claridad y precisión⁶³. Por otro lado, hay quienes ponen de manifiesto el doble rasero que se utiliza para justificar la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo, manifestando que en el examen de compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo, el Tribunal Supremo atiende a los intereses de la Seguridad Social, que antepone al derecho al trabajo mediante un juicio estricto de compatibilidad entre la pensión y el trabajo que se desarrolla. En cambio, en el análisis de la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente absoluta y por gran invalidez, prevalece el derecho al trabajo frente a los intereses de la Seguridad Social⁶⁴.

Doctrina autorizada defiende otras alternativas a esa compatibilidad casi ilimitada:

- compatibilizar la pensión sólo en el importe correspondiente a la IPT,

⁶⁰ STS 23 abril 2009 (rec. 2512/2008).

⁶¹ Sentencia comentada por S. OLARTE ENCABO, *El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de incapacidad permanente*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 116.

⁶² Véase F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 4; A. VICENTE PALACIO, *Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez y compatibilidad con trabajo no marginal o residual. ¿Es todavía la capacidad profesional el criterio que determina la calificación de la Incapacidad Permanente en el nivel contributivo de prestaciones? (A propósito de la STS de 14 de octubre de 2009)*, en *Tribuna Social*, 2010, n. 233.

⁶³ STS 30 enero 2008 (rec. 480/2007).

⁶⁴ C. GALA DURÁN, *op. cit.*

recuperando su integridad cuando se cese en el desarrollo de la actividad productiva;

- aplicar al diferencial entre la incapacidad permanente total y la absoluta el mismo régimen que al complemento por invalidez permanente total cualificada⁶⁵.

Debe recordarse, no obstante, que no hay una compatibilidad incondicionada. El art. 198.2 LGSS incluye dos límites: que el trabajo resulte compatible con el estado del incapacitado, y que ese trabajo no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. El control de que se no se produzcan situaciones de incompatibilidad corresponde a la Administración de la Seguridad Social. El art. 2 del RD 1071/1984 regula la obligación de los pensionistas de incapacidad permanente – total, absoluta y gran invalidez – «que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia», de comunicar esa circunstancia a la Entidad gestora. Previéndose que el incumplimiento de esa obligación determinará la imposición de las sanciones previstas en la LISOS, así como el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas que, en su caso, corresponda⁶⁶.

La compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con el trabajo a partir del cumplimiento de la edad de jubilación

El art. 198.3 LGSS incluye una previsión específica sobre el régimen de compatibilidad entre pensiones por incapacidad permanente y trabajo de beneficiarios que hayan cumplido la edad de acceso a la pensión de jubilación. Conforme al precepto referido «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»⁶⁷.

⁶⁵ A.V. SEMPERE NAVARRO, *Compatibilidad de la pensión de gran invalidez*, *Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008, rec. 480/2007 (RJ 2008, 1984)*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2008, n. 12.

⁶⁶ Además, el art. 18 de la Orden 18 enero 1996, al regular la revisión de la incapacidad por ejercer trabajos por cuenta propia o ajena, prevé que podrá producirse la suspensión de la pensión «cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social».

⁶⁷ Téngase en cuenta que a raíz de la reforma operada por la Ley 27/2011 ya no hay una

Esta previsión tiene su origen en el [Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo](#) de 2011, donde se formula una recomendación que viene a matizar el régimen de compatibilidad casi plena. Así, se establece que «en todo caso, al alcanzar el pensionista de incapacidad la edad de jubilación el régimen de compatibilidad de su pensión deberá regirse por los mismos criterios de compatibilidad que, con carácter ordinario, se puedan establecer para la pensión de jubilación» (recomendación 18). El origen de esta disposición se encuentra en las críticas que se formulaban al hecho de que «las pensiones de jubilación resultan ser incompatibles con realización de una actividad [...]. Sin embargo, cuando se trata de incapacitados, sean grandes inválidos o absolutos incluso después de los 65 años se les permite por la legislación actual seguir compatibilizando la percepción íntegra de la pensión con el trabajo a tiempo completo. No parece que socialmente sea ésta la situación más acertada y convincente, sino que el tratamiento para estos supuestos debe discurrir por los mismos cauces que las pensiones de jubilación».

