

LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PERCEPCIÓN DE LAS PENSIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ TRAS LA LEY 27/2011*

CAROLINA GALA DURÁN

Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Seguridad Social, pensión por incapacidad permanente, gran invalidez, trabajo por cuenta propia o ajena

El objetivo de este trabajo es analizar, desde la perspectiva legal y jurisprudencial, las reglas vigentes de posible compatibilidad entre la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez y el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena. Reglas que se han visto alteradas, en los últimos años, por dos vías: por un lado, mediante la modificación de lo previsto en artículo 141.1 de la LGSS por parte de la Ley 27/2011, incorporando una nueva redacción que, lejos de resolver los problemas existentes, abre nuevos interrogantes; y, por otro lado, a través del desarrollo de una doctrina jurisprudencial, en el marco concreto de la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, que lleva, de forma discutible, a la plena compatibilidad entre el cobro total de la pensión y el desarrollo de una actividad laboral o profesional por parte del pensionista; lógica, por otra parte, refrendada en el nuevo artículo 141.3 de la LGSS (que entrará en vigor en enero de 2014). Nos encontramos, en definitiva, ante un régimen de compatibilidades e incompatibilidades que crea ciertas disfunciones y desigualdades de trato entre los propios pensionistas y que ha sido objeto de una nutrida interpretación jurisprudencial, lo que contrasta, sin embargo, con un escaso interés por parte de la doctrina. Todo ello justifica, a nuestro entender, la necesidad de llevar a cabo una evaluación de conjunto de esta cuestiones.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, pension for permanent disability, severe disability, dependent work and self-employment work

The objective of this work is to analyze, from the perspective of legal and jurisprudential, existing rules of possible compatibility between the perception of the disability pensions and the development of a work. Rules that have been altered, in recent years, in two ways: on the one hand, through the modification of provisions of article 141.1 of the LGSS by the 27/2011 law, incorporating a new wording which, far from solving the existing problems, open new questions; and, on the other hand, through the development of a jurisprudential doctrine, carrying, in questionable form, to the full compatibility of the total payment of the pension and the development of a labour or professional activity by the pensioner; logic, on the other hand, endorsed in the new article 141.3 of the LGSS (which will enter into force in January 2014). We are, in short, to a regime which creates certain dysfunctions and inequalities of treatment between own pensioners and who has been nourished jurisprudential interpretation, which contrasts, however, with a lack of interest by the doctrine. This justifies, in our view, the need to carry out an assessment of these issues together.

* Este trabajo es resultado del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i, sobre "Análisis jurídico-laboral de la estrategia global de empleo de las personas con discapacidad 2008-2012".

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ELEMENTOS COMUNES: LA REGLA GENERAL DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN
3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL
 - 3.1. Los fundamentos de la compatibilidad
 - 3.2. El trabajo en la misma o distinta empresa
 - 3.3. La compleja delimitación del trabajo que resulta compatible: La posición jurisprudencial y las consecuencias de la nueva redacción del art. 141.1 de la LGSS tras la Ley 27/2011
 - 3.3.1. Los trabajos compatibles antes de la reforma incorporada en el art. 141.1 de la LGSS por la Ley 27/2011
 - 3.3.2. Los trabajos compatibles a partir de la reforma del art. 141.1 de la LGSS
 - 3.3.3. La imposibilidad de suspender de oficio el pago de la pensión
 - 3.3.4. Las escasas posibilidades de revisión del grado de incapacidad permanente por el desarrollo de un trabajo
 - 3.4. Las consecuencias del desarrollo de una actividad laboral incompatible
4. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O GRAN INVALIDEZ Y EL TRABAJO
 - 4.1. La perspectiva legal
 - 4.2. La posición de los Tribunales
 - 4.3. Las obligaciones formales y las consecuencias en caso de incumplimiento
 - 4.4. La problemática suspensión de oficio del pago de la pensión y la revisión del grado de incapacidad
5. LOS EFECTOS DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL ACCESO A NUEVAS PRESTACIONES
6. CONCLUSIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las múltiples cuestiones que plantea la posible compatibilidad entre el desarrollo de un trabajo y el cobro de una prestación contributiva a cargo del sistema de Seguridad Social (ya se trate de un subsidio por incapacidad temporal, una pensión de incapacidad permanente, las prestaciones por desempleo o la propia pensión de jubilación)¹, en los últimos años ha suscitado un especial interés –jurisprudencial y legal, pero no tanto a nivel doctrinal- el caso concreto de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez.

¹ Sobre esta cuestión, vid Moliner Tamborero, G., “Compatibilidad entre prestaciones y trabajo u otras percepciones o ingresos. Un estudio de jurisprudencia”, *Diario La Ley*, nº 7692, 2011, pág. 2 y ss. (formato electrónico).

Desde la perspectiva jurisprudencial, ese interés se justifica esencialmente en que se ha llegado, como veremos más adelante, a soluciones –fundamentadas, eso sí, en la muy loable voluntad de facilitar la inserción laboral de las personas que perciben una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez-, inasumibles si nos atenemos a la lógica global que subyace en el propio sistema de Seguridad Social y, desde la vertiente legal, en que la nueva redacción dada al art. 141.1 de la Ley General de la Seguridad Social² por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en el campo de la pensión por incapacidad permanente total (que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2013), más que aportar certezas –destinadas a consolidar la interpretación judicial existente en torno a este tema desde hace años- abre nuevas dudas, manteniendo la cuestión sumida en una cierta indefinición. A lo que cabe añadir que la Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012 recoge la necesidad de tomar medidas para que las pensiones por incapacidad de quienes se incorporan al trabajo no se vean reducidas por haber accedido a un empleo³.

Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es analizar qué problemas surgen actualmente y qué soluciones existen en el marco de la posible compatibilidad entre el desarrollo de un trabajo –por cuenta propia o por cuenta ajena (a tiempo completo o parcial)- y la percepción de una prestación contributiva por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez a cargo del sistema de Seguridad Social. No entraremos, por su propia especialidad al responder a parámetros muy diferentes, en el caso de la prestación de invalidez no contributiva, cuya compatibilidad con el trabajo se regula, en términos bastante amplios, en el art. 147 de la LGSS.

2. ELEMENTOS COMUNES: LA REGLA GENERAL DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN

Si bien, como veremos en los apartados siguientes, la normativa y, sobre todo, los criterios jurisprudenciales llevan a soluciones diferentes a la hora de fijar las fronteras de la compatibilidad entre el trabajo y el cobro de la prestación según se trate de una pensión por incapacidad permanente total o absoluta/gran invalidez, sí es posible poner de relieve algunos elementos comunes a todas ellas, de muy diversa índole. Así, cabe señalar lo siguiente:

² En adelante LGSS.

³ Apartado 1.5. Por su parte, en el apartado 1.6 se señala la necesidad de “promover que los sistemas de protección social, y en especial el de Seguridad Social, no supongan trabas para la activación y por tanto el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, y que al mismo tiempo estimulen, compatibilizándolas en su caso, el tránsito de medidas pasivas a medidas activas”.

a) En primer lugar, cabe destacar, en todos los supuestos, la existencia de una nutrida doctrina jurisprudencial que se caracteriza, a su vez, por tres elementos: 1º) por estar muy condicionada por el no cumplimiento del requisito de contradicción exigible en el marco del recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que hace que las soluciones unificadas sean bastante escasas, especialmente en el caso de la incapacidad permanente total; 2º) por mantener posturas bastante uniformes a lo largo del tiempo, repitiéndose, casi literalmente o literalmente, los mismos argumentos año tras año. No obstante, como veremos, en el caso de las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, una STS de 30 de enero de 2008 dio un giro radical a la tesis mantenida con anterioridad, siguiéndose en la actualidad ese nuevo criterio, y nuevamente de forma uniforme; y, 3º) el que se mantengan posturas bastante uniformes no quiere decir que sean del todo claras o estén carentes de aristas, particularmente en el marco de la pensión por incapacidad permanente total.

b) En segundo lugar, tanto en el supuesto de la incapacidad permanente total como en el de la incapacidad permanente absoluta/gran invalidez se parte, legal, reglamentaria y jurisprudencialmente, de la regla general de la plena compatibilidad entre el trabajo –ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial- y el cobro completo de la correspondiente prestación a cargo del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, esa regla general no impide que existan ciertos límites, vinculados en el caso de la pensión por incapacidad permanente total al necesario desarrollo de una “*profesión distinta*” (antes de la Ley 27/2011) o una “*función distinta*” (después de la Ley 27/2011), o el que se trate de un trabajo no perjudicial o inadecuado para el estado de la persona incapacitada en el supuesto de la incapacidad permanente absoluta/gran invalidez. Límites que, como veremos más adelante, en el primer caso, no están del todo bien definidos y, en el segundo, a nuestro entender, resultan excesivamente permisivos.

Asimismo, cabe destacar que la concreción de esos límites no es exclusivamente legal y reglamentaria sino que en la misma ha jugado un papel muy relevante la jurisprudencia (con un criterio cambiante especialmente, como señalábamos anteriormente, en el marco de la incapacidad permanente absoluta/gran invalidez) y, sin duda, ese papel lo seguirá teniendo en el futuro.

c) En tercer lugar, al partirse de esa regla general de compatibilidad entre el trabajo y la prestación de la Seguridad Social, nos encontramos ante una cuestión en la que interviene no sólo la normativa de Seguridad Social –legal y reglamentaria- sino también las normas laborales, que se centran lógicamente en la perspectiva laboral, es decir, en concretar qué efectos tiene sobre la relación laboral una declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (la suspensión o extinción de la correspondiente relación laboral), y

si existe la posibilidad de continuar prestando servicios en la misma empresa o en otra distinta y, en su caso, en qué condiciones. En este ámbito, cabe citar lo dispuesto en los arts. 48.2 y 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores⁴ y en el art. 24.3 y 4 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la Seguridad Social.

A lo que cabe añadir que dentro de esta perspectiva laboral también se incluyen las posibles cláusulas de recolocación recogidas en la negociación colectiva, así como lo previsto en los arts. 24.1 y 25.1 de la Ley de infracciones y sanciones del orden social⁵, destinados a sancionar el no comunicar al INSS el desarrollo de una actividad laboral así como el desempeño de una actividad incompatible con la percepción de una prestación por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Y, en fin, en torno a esta perspectiva laboral también cabe destacar que si bien la misma se ha regulado, de mejor o peor forma, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, la atención prestada por la normativa reguladora del trabajo autónomo –el Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007- es nula, lo que resulta totalmente discutible, limitándose el citado Estatuto a manifestar, en su art. 27, que la elaboración de la política de fomento del trabajo autónomo prestará especial atención a los colectivos de personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente. De este modo, en el marco del trabajo autónomo esta cuestión sólo está presente en el plano de la Seguridad Social, plasmada en el art. 82 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, donde se afirma que la pensión por incapacidad permanente de dicho régimen es compatible con el ejercicio de aquellas actividades y trabajos, sean o no lucrativos, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

d) Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, no cabe olvidar que, en los supuestos en que se admite la compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente, son varios los sujetos implicados, que se encuentran en posiciones diferentes pero claramente interrelacionadas entre sí. Así, con el pensionista por incapacidad permanente interactúa, sin duda y a lo largo del tiempo, el INSS, pero también se ve implicada la empresa para la que aquél prestaba servicios anteriormente o bien la nueva empresa para la que inicia una nueva actividad laboral. A nuestro entender, esa interrelación entre los diversos

⁴ En adelante ET.

⁵ En adelante LISOS.

sujetos intervinientes no está suficientemente bien regulada por la normativa vigente, requiriéndose de una mayor concreción y actualización de algunos aspectos.

e) En quinto lugar, no podemos ignorar que esa regla general de compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y el trabajo se identifica en el fondo con la propia lógica que caracteriza la regulación de la incapacidad permanente contributiva en la LGSS, por cuanto, como sabemos, para aquélla, la incapacidad permanente se determina exclusivamente en función de la capacidad laboral, no bastando la existencia de una incapacidad sino que ésta debe afectar, y, además, en un determinado grado, a la concreta capacidad laboral del beneficiario. Así se deriva del propio art. 136.1 de la LGSS cuando define precisamente la incapacidad permanente como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas “que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

Y, f) finalmente, cabe preguntarse, como elemento común, si el modelo actual de compatibilidad entre el trabajo y el cobro de la pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, regulado conjuntamente en el art. 141 de la LGSS, resulta adecuado. A nuestro entender, tal y como veremos en apartados posteriores, dicho modelo presenta actualmente algunas disfunciones que deberían solventarse, tomando como base dos premisas: 1^a) la necesidad de fomentar, facilitar y garantizar el acceso de este colectivo al empleo y su mantenimiento en el mismo, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 35 de la Constitución; y, 2^a) mantener un necesario equilibrio entre el cobro de una pensión pública y la percepción de ingresos privados derivados del desempeño de un trabajo, sin que se puedan producir situaciones de sobreprotección, tal y como ocurre en estos momentos en el marco de la pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez como consecuencia del criterio implantado a partir de la, ya citada, STS de 30 de enero de 2008.

3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

3.1. Los fundamentos de la compatibilidad

En este ámbito, como ya hemos señalado, se parte de la regla general de la plena compatibilidad entre el trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo parcial o a tiempo completo, y la percepción de la pensión a cargo del sistema de Seguridad Social. Regla cuyos fundamentos, a nivel legal,

reglamentario y jurisprudencial⁶, en el caso concreto de la incapacidad permanente total, son los siguientes:

1º) El propio art. 141.1 de la LGSS que, tras la nueva redacción dada por la Ley 27/2011, declara, con total claridad, al menos en este aspecto, que en el caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia es 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 aquéllas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

2º) No podemos olvidar que, si bien se cobra una pensión de carácter vitalicio, ésta alcanza sólo el 55 por 100 de la correspondiente base reguladora, no el 100 por 100 y, por tanto, ya se parte inicialmente de la idea de que el pensionista por incapacidad permanente total tendrá que buscar, al menos en determinados casos⁷, ingresos adicionales a la pensión que percibe de la Seguridad Social. Ingresos adicionales que, como veremos en un apartado posterior, cotizarán a la Seguridad Social y se tendrán en cuenta a los efectos de prestaciones futuras de la Seguridad Social.