El planteamiento plasmado en el Pacto de Toledo es claro. En primer lugar, se defiende con contundencia la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo ya que se trata de una de las medidas que pueden resultar más eficaces para favorecer el acceso de los incapaces permanentes al mercado de trabajo, pero, al mismo tiempo, esa medida protectora del empleo pierde su razón de ser una vez que ya se ha cumplido la edad que permite el acceso a la pensión de jubilación. En tal caso, resultan de aplicación las previsiones en cuanto a incompatibilidad previstas en el art. 213 LGSS.

En fin, téngase en cuenta que las recomendaciones contenidas en el citado [Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo](#) se referían en general a la incapacidad permanente, pero el régimen de incompatibilidad del art. 198.3 LGSS solo afecta a los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, los beneficiarios de pensión por incapacidad permanente total pueden compatibilizar su pensión con las rentas derivadas del trabajo sin limitación por razón de edad.

3.2. El régimen de compatibilidad en el nivel no contributivo

Teniendo en cuenta que el objeto de la protección en el nivel no

única edad de jubilación, sino que esta depende de los años de cotización acreditados por el beneficiario. Será necesario que el causante de la pensión tenga 67 años, o 65 cuando acredite 38 años y medio cotizados a la Seguridad Social.

contributivo es atender a quienes se encuentran en situación de necesidad y carezcan de los recursos suficientes para subsistir, lo razonable sería establecer la incompatibilidad entre la pensión por invalidez y el trabajo que preste el beneficiario de la pensión y que le genere unos ingresos económicos que, por definición, serían incompatibles con el espíritu de la protección de carácter no contributivo⁶⁸.

Sin embargo, tanto el art. 363 LGSS – beneficiarios –, como el art. 366 LGSS – compatibilidad de las pensiones – incluyen previsiones para que los ingresos derivados del trabajo no serán un impedimento para el mantenimiento de la pensión no contributiva.

El art 363 LGSS dispone que los beneficiarios a quienes se hubiera suspendido la pensión por trabajar por cuenta ajena, establecerse por cuenta propia o acogerse a programas de renta activa de inserción, «recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de activa de inserción». Para comprobar si se cumple el requisito de carencia de rentas establece que «no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa».

El art. 366 LGSS tampoco recoge una regla de incompatibilidad absoluta entre la pensión de invalidez no contributiva y los ingresos del beneficiario. Al contrario, se prevé que «en el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del indicador público de renta de efectos múltiples, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento». Si excediera de esa cuantía, se producirá una minoración del importe de la pensión en la cuantía precisa para no sobrepasar ese límite.

En similares términos a los previstos en el art. 198.3 LGSS, también el art

⁶⁸ Véanse sobre el régimen de incompatibilidad en el nivel no contributivo las consideraciones de J.F. BLASCO LAHOZ, *La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad social como instrumento para su desarrollo*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 11.

366 LGSS dispone que «las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo».

4. Reflexiones sobre un nuevo sistema de compatibilidad en el marco de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

4.1. La articulación del derecho al trabajo de las personas con incapacidad

En los últimos años los poderes públicos han adoptado diversas iniciativas para garantizar la integración laboral del colectivo personas incapaces – o con una discapacidad reconocida –, con el fin de evitar su exclusión social. Sin duda, el establecimiento de medidas que garanticen el acceso al trabajo de este colectivo es una de las vías más eficaces para conseguir una plena integración en la sociedad⁶⁹. Existen en la actualidad mecanismos diversos que fomentan, garantizan y hacen efectivo el derecho al trabajo de ese colectivo, con independencia de que sean perceptores de una prestación de Seguridad Social⁷⁰.