3º) En el caso de la incapacidad permanente total cualificada se regula el pago de un complemento de la pensión del 20 por 100, ligado precisamente al hecho de que el pensionista no trabaja, suspendiéndose dicho complemento, en consecuencia, cuando sí lo hace (arts. 141.1 párrafo 2º y 139.2. párrafo 2º de la LGSS). Con ello se está reconociendo, de forma indirecta, la compatibilidad entre el trabajo y la pensión.

4º) El art. 143.2 párrafo 2º⁸ de la LGSS se refiere a que si el pensionista por incapacidad permanente total está ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS, podrá, de oficio o a instancia del propio pensionista, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo

⁶ También cabría citar, como fundamento constitucional, lo dispuesto en los arts. 35 y 49 de la Constitución. No obstante, hemos preferido limitarnos al marco legal y jurisprudencial. Sobre esta cuestión, Moliner Tamborero, G., "Compatibilidad entre...", ob.cit. págs. 3-4; y Fernández-Lomana García, M., "Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Actualidad Laboral*, nº 2/2013, pág. 184 y ss.

⁷ Sobre la influencia que puede tener la percepción de una pensión por incapacidad permanente en la búsqueda de un nuevo empleo, vid Malo, M.A., Cueto, B. y Rodríguez, V., "Compatibilidad entre pensiones contributivas por incapacidad y empleo: el caso español", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 29, núm. 1 (2011), pág. 125 y ss., donde se concluye que si se quiere favorecer la compatibilización de prestación por incapacidad y empleo se debe incidir en aspectos de carrera laboral, no en el importe de la prestación, el cual no parece tener un efecto desincentivador en la permanencia en el mercado de trabajo una vez reconocida una incapacidad permanente (pág. 146).

⁸ Precepto cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la STC 205/2011, de 15 de diciembre.

señalado en la correspondiente resolución. Se asume, pues, también a los efectos de la posible revisión, el eventual desarrollo por el pensionista de una actividad laboral o profesional.

5º) En algunos ámbitos profesionales se ha regulado de forma específica las condiciones en que se desarrolla esa compatibilidad entre el trabajo y la pensión: es el caso de la conocida como situación de segunda actividad, presente en el ámbito de la policía y de los bomberos y que ha dado lugar a una cierta jurisprudencia.

6º) El art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 –precepto que se mantiene tras la vigencia del RD de 21 de julio de 1995– señala expresamente que la pensión por incapacidad permanente total es compatible con la percepción de un salario, en la misma empresa o en otra distinta.

7º) El art. 2.1 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, establece que el pensionista por incapacidad permanente total que simultanee su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, deberá comunicarlo al INSS. De tales términos, se deriva, sin duda, la idea de la compatibilidad.

Y, 8º) en fin, esa compatibilidad ha sido corroborada, sin problemas y plenamente, por el propio Tribunal Supremo desde hace bastantes años, señalándose al respecto que⁹:

a) El legislador pudo haber estimado que, puesto que se reconocía al pensionista por incapacidad permanente total una prestación vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo, ha optado por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto, si bien sólo en los términos previstos reglamentariamente.

b) Ese desarrollo reglamentario, aunque insuficiente, se relaciona con el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, inequívocamente expresivo de la compatibilidad del cobro de la pensión con la percepción de una retribución por un trabajo distinto, aunque se desarrolle en la misma empresa. Más aún este precepto, con el objetivo de fomentar el empleo de este colectivo, autoriza a la empresa a que pueda reducir al pensionista el salario hasta un determinado importe (no más del 50 por 100 de la cuantía de la pensión), si bien sólo en los supuestos en que la reducción de su capacidad laboral incida en el nuevo puesto de trabajo a desempeñar y contando con su plena conformidad, lo que significa

⁹ Entre otras: SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 28 de julio de 2003 (RJ 7258), 2 de marzo de 2004 (RJ 2430), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 29 de octubre de 2004 (RJ 7612), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829), 12 de enero de 2007 (RJ 1002), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478).

que un pensionista por incapacidad permanente total puede emplearse incluso en un trabajo para el que tenga afectada su capacidad laboral, siempre que se trate de una tarea distinta.

Y, c) como consecuencia de todo ello, en opinión del Tribunal Supremo, nuestro ordenamiento jurídico no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad permanente total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquélla para la que se ha sido declarado incapaz.

Sin embargo, esa compatibilidad entre la percepción de la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo por cuenta propia o ajena plantea dos interrogantes importantes: ¿dónde se puede seguir trabajando?, y, sobre todo, ¿qué tipo de funciones se pueden seguir desarrollando? Este último interrogante ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia, tal y como veremos más adelante.

3.2. El trabajo en la misma o distinta empresa

En relación con esta primera cuestión cabe destacar que el propio art. 141.1 de la LGSS prevé que el pensionista puede seguir trabajando en la “misma empresa u otra distinta”. Y en el mismo sentido se manifiesta el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969.

A tales efectos, no podemos olvidar que, tal y como señala el art. 49.1.e) del ET, una de las causas de extinción del contrato de trabajo es la declaración de incapacidad permanente total, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 del propio ET; donde se prevé que, 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, subsiste 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 declaró la incapacidad permanente. Esta causa de suspensión presenta evidentes problemas aplicativos, resueltos, con mejor o peor fortuna, por nuestros Tribunales.

Por tanto, con el límite de lo previsto en el art. 48.2 del ET, una empresa puede (no debe), legítimamente, dar por extinguido el contrato de trabajo de un pensionista por incapacidad permanente total, pero también puede no hacerlo, tanto porque así lo decide como porque así se lo exige el correspondiente compromiso de recolocación recogido en el convenio colectivo aplicable (compromisos de recolocación o sobre capacidad disminuida –terminología utilizada convencionalmente- que son más comunes en el sector público que en el sector privado), debiéndose cumplir, lógicamente, lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰, particularmente en su art. 25. De darse esta

¹⁰ En adelante LPRL.

situación, el pensionista por incapacidad permanente total continuaría prestando sus servicios en la misma empresa, aunque desarrollando necesariamente, como veremos posteriormente, funciones distintas, ya que, de no ser así, se incurriría en un fraude. Y, lógicamente, la remuneración percibida en ese nuevo puesto de trabajo cotizará a la Seguridad Social, resultará compatible con la pensión vitalicia y esa cotización se tendrá en cuenta, como señalábamos anteriormente, a los efectos de poder acceder a prestaciones futuras a cargo del sistema de Seguridad Social (incluida una nueva pensión por incapacidad permanente o una pensión de jubilación).