La Constitución reconoce el derecho al trabajo en el art. 35.1 y prevé que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo». Este reconocimiento general del derecho al trabajo se complementa con la previsión del art. 49 CE, conforme al cual «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán

⁶⁹ Véanse sobre la dicotomía trabajo/discapacidad las consideraciones de A. O'REILLY, *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, OIT, 2007, p. 4, donde recuerda que, como se prevé en la Recomendación R071 de 1944 sobre la organización del empleo, «cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil [...]. Las personas con discapacidades deberían, siempre que fuera posible, recibir formación junto con otros trabajadores, en las mismas condiciones y con la misma remuneración».

⁷⁰ Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *El derecho a la protección de las personas con minusvalías*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, 2002.

especialmente para el disfrute de los derechos que se otorgan a todos los ciudadanos»⁷¹.

Por su parte, el art. 4.2.c ET completa esa regulación al incluir como derechos de los trabajadores el de no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo «por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

En el ámbito de la Seguridad Social el reconocimiento del derecho a trabajar, y a mantener la pensión reconocida, de los declarados incapaces permanentes no constituye una novedad. La preocupación por la integración social de los incapacitados se ha convertido en una constante en las distintas recomendaciones emitidas en el seno de las Comisiones de Control y Seguimiento del Pacto de Toledo. En la primera versión de estas recomendaciones, se partía de la premisa de que el sistema de Seguridad Social es un instrumento de política social que debe contribuir a la plena inclusión de las personas con discapacidad, por lo que se consideraba necesario flexibilizar el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo. Concluyéndose que la Seguridad Social no debía expulsar a nadie del mercado de trabajo, sino potenciar mecanismos de incorporación atencional inclusiva que facilitasen la plena autonomía de las personas con discapacidad.

Sobre este planteamiento general, las distintas comisiones han venido destacando, como recomendación adicional, «la necesidad de seguir avanzando en este sentido [...] [por lo que se] recomienda, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, prestar una atención especial a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales para el disfrute de sus derechos en la materia, evitando cualquier tipo de discriminación y fomentando su plena integración laboral y social [...] en el desarrollo de las distintas políticas públicas, y en especial de aquellas vinculadas al sistema de protección social, se evalúe su impacto sobre las personas discapacitadas»⁷².

El informe del año 2011 daba un paso más en esta materia para garantizar que el sistema de Seguridad Social contribuiría en mayor medida a la plena inclusión de las personas con discapacidad. Y para ello recomendaba

⁷¹ Véanse las interesantes reflexiones sobre el alcance del art. 49 CE en D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social*, en *esta Revista*, 2021, n. 3, pp. 142-145.

⁷² *Pacto de Toledo. Aprobación del Informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados el 30-09-03*, p. 8, que fue el origen de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

intensificar los niveles de protección y promover que el Sistema de Seguridad Social «no comporte trabas para la activación y, por tanto, el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, y que, al mismo tiempo, estimule, compatibilizándolas en su caso, el tránsito de medidas pasivas a medidas activas». Así, se consideraba necesaria la flexibilización del régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obligaba a elegir entre pensión o trabajo a fin de evitar que los beneficiarios de pensión debieran optar por la pensión, permaneciendo inactivos, cuando podrían desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias⁷³.

En el último informe emitido en el seno de la comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, el 19 de noviembre de 2020, se refuerza la necesidad de que el sistema de Seguridad Social contribuya «a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales», por lo que se valoran de forma positiva «la articulación de medidas que refuerzan la cobertura social de las personas con discapacidad como, en particular, la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad».

También la doctrina del Tribunal Supremo, como se ha visto, se ha hecho eco de esta realidad y defiende, prácticamente sin fisuras, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad con independencia de su condición de beneficiarias de una pensión por incapacidad permanente, permitiéndoles, por tanto, compatibilizar el percibo de pensión y salario. Y es que, en línea con lo anterior, y como ha puesto de manifiesto un importante sector doctrinal, «la titularidad del derecho al trabajo, en tanto que inherente a la naturaleza humana y reconocido como valor cívico por el art. 35.1 CE, no permite excluir a quien se hallare en la citada situación. De acuerdo a la misma, el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS, 2 RD 1071/1984 y 18.4 Orden 18-1-1996»⁷⁴.

La garantía del derecho al trabajo de los pensionistas por incapacidad permanente se manifiesta también de otras formas. Señaladamente la previsión de reserva de empleo cuando se haya declarado a la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente. En este sentido, si bien el art. 49.1.e ET prevé la extinción del contrato de trabajo por gran

⁷³ *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, cit.

⁷⁴ J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *op. cit.*, p. 104.

invalidez o invalidez permanente total o absoluta, el propio precepto introduce una importante excepción y es que, si bien la pérdida o la disminución de la capacidad justifica la extinción del contrato de trabajo, solo se va a admitir la extinción automática de la relación laboral cuando las resoluciones administrativas que declaran la incapacidad permanente en los grados antes indicados han alcanzado firmeza. De cualquier forma, y como reconoce el Tribunal Supremo, se trata de un supuesto de extinción del contrato que no opera automáticamente, pues «las partes pueden acordar un cambio en el contrato, variando el tipo de servicios a prestar por el trabajador inválido, de tal forma que haya de desempeñar labores para las que sí conserva aptitud psicofísica, e incluso puede suceder que el empresario esté obligado a esa modificación contractual en virtud de lo dispuesto en convenio o pacto colectivo e, incluso, por acuerdo previo entre ellos»⁷⁵.

Por otro lado, el art. 48.2 ET prevé una excepción a la regla general de extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o de gran invalidez. En los términos previstos por el referido artículo, «en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez 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 período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente». Conforme a la previsión legal, la extinción del contrato en virtud de resolución firme de declaración de incapacidad permanente queda sin efecto si el órgano calificador de la incapacidad prevé que es posible una revisión por mejoría del estado del incapaz, en este caso la previsión de extinción del vínculo laboral se sustituye por la de suspensión de este durante el plazo de dos años desde la resolución que declara la incapacidad permanente.

4.2. Sobre la necesidad de revisar el régimen de compatibilidad vigente

Sin cuestionar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, hace

⁷⁵ STSJ País Vasco 21 noviembre 2000 (rec. 2365/2000) con cita de la STS 12 julio 1988.

tiempo que se viene poniendo de manifiesto la necesidad de introducir elementos de racionalización en el sistema de Seguridad Social para garantizar el sostenimiento del sistema, su pervivencia y la protección de generaciones futuras.

Como se ha constatado, el Tribunal Supremo aboga por la plena compatibilidad entre la pensión reconocida por cualquier grado de incapacidad permanente y el trabajo del beneficiario, incluso el grado de incapacidad permanente absoluta⁷⁶. Sin embargo, esta previsión de compatibilidad plena, sin más limitaciones que las legalmente previstas que, además, son objeto de interpretación restrictiva por los tribunales, plantea algunas dudas a la luz de la situación actual del sistema de Seguridad Social. En efecto, sobre la premisa de la necesidad de introducir elementos de racionalidad en el sistema de protección social, quizá habría que cuestionarse si el establecimiento de un sistema de compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente para el trabajo con el trabajo del beneficiario es coherente con los fines perseguidos con esa protección que, precisamente, compensa la pérdida de rentas del trabajo debido a esa incapacidad para trabajar⁷⁷.

Conforme a ese planteamiento, y como acertadamente se ha apuntado, no se trata de negar el derecho al trabajo de las personas con una incapacidad reconocida, derecho constitucional irrenunciable y merecedor de todas las garantías en su ejercicio y de protección en caso de vulneración del mismo⁷⁸, sino de articular un sistema que, en el marco de la racionalización del sistema de protección social y de su sostenibilidad, establezca mecanismos que prevean suspensiones de la pensión mientras el beneficiario presta sus servicios por cuenta propia o ajena, sin que ello suponga que se prohíba el derecho de estos sujetos al trabajo, sino sencillamente que «el inválido obtenga ingresos simultáneos, de semejante entidad, por causas contradictorias y que se niegan entre sí: pensión

⁷⁶ STS 14 julio 2010 (rec. 3531/2009). Pues a juicio del tribunal, cualquier otra interpretación supondría un agravio comparativo entre el trabajador con una incapacidad permanente total frente al incapaz permanente absoluto o al gran inválido.