Finalmente, respecto al trabajo en la misma empresa anterior, cabe recordar que el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 establece que cuando, desarrollando funciones distintas, la incapacidad afecta a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, el pensionista puede acordar con el empresario que su salario se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión. Esta medida requiere algunos comentarios:

a) Se trata de una posibilidad no de una obligación y, por tanto, aun existiendo una reducción de la capacidad laboral puede no recurrirse a lo establecido en este precepto.

b) La aplicación de esta medida exige una efectiva reducción de la capacidad laboral exigida, con carácter general, en el nuevo puesto de trabajo en el que se ubica al pensionista. Obviamente, esa reducción de la capacidad ha de poder ser probada, a lo que se añade la dificultad, al menos en ciertos puestos de trabajo, de determinar cuál es la capacidad general exigida para su desempeño, lo que requiere de una cierta prudencia y total objetividad en la aplicación de esta figura. Aplicación que estará sujeta al posible control por parte de la Inspección de trabajo y seguridad social.

c) Dado que se va a producir una reducción del salario, es necesaria la libre y plena conformidad del pensionista. Asimismo, será necesaria una novación contractual, por cuanto se va a pasar a desarrollar funciones que no pueden estar incluidas en el mismo grupo profesional.

d) Esta medida implica, tal y como ya hemos señalado y han reconocido los Tribunales¹¹, que un trabajador declarado incapacitado permanente total

¹¹ Entre otras, SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 28 de julio de 2003 (RJ 7258), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829), 12 de enero de 2007 (RJ 1002), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478); y SSTSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005 (AS 1040) y del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

puede emplearse incluso en trabajos para los que tiene afectada su capacidad laboral, siempre que desempeñe funciones distintas a las anteriores y no se ponga en riesgo su seguridad y salud laborales, conforme a lo previsto en la LPRL, y especialmente en su art. 25.

e) Como hemos visto, se puede reducir la remuneración en proporción a la menor capacidad laboral, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión que se recibe. Este mecanismo resulta curioso por varios motivos: 1) el pensionista puede estar desarrollando un trabajo a tiempo completo y percibir un salario bastante inferior al previsto con carácter general; 2) nuevamente, se plantea el problema de cómo calibrar de forma adecuada la reducción salarial en función de la minoración real de la capacidad laboral (como en todo lo relacionado con esta medida, resultarán elementos de decisión los informes médicos, la evaluación del puesto...); 3) el parámetro para delimitar el máximo de la reducción aplicable es el importe de la pensión que se percibe, con el límite del 50 por 100 y, cabe entender, con el límite también del salario mínimo interprofesional. Respecto a la utilización del parámetro del importe de la pensión, resulta discutible ya que aquél viene determinado por lo previamente cotizado o por la remuneración anterior del pensionista y nada tiene que ver con el desempeño del nuevo trabajo, provocando, además, efectos más gravosos cuanto mayor es el importe de la pensión que se cobra; y, 4) si se reduce la remuneración, también lo hará la correspondiente cotización con los consiguientes efectos negativos que ello tendrá en las pensiones futuras.

Y, f) en fin, se trata de una medida que ha sido criticada por la doctrina, afirmándose que no recoge una declaración de incompatibilidad, sino un incentivo para el trabajo del incapacitado, dentro de un sistema muy discutible en el que la pensión se convierte en un elemento para justificar la reducción salarial, que no se aplica al incapacitado no pensionista, con lo que la regla no puede verse sólo como un ajuste entre rendimiento del trabajo y retribución¹².

En definitiva, aun cuando la medida prevista en el analizado art. 24.3 pretende fomentar que el pensionista siga trabajando y, a poder ser, en la misma empresa, su aplicación debe ser objeto de una especial atención con el objetivo de evitar posibles abusos.

Respecto al desarrollo de un trabajo compatible en una empresa distinta de aquélla en la que se trabajaba en el momento de ser declarado incapacitado permanente total, no existen límites ni condicionantes legales o jurisprudenciales, salvo, obviamente, el necesario desarrollo de funciones distintas a aqué-

¹² Desdentado Bonete, A., "Incapacidad permanente y trabajo", Diario La Ley, nº 7121, febrero 2009, pág. 2 (formato electrónico).

llas que determinaron dicha declaración y la aplicación de los límites derivados de la normativa de prevención de riesgos laborales. A lo que cabe añadir que, también en este caso, resulta aplicable la posible rebaja salarial contenida en el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969.

Por otra parte, como elementos comunes a las dos alternativas analizadas, cabe apuntar que:

1) Esa posibilidad de volver a trabajar en la misma o distinta empresa ha sido citada, sin problemas, por los propios Tribunales¹³; y,

2) de iniciarse una nueva actividad laboral compatible, el pensionista debe comunicarlo al INSS, antes de comenzarla, conforme a lo previsto en el art. 2.1 del RD 1071/1984. Esta obligación no corresponde a la empresa sino, exclusivamente, al pensionista. Esa comunicación comportará el alta y la cotización en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, con las correspondientes consecuencias, tal y como ya hemos señalado, a los efectos de prestaciones futuras. Asimismo, en el supuesto de la pensión por incapacidad permanente total cualificada esa comunicación dará lugar a la suspensión del complemento del 20 por 100 de la pensión que se venía percibiendo.

El incumplimiento de esta obligación de comunicación constituye sólo una infracción leve, según lo establecido en el art. 24.1 de la LISOS, que considera como tal el incumplimiento de los deberes de carácter informativo por parte de los beneficiarios de prestaciones del sistema de Seguridad Social. La sanción se concreta en la pérdida de la pensión durante un mes¹⁴. Si se trata de un pensionista por incapacidad permanente total cualificada y desarrolla una actividad compatible con su situación y no lo ha comunicado al INSS, con la consiguiente suspensión del complemento del 20 por 100, su conducta comportará, además, de la sanción ya citada, la devolución del complemento percibido indebidamente.

Finalmente, al margen de que, por su ubicación sistemática en el marco de la regulación del régimen general de la Seguridad Social, el art. 141.1 de la LGSS se limite a referirse al trabajo del pensionista en la misma o en distinta empresa, es evidente que aquél también podría realizar un trabajo por cuenta propia que le resulte compatible. Lógicamente, en este supuesto el pensionista también deberá comunicar el inicio de su actividad profesional al INSS, solicitar el alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social y cotizar,

¹³ Admiten esa posibilidad, entre otras, las SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 28 de julio de 2003 (RJ 7258), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829) y 12 de enero de 2007 (RJ 1002); y SSTSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005 (AS 1040) y del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

¹⁴ Art. 47.1.a) de la LISOS. Esta solución se contempla en la STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

teniéndose en cuenta, a efectos futuros, dichas cotizaciones. El incumplimiento de esa obligación de comunicación tendrá el efecto apuntado anteriormente.

Cabe tener presente, no obstante, que si bien, tal y como hemos visto, la falta de comunicación del inicio de la actividad al INSS podría dar lugar a una sanción, los Tribunales han aclarado que tal hecho no tiene ninguna repercusión en relación con el cobro de la pensión por incapacidad permanente total, considerándose cuestiones totalmente distintas¹⁵.

Por último, cabe destacar la especialidad que, en el sector público, comporta la regulación de las situaciones de segunda actividad¹⁶ (bomberos, policía...) que permiten a un pensionista por incapacidad permanente total continuar prestando su actividad laboral incluso en el mismo servicio en el que estaba destinado con anterioridad, pero desempeñando funciones distintas.

3.3. La compleja delimitación del trabajo que resulta compatible: La posición jurisprudencial y las consecuencias de la nueva redacción del art. 141.1 de la LGSS tras la Ley 27/2011

En relación con el segundo interrogante planteado páginas atrás, es decir, qué tipo de funciones puede desarrollar un pensionista por incapacidad permanente total que puedan considerarse compatibles con el cobro de su pensión, el problema –de una importante magnitud y que no está resuelto tras la reforma incorporada en el art. 141.1 de la LGSS por la Ley 27/2011–, deriva de la presencia en este ámbito de conceptos, no sólo ajenos a la normativa de Seguridad Social, sino también difusos, incluso en el marco laboral, como son el de la “*profesión distinta a la habitual*”, aplicable antes de la citada reforma de la Ley 27/2011, o “*funciones distintas*” tras ésta. En este punto, dado que existe una amplia jurisprudencia elaborada en torno a esta cuestión que quizás podría servir todavía como guía en el presente, vamos a diferenciar dos períodos temporales, tomando precisamente como frontera la reforma legal antes mencionada.

No obstante, y como elemento común a ambas etapas, cabe recordar que, a los efectos de la definición del grado de incapacidad permanente total, sigue todavía vigente la redacción del art. 137.4 de la LGSS anterior a la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (disposición transitoria 5ª bis de la LGSS) y, por consiguiente, se entiende por tal la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Y es precisamente aquí donde surgen los problemas.

¹⁵ STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

¹⁶ Al respecto, Fernández-Lomana García, M., “Compatibilidad...”, ob.cit. pág. 190 y ss.

3.3.1. *Los trabajos compatibles antes de la reforma incorporada en el art. 141.1 de la LGSS por la Ley 27/2011*

Cabe recordar que, conforme a la redacción del art. 141.1 de la LGSS anterior a la Ley 27/2011 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2012), la pensión vitalicia por incapacidad permanente total era "...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", considerándose judicialmente, teniendo en cuenta lo señalado en el, ya citado, art. 137.4 de la LGSS, que esa compatibilidad existía cuando el pensionista pasaba a desarrollar una profesión distinta. Pero ello, daba pie a dos dudas: ¿qué cabía entender por "profesión distinta"?, y, para admitir la plena compatibilidad ¿era suficiente que se tratase de una profesión diferente o debía valorarse, además, si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para la declaración de incapacidad permanente total inhabilitaban al trabajador para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión? Ambas cuestiones han sido tratadas por los Tribunales en los últimos años.

En relación con la primera cuestión, más compleja, es posible realizar las siguientes consideraciones:

1^a) La doctrina unificada del Tribunal Supremo es bastante escasa, ante la dificultad, como señalábamos páginas atrás, de cumplir los rigurosos requisitos de necesaria contradicción exigibles para poder acceder a la unificación de doctrina en esta cuestión, que bien recuerdan algunas sentencias¹⁷. A lo que cabe añadir que, en otras sentencias, en las que sí existe contradicción y, por tanto, el Tribunal Supremo se pronuncia, no lo hace sobre lo que cabe interpretar por profesión distinta ya que parte de que son profesiones distintas, pero sin necesidad de justificarlo.

2^a) Aunque resulta obvio, los Tribunales se han visto en la obligación de recordar que quien percibe una pensión derivada de una incapacidad permanente total para su profesión habitual no puede cobrar un salario por realizar esa misma profesión, al ser aquella sustitutoria de éste¹⁸ (estamos ante una renta de sustitución), y constituir dicha situación un fraude. Por tanto, como señalaba la STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005¹⁹, la "... pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual, sólo resulta incompatible con la dedicación a trabajos que coincidan con todas o las fundamentales tareas de aquella profesión para la que se le declaró la incapacidad...".

¹⁷ ATS de 9 de septiembre de 2004 (Jur 296951).

¹⁸ Así, entre otras, STS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2430) o STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2000 (AS 1692).

¹⁹ AS 1040.

3ª) De los casos en los que los Tribunales se han pronunciado sobre lo que cabía entender por profesión habitual y, por contraposición, por profesión distinta a la habitual, antes de la Ley 27/2011, es posible extraer las siguientes conclusiones:

a) Existía un pleno consenso en que la profesión habitual no era un concreto puesto de trabajo o categoría profesional²⁰.

b) Se produjo una cierta evolución judicial, pasando de considerar como profesión habitual la correspondiente al grupo profesional formal –definido en el art. 22.2 del ET en términos amplios- donde el empresario podía ejercer la movilidad funcional prevista en el art. 39.1 del ET²¹, a defender que, si bien el marco de referencia era el del ejercicio empresarial de la citada movilidad funcional ordinaria, no siempre aquél se identificaba con el grupo profesional formal recogido en el convenio colectivo o acuerdo, por cuanto era plenamente posible que un mismo grupo profesional incluyese diversas profesiones. Este segundo criterio, que es el último en el tiempo y el más acertado, a nuestro entender, fue defendido a partir de la STS de 28 de febrero de 2005²², donde se afirmaba que: “... estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quién no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente a la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria. Tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo...”²³.

En el mismo sentido, en la STS de 10 de octubre de 2011²⁴ se manifestaba que la profesión habitual no se definía 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 refería el tipo de

²⁰ SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 2 de marzo de 2004 (RJ 2430), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 28 de febrero de 2005 (RJ 5296), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 17 de mayo de 2006 (RJ 2403), 12 de enero de 2007 (RJ 1002) y 10 de octubre de 2011 (RJ 7269); ATS de 25 de enero de 2006 (Jur 125180); y SSTSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2000 (AS 1692), 15 de marzo de 2005 (AS 1040) y del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

²¹ Por ejemplo, SSTSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2000 (AS 1692) y 15 de marzo de 2005 (AS 1040) y ATS de 8 de junio de 2006 (Jur 201911).

²² RJ 5296.

²³ Cabe tener presente que el supuesto de hecho de esta sentencia es una reclamación en el sector de la industria Química y en relación con un grupo profesional que incluía tareas tan diversas como la albañilería, carpintería, archivo, electricidad, conductores o grabación.

²⁴ RJ 7269.

trabajo que se realizaba o podía realizarse dentro de la movilidad funcional ordinaria.

Y, c) respecto de determinados colectivos profesionales – bomberos, policías locales- se concluyó que las decisiones que, sobre la capacidad suficiente para el desempeño de la profesión habitual, pudiera tomar la correspondiente Administración Pública no tenían repercusión en el marco de la Seguridad Social y, en consecuencia, no vinculaban a los correspondientes órganos de calificación. En otras palabras, la decisión de una Administración Pública autonómica de declarar a un bombero en la situación de segunda actividad no condicionaba, en ningún sentido, la actuación del INSS²⁵. A lo que cabe añadir, no obstante, que, a pesar de ello, el Tribunal Supremo ratificó la compatibilidad entre el cobro de la pensión por incapacidad permanente total y el desarrollo de tareas administrativas en el mismo entorno de trabajo, al considerar que se debía tener en cuenta el conjunto de actividades que integran la profesión habitual²⁶.

En fin, el seguimiento de los criterios expuestos llevó a los Tribunales, por ejemplo, a no admitir la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo en situaciones como las siguientes: trabajador declarado incapacitado para la profesión de chapista que realiza pequeñas reparaciones en un taller de pintura²⁷, trabajador incapacitado para la profesión de oficial primera albañil que pasa a desempeñar las funciones de ayudante de albañil²⁸, neurocirujano que desarrolla las funciones de ayudante de neurocirujano²⁹, o cirujano que pasa a realizar funciones de médico de familia³⁰. Por el contrario, declararon la plena compatibilidad en supuestos tan variados como los siguientes: la profesión de redero y el desempeño de tareas administrativas y de conducción de grúa³¹, la profesión de peón especialista siderometalúrgico y el desarrollo de tareas como oficial de segunda encofrador³², oficial de segunda conductor de vehículos y oficial de 1ª realizando tareas administrativas³³, albañil que desarrolla funciones de azulejista³⁴, o, en fin, secretaria de un Ayuntamiento que desempeña la labor de asesora personal del Alcalde³⁵.