⁷⁷ En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias*, en J. AGUSTÍ JULIÀ, J. FARGAS FERNÁNDEZ (coords.), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Bomarzo, 2010, p. 194. En similares términos J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, E. ALONSO RUSSI, *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 106, p. 254 ss.; C. GALA DURÁN, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁸ Aun cuando algún autor considere que «recorrir a una presunta vulneración del derecho cívico al trabajo cuando no se permite trabajar a quien está permanentemente incapacitado con carácter absoluto para la práctica profesional, es una opción que hay que valorar con la suficiente cautela» (F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *op. cit.*, p. 28).

porque no puede desarrollar un trabajo productivo de ningún tipo, y salario porque sí puede hacerlo»⁷⁹.

Desde la vertiente de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social la regulación de un régimen estricto de compatibilidad/trabajo que impida la percepción simultánea de la pensión pública y las rentas derivadas del trabajo, puede suponer un ahorro importante para las cuentas del sistema, así como contribuir a reducir la nómina de pensiones, sin que se afecte el derecho a la protección de los beneficiarios porque, o bien percibirán la pensión de Seguridad Social o bien las rentas del trabajo, pero no ambos al tiempo.

Sin embargo, no puede dejar de advertirse de las consecuencias desfavorables que podría acarrear el establecimiento de un régimen estricto de incompatibilidad pensión/trabajo. Así:

- puede ser un elemento disuasorio para que quienes han sido declarados incapaces permanentes retornen al mercado de trabajo, buscando de forma activa una nueva ocupación adaptada a su capacidad laboral, ya que perderían la pensión que venían recibiendo;
- además, puede producirse una reducción de los ingresos por cuotas que recibiría el sistema, provenientes de las rentas del trabajo de los incapaces permanentes.

En efecto, analizado el problema de forma global, lo cierto es que un régimen estricto de incompatibilidad desincentiva el trabajo, «con un doble efecto negativo para el sistema público de protección: ausencia en la obtención de nuevas cotizaciones; se mantiene un coste en forma de pensión que podría ser objeto de revisión a la baja, suprimiéndose su abono en todo o en parte»⁸⁰.

Por otro lado, debe tenerse presente que la actual situación demográfica y económica no es nada halagüeña para las políticas de protección social. En efecto, desde hace tiempo asistimos a un descenso progresivo del número de cotizantes como consecuencia tanto de la coyuntura económica, de los accesos a la jubilación a edades más tempranas, del aumento del número de pensionistas o del incremento de la duración de las pensiones por el incremento de la esperanza de vida⁸¹. A ello se une la disminución de la tasa de natalidad, que está por debajo del umbral preciso para que se garantice la reposición demográfica. Los datos son reveladores de esta realidad; el gasto total en pensiones según datos del

⁷⁹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 193.

⁸⁰ A.V. SEMPERE NAVARRO, *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 9.

⁸¹ Que de media se sitúa en 83,06 años, 80,24 años los hombres y 85,83 las mujeres (INE, [Proyecciones de Población 2022-2072](#), Nota de prensa, 13 octubre 2022).

mes de octubre de 2022 ascendió a 10.997 M€, habiendo experimentado un incremento interanual del 4,5%. El número de pensiones se sitúa en 9.959.123 millones⁸², y las cuentas de la Seguridad Social muestran un saldo negativo de 6.449,93 M€ a 31 de diciembre de 2022⁸³. Y no puede olvidarse que el sostenimiento del sistema de reparto se basa en el relevo generacional, por lo que si este no está garantizado la viabilidad del sistema puede verse comprometida.

Sin duda son necesarias medidas muy meditadas que tengan en cuenta el marco actual en lo que a situación económica y social se refiere, y que ponderen debidamente las ventajas y los inconvenientes del mantenimiento de un sistema de compatibilidad plena entre pensiones por incapacidad permanente y trabajo. El análisis de la conveniencia de modificar el régimen de compatibilidades vigente debe tener en cuenta tanto el derecho constitucional al trabajo de los trabajadores con una incapacidad y su especial protección, como las situaciones anteriormente descritas.