²⁵ STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 7269).

²⁶ Por todas, STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 7269).

²⁷ STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2000 (AS 1692).

²⁸ ATS de 25 de enero de 2006 (Jur 125180).

²⁹ ATS de 8 de junio de 2006 (Jur 201911).

³⁰ STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005 (AS 1040).

³¹ STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

³² STS de 19 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746).

³³ STS de 19 de abril de 2005 (RJ 4535).

³⁴ STS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2430).

³⁵ STS de 12 de enero de 2007 (RJ 1002).

Y en relación con la segunda duda planteada anteriormente, es decir, sobre si para admitir la plena compatibilidad entre la pensión y el nuevo trabajo era suficiente que se tratase de una profesión diferente o debía valorarse, además, si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para la declaración de incapacidad permanente también inhabilitaban al trabajador para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión, los Tribunales defendían una posición casi totalmente unánime, entendiendo que ese nuevo análisis no era admisible, bastando simplemente con que se tratase de una profesión distinta. Para ello se fundamentaban en que:

1) Otra opción no era posible, al carecer de soporte normativo y resultar contraria a lo dispuesto en el propio art. 141.1 de la LGSS y en el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969³⁶.

2) La pensión por incapacidad permanente total tiene un carácter eminentemente profesional, vinculándose 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. Dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de incapacidad permanente total para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones, implicaría crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa³⁷.

3) Los únicos grados de incapacidad permanente que exigen un examen completo de toda la capacidad funcional y laboral de una persona son la absoluta y la gran invalidez; el resto –parcial y total- exigen el análisis de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión. A lo que no autoriza la Ley es a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que pudiera ejercitar en el futuro una persona, sino es con fines revisorios. La declaración de incapacidad es para una concreta profesión que, en consecuencia, no cabe extender en sus efectos jurídicos a otras, en modo alguno analizadas a la hora de realizar esa calificación³⁸.

³⁶ SSTS de 19 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478); y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

³⁷ SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 28 de julio de 2003 (RJ 7258), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 17 de mayo de 2006 (RJ 2403), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478); y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

³⁸ SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 17 de mayo de 2006 (RJ 2403) y 12 de enero de 2007 (RJ 1002); y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

Y, 4) el legislador pudo haber estimado que, puesto que se reconocía una pensión vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo, optó, como hemos visto, por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente al desempeño de un trabajo distinto, si bien que sólo en los términos establecidos reglamentariamente. Términos que son los recogidos en el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, inequívocamente expresivos de la compatibilidad del cobro de la pensión con la percepción de una retribución por un trabajo distinto, aunque sea en la misma empresa³⁹.

Y admitido que se trata de una profesión distinta y tareas diversas a aquélla para la que una persona fue declarada en situación de incapacidad permanente total, resulta innecesario analizar si las secuelas tenidas en cuenta para esa declaración también la inhabilitan para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión, pues aunque ello ocurriese, estaríamos ante un supuesto de afectación de la capacidad que permitiría, conforme al citado art. 24.3 y tal y como hemos visto, al empresario y pensionista reducir la retribución de los servicios prestados, pero nunca les obligaría a hacerlo y, desde luego, carece de incidencia en el derecho del trabajador a cobrar la pensión que percibe por su imposibilidad de realizar las tareas básicas de una profesión distinta a la nueva que desarrolla⁴⁰.

Por tanto, para los Tribunales, antes de la Ley 27/2011, si se trataba de una profesión distinta no era admisible una nueva evaluación de las secuelas en relación con aquélla, y la única consecuencia posible, si efectivamente se constataba una reducción de la capacidad laboral en esa nueva profesión, era aplicar, previo acuerdo entre el empresario y el pensionista, la reducción salarial proporcional prevista en el mencionado art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969. Por tanto, ante el desempeño de una profesión distinta el pensionista o bien percibía su pensión de incapacidad permanente en su totalidad más el salario de esa nueva profesión también en su totalidad, o bien la pensión completa y el salario correspondiente a esa nueva profesión reducido proporcionalmente a la minoración comprobada de su capacidad laboral, con el límite siempre del 50 por 100 de la pensión que venía percibiendo y del salario

³⁹ SSTs de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 28 de julio de 2003 (RJ 7258), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829), 12 de enero de 2007 (RJ 1002), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478); y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

⁴⁰ SSTs de 28 de enero de 2002 (RJ 3761), 28 de julio de 2003 (RJ 7258), 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 29 de octubre de 2004 (RJ 7612), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535) y 12 de enero de 2007 (RJ 1002); y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

mínimo interprofesional. Se admitía sin problemas, pues, que tratándose de una nueva profesión, el pensionista desarrollase una actividad para la que su capacidad laboral se encontraba reducida.

En la misma línea, alguna sentencia, si bien corroboraba el derecho a mantener el cobro de la pensión por incapacidad permanente total, daba un paso más allá, planteando, como cuestión distinta, la posible aplicación, como vimos páginas atrás, de las normas sobre prevención de riesgos laborales, que podrían dar lugar a declarar la ineptitud psíco-física para el desempeño de esa nueva profesión⁴¹. Por tanto, siguiendo con la argumentación antes realizada, para el Tribunal Supremo, tratándose de una nueva profesión, si el pensionista tenía su capacidad laboral reducida, ello no afectaba –ni podía ser causa de suspensión– al cobro de la pensión pero sí podía verse impedido su desarrollo como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la LPRL.

Desde esta perspectiva de prevención de riesgos laborales cabe citar también algún pronunciamiento judicial⁴² que, admitiendo que se trataba de profesiones distintas, declaró la incompatibilidad por cuanto el trabajador seguía expuesto al mismo agente que le había provocado la enfermedad profesional causante de la pensión.

Y, en fin, en alguna sentencia, manteniendo nuevamente el derecho a seguir percibiendo la pensión, se recordaba que si bien no existía incompatibilidad legal respecto a los trabajos de otras profesiones que pudieran estar impedidas por las lesiones consideradas al declarar la incapacidad, ello sí podría poner de manifiesto algún dato sobre la procedencia de proceder a la revisión del grado, conforme a lo previsto en el art. 143 de la LGSS⁴³. Sobre el alcance concreto de ese proceso de revisión volveremos más adelante.

Por último, en este ámbito, cabe destacar que, aunque eran muy claramente minoritarias, algunas sentencias del Tribunal Supremo, junto al hecho que el pensionista desarrollase una profesión distinta, valoraban también, de forma adicional, otras cuestiones como el que la nueva profesión implicase un menor esfuerzo⁴⁴, o comportase una mayor flexibilidad horaria y autonomía en la organización de la actividad⁴⁵.

⁴¹ SSTS de 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478); y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

⁴² Auto del TS de 28 de marzo de 2006 (Jur 179623).

⁴³ STS de 20 de marzo de 2006 (RJ 4829).

⁴⁴ STS de 17 de mayo de 2006 (RJ 2403).

⁴⁵ STS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2430) y STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005 (AS 1040).

3.3.2. *Los trabajos compatibles a partir de la reforma del art. 141.1 de la LGSS*

Una vez visto el panorama judicial anterior a la reforma incorporada por la Ley 27/2011 en el art. 141.1 de la LGSS, cabe preguntarse qué novedades esconde la nueva redacción y si los criterios judiciales examinados anteriormente pueden seguir sirviendo de guía. Esta pregunta no resulta fácil de responder. La nueva redacción señala que la pensión será compatible con el salario que pueda percibir el pensionista 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 este ámbito, cabe aventurar las siguientes reflexiones:

1^a) A nuestro entender, la nueva redacción es posible que no afecte a la doctrina judicial, antes vista, según la cual si el pensionista desempeña “funciones distintas” a las anteriores no es posible valorar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para la declaración de incapacidad permanente total también le inhabilitan para la realización de las nuevas funciones, centrándose nuevamente el elemento clave, como antes de la Ley 27/2011, en que se trate de funciones distintas y, por consiguiente, en interpretar qué se entiende precisamente por tales.

2^a) A diferencia de la redacción anterior, ha desaparecido la remisión a lo “que se determine reglamentariamente”, resolviéndose la cuestión en el propio art. 141.1. Aquí surge una duda: ¿esta nueva redacción implica que ha quedado derogado el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969? A nuestro entender, la respuesta es negativa, por un doble motivo: a) el propio Tribunal Supremo venía señalando que el desarrollo reglamentario del antiguo art. 141.1 de la LGSS resultaba insuficiente y que, a falta de ese desarrollo, cabía acudir a lo dispuesto en el citado art. 24.3; y, b) el contenido del art. 24.3 no contraviene lo establecido en el art. 141.1 ya que sigue resultando aplicable a los supuestos en que, tratándose de funciones distintas, el pensionista tiene reducida su capacidad laboral.

3^a) La nueva redacción del art. 141.1 no resulta suficientemente clara y, en consecuencia, a nuestro entender, requerirá nuevamente de una interpretación judicial. Nueva redacción que la doctrina ya ha calificado como de signo restrictivo, afirmándose que, aunque lógica y coherente con el concepto mismo del grado de incapacidad permanente total, parece más una modificación racionalizadora del gasto⁴⁶.

⁴⁶ Olarte Encabo, S., “Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial”, *Aranzadi Social* n° 4/2012, pág. 4 (formato electrónico).

Y, 4ª) la cuestión clave se centra en que la incompatibilidad toma ahora como parámetro de referencia “las funciones que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, lo que implica que la comparación para determinar la posible compatibilidad ya no se efectuará entre profesiones, como antes, sino entre funciones, por lo que si las funciones nuevas son iguales o semejantes a las que dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente total existirá incompatibilidad. En otras palabras, la pensión sólo será ahora compatible con el trabajo cuando las nuevas funciones sean suficientemente distintas de las anteriores⁴⁷, incluyéndose en estas últimas todas las posibles se ejerciesen o no en la práctica por parte del trabajador (ésta es, la interpretación que, a nuestro entender, se deduce de lo señalado en la STS de 10 de octubre de 2011⁴⁸). Estaríamos, pues, ante un criterio más restrictivo que el anterior ya que, tratándose de profesiones distintas pero de funciones semejantes –parcialmente, incluso-, no podría declararse la compatibilidad con el nuevo trabajo, lo que va a imposibilitar que se declaren compatibles situaciones que sí lo eran con la redacción anterior del art. 141.1.

Lógicamente, la interpretación judicial a que antes nos referíamos deberá versar precisamente sobre la delimitación de las fronteras y límites de esta compleja cuestión.

3.3.3. *La imposibilidad de suspender de oficio el pago de la pensión*

Por otra parte, en torno al alcance de la compatibilidad, también surge otra cuestión, de carácter formal o procedimental, consistente en determinar si el INSS tiene la potestad de suspender de oficio el pago de la pensión por incapacidad permanente total cuando considere que el pensionista ha incurrido en una situación de incompatibilidad.

Este interrogante tiene una respuesta unánime por parte de la jurisprudencia: esa suspensión de oficio no es posible, al no tener base legal ni reglamentaria, debiendo acudir el INSS, en todo caso, a un proceso judicial que se tramitará conforme al procedimiento de oficio recogido actualmente en el art. 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴⁹. Conforme a este precepto, el INSS deberá solicitar al Juzgado de lo Social la revisión de la incapacidad permanente declarada, por incompatibilidad con el trabajo en los términos previstos en el art. 141.1 de la LGSS, presentando la correspondiente demanda contra el pensionista.

⁴⁷ Fernández-Lomana García, M., “Compatibilidad...”, ob.cit. pág. 188.

⁴⁸ RJ 7269.

⁴⁹ En adelante LRJS.

A lo que cabe añadir que si bien el art. 143.2 de la LGSS autoriza al INSS a promover de oficio la revisión de sus propias resoluciones sobre reconocimiento de cualquier grado de incapacidad permanente, y sin sujeción a plazo, cuando la revisión se basa en un error de diagnóstico y el beneficiario está realizando algún trabajo por cuenta propia o ajena, y esta revisión puede alcanzarse previos los trámites y procedimiento previstos en el RD 1300/1995, de 21 de julio, de ello tampoco deriva ninguna autorización al INSS para proceder a la suspensión del pago de la pensión por incapacidad permanente total.

En esta línea, en el ATS de 17 de enero de 2007⁵⁰ se manifiesta que: "... la Orden de 18-1-96, que desarrolla el RD 1300/95, y a la que se remite el art. 143.3 LGSS, faculta al INSS para suspender el pago de una pensión de incapacidad permanente cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el art. 141.2 LGSS, el cual se refiere exclusivamente a la invalidez permanente absoluta y gran invalidez, de modo que para la doctrina unificada el INSS no puede acordar de oficio la suspensión de una prestación de incapacidad permanente total..."; añadiéndose a ello en la STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007⁵¹, que tal solución es razonable "... pues dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa; tanto más cuanto que el art. 141.1 de la LGSS prevé con carácter general la compatibilidad de <la pensión vitalicia correspondiente con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta>, lo que reitera, aunque con una perspectiva muy específica el art. 24.3 de la OM de 15 de abril de 1969...".

En definitiva, a falta de previsión normativa que lo autorice, el INSS no puede suspender el abono de la pensión por incapacidad permanente total en el curso de un proceso de revisión de la incapacidad sin perjuicio de las posibilidades de revisión de la misma que tiene atribuidas, ateniéndose a las causas que lo permiten y a los efectos que la propia decisión de revisión tenga, en el caso de que la misma proceda, y sin perjuicio igualmente de la posibilidad de solicitar que se deje sin efecto la pensión por la vía del art. 146 de la LRJS.

3.3.4. Las escasas posibilidades de revisión del grado de incapacidad permanente por el desarrollo de un trabajo

Finalmente, como cuestión añadida a las ya analizadas, cabe preguntarse qué alcance tiene, según los Tribunales, la posibilidad de revisión del grado de

⁵⁰ Jur 102670. También STS de 18 de septiembre de 2007 (RJ 8494) y STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

⁵¹ AS 2008/224.

incapacidad permanente total fundamentada en el desarrollo de un trabajo, conforme a lo previsto en el art. 143.2 párrafo 2º de la LGSS, donde se señala que si un pensionista estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS podrá de oficio promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución. En palabras de la STC 205/2011, de 15 de diciembre, "... 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 constituye, en sí misma, una singularidad susceptible de justificar una previsión legal en orden a establecer una posibilidad de control permanente y no sujeta a plazos, de manera que se garantice en todo momento la adecuación de la pensión reconocida a la capacidad real de trabajar...".