Teniendo presentes ambos aspectos no faltan propuestas al respecto. En particular, y en relación con la incapacidad permanente, se propone:

- la introducción de factores de corrección en la incapacidad permanente total para limitar la compatibilidad plena, previendo, por ejemplo, reducciones de la cuantía de la pensión teniendo en cuenta los ingresos de los beneficiarios de pensión;
- la previsión de revisiones de oficio de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez cuando se trabaje por cuenta propia o ajena⁸⁴.

5. Conclusiones

El régimen actual de compatibilidad entre pensiones por incapacidad permanente y rentas del trabajo debería ser replanteado a la luz de la situación actual del sistema de Seguridad Social. En efecto, un régimen de compatibilidad plena como el vigente, suscita cuestiones que merecen una especial atención.

⁸² Fuente: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [El gasto en pensiones contributivas se sitúa en el 11,8% del PIB](#), en [revista.seg-social.es](#), 25 octubre 2022.

⁸³ Fuente: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [La Seguridad Social reduce el déficit en 400 millones con respecto al año pasado](#), en [revista.seg-social.es](#), 27 diciembre 2018.

⁸⁴ Cfr. A.V. SEMPERE NAVARRO, *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, cit.

En primer lugar, la necesidad de reformular el concepto de profesión habitual, dotándolo de seguridad jurídica y aclarando qué actividades concretas abarca. Incluso se podría potenciar que los interlocutores sociales aborden en la negociación colectiva la identificación del concepto de profesión habitual.

En segundo lugar, la incongruencia que puede suponer que una persona trabajadora en situación de incapacidad permanente pueda desarrollar la misma actividad – y las mismas funciones – que reconocerse la incapacidad y que esta situación no esté afecta de incompatibilidad alguna. De esta posibilidad, que se reconoce en los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, puede resultar que el beneficiario pueda compatibilizar la pensión máxima con el salario que haya acordado con la empresa, rompiendo de esta forma el principio en el que se basa la protección por incapacidad permanente, cual es proveer al trabajador de las rentas que pierde como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente.

En fin, el reconocimiento de la plena compatibilidad puede cuestionarse desde varias vertientes. A la anteriormente señalada se une la que propugna la defensa de la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, de forma que se permita realizar ajustes en el importe de la pensión de quienes teniendo derecho al 100% de su base reguladora, compatibilicen la pensión con un trabajo por cuenta propia o ajena. Sin perjuicio de que si pierden el trabajo, recuperen la totalidad de la pensión. De esta forma se trata de racionalizar la protección de la incapacidad permanente sin desincentivar el trabajo de los pensionistas por esta contingencia, pero siendo respetuosos con el sistema de Seguridad Social, evitando que se generen costes adicionales.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ CORTÉS J.C., ALONSO RUSSI E. (2010), *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*, en *Temas Laborales*, n. 106, pp. 245-259

ÁLVAREZ MORENO A. (2016), *Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual. Situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, n. extra., pp. 69-76

ARIAS DOMÍNGUEZ Á. (2008), *De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del art. 1.2 de la Ley 5/2003*, en *Aranzadi Social*, n 3, pp. 37-44

BLASCO LAHOZ J.F. (2018), *La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad social como instrumento para su desarrollo*, en *Revista de Información Laboral*, n. 11, pp. 35-71

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*, en *Revista de Información Laboral*, n. 10, pp. 59-101

DESDENTADO BONETE A. (2006), *Prólogo* a P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales, la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi

FABREGAT MONFORT G. (2005), *La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 1049-1072

GALA DURÁN C. (2013), [*La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011*](#), en [*Temas Laborales*, n. 122](#), pp. 79-123

GARCÍA NINET J.I. (1991), *La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos*, en *Tribuna Social*, n. 10, pp. 31-36

GARCÍA SABATER A. (2019), *El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 221, pp. 171-188

GONZÁLEZ ORTEGA S. (2010), *Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias*, en J. AGUSTÍ JULIÀ, J. FARGAS FERNÁNDEZ (coords.), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Bomarzo

GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2021), [*Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3](#), pp. 138-161

INE (2022), [*Proyecciones de Población 2022-2072*](#), Nota de prensa, 13 octubre

LÓPEZ AHUMADA E. (2017), *Incapacidad Permanente*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (dir.), *Derecho de la Seguridad Social. Teoría y Práctica*, Juruá

LÓPEZ TARRUELLA F., VIQUEIRA PÉREZ C. (1991), *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L. (2012), *Incapacidad permanente*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, F.J. FERNÁNDEZ ORRICO (dirs.), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Aranzadi

MERCADER UGUINA J.R. (dir.) (2012), [*Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma*](#), Ministerio de Empleo y Seguridad Social

- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2022), [El gasto en pensiones contributivas se sitúa en el 11,8% del PIB](#), en [revista.seg-social.es](#), 25 octubre
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2018), [La Seguridad Social reduce el déficit en 400 millones con respecto al año pasado](#), en [revista.seg-social.es](#), 27 diciembre
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN (2011), [Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo](#)
- MONEREO PÉREZ J.L., MOLINA NAVARRETE C. (2002), *El derecho a la protección de las personas con minusvalías*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares
- MORENO DE VEGA Y LOMO F. (2013), *¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?*, en *Aranzadi Social*, n. 4, pp. 25-38
- O'REILLY A. (2007), [El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades](#), OIT
- OLARTE ENCABO S. (2012), [El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de incapacidad permanente](#), en *Temas Laborales*, n. 116, pp. 229-242
- PALOMINO SAURINA P. (2015), *Compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud de trabajo distinto. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, n. 5, pp. 157-168
- PÉREZ CAMPOS A.I. (2004), *Incapacidad Permanente*, en AA.VV., *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi
- POQUET CATALÁ R. (2015), *La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n 3, pp. 55-73
- RIVAS VALLEJO P. (2020), [El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), n. 10, pp. 1-10
- RIVAS VALLEJO M.P. (2007), *La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo*, en *Aranzadi Social*, n. 1, pp. 3270-3277
- RODRÍGUEZ INIESTA G. (2016), *Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n 184, pp. 179-212
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO R. (2006), *Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales, la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi

RODRÍGUEZ IZQUIERDO R. (2004), *Régimen jurídico de las prestaciones por Incapacidad Permanente*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.I. GARCÍA NINET (dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares

RODRÍGUEZ JOUVENCEL M. (1993), *La incapacidad para el trabajo*, Bosch

RON LATAS R.P. (2006), *¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo?*, en *Aranzadi Social*, n. 3, pp. 2951-2956

ROQUETA BUJ R. (2001), *El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente*, en [Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n. 29](#), pp. 111-132

ROQUETA BUJ R. (2000), *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social

SEMPERE NAVARRO A.V. (2019), *Enfermedad preexistente a la declaración de riesgos en seguro de Incapacidad Permanente*, en [Revista de Jurisprudencia Laboral, n. 1](#), pp. 1-8

SEMPERE NAVARRO A.V. (2013), *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, en *Aranzadi Social*, n. 9, pp. 15-32

SEMPERE NAVARRO A.V. (2008), *Compatibilidad de la pensión de gran invalidez. Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008, rec. 480/2007 (RJ 2008, 1984)*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 12, pp. 29-41

VELASCO PORTERO M.T. (2015), *Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad*, en [Temas Laborales, n. 131](#), pp. 231-241

VICENTE PALACIO A. (2010), *Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez y compatibilidad con trabajo no marginal o residual. ¿Es todavía la capacidad profesional el criterio que determina la calificación de la Incapacidad Permanente en el nivel contributivo de prestaciones? (A propósito de la STS de 14 de octubre de 2009)*, en *Tribuna Social*, n. 233, pp. 45-51