En torno a esta cuestión, el Tribunal Supremo⁵² defiende que no pueden confundirse las causas de revisión y el plazo revisorio. Las causas están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error de diagnóstico, el plazo es solo uno, el que en su caso se hubiera fijado en el acto declarativo de la incapacidad permanente total, aunque deja de operar la obligada vinculación al mismo cuando concurre un error de diagnóstico, se desarrolle un trabajo o existan nuevas dolencias. Por tanto, el trabajo de un pensionista por incapacidad permanente total justifica que el INSS inicie el expediente de revisión, en tanto que es un indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado, pero en forma alguna comporta que el grado de incapacidad permanente reconocido haya de ser dejado sin efecto, ya que esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata una mejoría que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas –la que determinó la declaración de incapacidad permanente total y la existente cuando se lleva a cabo la revisión– y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias y, sobre todo, a que esa variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del pensionista, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación inicial.

En definitiva, si se mantienen sustancialmente las mismas secuelas iniciales, el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena no permite la revisión del grado de incapacidad permanente total por posible mejoría.

Cabe plantearse, por último, si la posibilidad que el INSS pueda iniciar el proceso de revisión de la incapacidad permanente total antes del plazo fijado en

⁵² STS de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010/383).

la resolución, como consecuencia del inicio de una actividad laboral, no puede acabar finalmente desincentivando el desarrollo de una actividad laboral o profesional por parte del pensionista, ante el miedo de que, al margen de la posición jurisprudencial antes expuesta, el INSS inicie la actividad revisoria en cualquier momento. Posibilidad que si bien ha sido avalada, como vimos anteriormente, por la STC 205/2011, parece ir en contra de la lógica de la Estrategia global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008-2012, donde precisamente se recoge la necesidad de promover que el sistema de Seguridad Social no suponga una traba 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 (apartado 1.6).

3.4. Las consecuencias del desarrollo de una actividad laboral incompatible

Por último, en relación con la pensión por incapacidad permanente total cabe poner de manifiesto las consecuencias que tendría el desarrollo de un trabajo incompatible –en los términos antes apuntados– con el cobro de la pensión y, por tanto, fuera del amparo de lo dispuesto en el art. 141.1 de la LGSS.

De darse esta situación, el pensionista podría incurrir en una infracción grave conforme al art. 25.1 de la LISOS, consistente en efectuar trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena durante la percepción de una prestación de la Seguridad Social cuando existe una incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida. En este supuesto, la sanción que se le aplicaría sería la prevista en el art. 47.1.b) de la LISOS, que consiste en la pérdida de la pensión durante un período de 3 meses. Además, se le reclamaría, a través del correspondiente procedimiento, la devolución de lo cobrado indebidamente y, de tratarse de una pensión por incapacidad permanente total cualificada, se incurriría también en el cobro indebido del correspondiente complemento adicional del 20 por 100.

Asimismo, de tratarse de una prestación de servicios por cuenta ajena, a la empresa que la recibiese le sería imputable una infracción grave o muy grave, según lo establecido en los arts. 22.14⁵³ y 23.1.a)⁵⁴ de la LISOS, que

⁵³ “Dar ocupación, habiendo comunicado el alta en la Seguridad Social, a trabajadores, solicitantes o beneficiarios de pensiones u otras prestaciones periódicas de Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena”.

⁵⁴ “Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad”.

comportan, en el primer caso, el pago de una multa de 626 a 6.250⁵⁵ euros y en el segundo, una multa de 10.001 a 187.515⁵⁶ euros.

Cabe tener muy presente, no obstante, que la propia redacción del art. 25.1 de la LISOS dificulta su aplicación en la práctica, al exigir que la incompatibilidad esté prevista legal o reglamentariamente y, como hemos visto, precisamente ocurre lo contrario, al partir la LGSS de la plena compatibilidad entre trabajo y pensión. En todo caso, al margen de considerar conveniente una reforma de lo previsto en dicho precepto, haciéndolo mucho más eficaz, cabe pensar que el citado art. 25.1 sí resultará aplicable cuando el pensionista esté desempeñando las mismas funciones anteriores, coincidentes o semejantes.

4. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O GRAN INVALIDEZ Y EL TRABAJO

4.1. La perspectiva legal

En relación con la compatibilidad entre la declaración de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y el trabajo, de nuevo se parte legalmente de la idea de la compatibilidad, aunque se cobre una pensión vitalicia equivalente al 100 por 100 de la correspondiente base reguladora (en el caso de la incapacidad permanente absoluta), o bien dicha pensión (normalmente) más un complemento (si se trata de una gran invalidez)⁵⁷. En este sentido, en el art. 141.2 de la LGSS⁵⁸ se establece que: “las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de la revisión”. En los mismos términos se manifiesta el art. 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969.

Y, en fin, en la misma línea de la compatibilidad se sitúan el art. 2.1 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, y el art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996⁵⁹.

⁵⁵ Multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros (art. 40.1.b) de la LISOS).

⁵⁶ En su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros (art. 40.1.e).2 de la LISOS).

⁵⁷ Cabe recordar que aunque lo habitual es que el gran inválido sea, a su vez, incapacitado permanente absoluto, también es posible que tenga reconocido otro grado de incapacidad menos severo.

⁵⁸ Precepto que Moliner Tamborero califica de “programático” más que “una norma jurídica que permite llegar a cualquier conclusión...”, en “Compatibilidad entre...”, ob.cit. pág. 4.

⁵⁹ Precepto considerado, no obstante, ultra vires, por el Tribunal Supremo a partir del año 2008, tal y como veremos más adelante.

No obstante, como veremos al examinar la perspectiva jurisprudencial, el elemento clave se encuentra en cómo interpretar la referencia que en el citado art. 141.2 se hace al ejercicio de “actividades... compatibles con el estado del inválido”; ámbito en el que, como ya anunciábamos páginas atrás, el Tribunal Supremo ha dado un giro radical a su doctrina a partir del año 2008.

También en el marco legal, pero desde la vertiente laboral, cabe recordar que en este ámbito también resultan aplicables los arts. 49.1.e) y 48.2 del ET, citados páginas atrás, con los mismos efectos vistos para el caso de la pensión por incapacidad permanente total. A lo que cabe añadir que, como ocurría en el supuesto de la incapacidad permanente total, el pensionista podría continuar trabajando en la misma empresa o bien desarrollar su actividad en otra distinta o por cuenta propia. Cabe tener en cuenta, no obstante, que, respecto de estos grados de incapacidad permanente, no cabe acudir al descuento salarial previsto en el art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969.

Aquí la duda consiste en determinar, como afirmábamos anteriormente, qué tipo de actividades laborales, por cuenta propia o ajena, puede desarrollar el pensionista, por cuanto, conforme a la LGSS, las lesiones o reducciones que padece le impiden desempeñar tanto su profesión habitual como cualquier otra profesión (en el caso del incapacitado permanente absoluto), o bien requiere la ayuda de otra persona para el desarrollo de las tareas más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse u otras análogas (en el supuesto de la gran invalidez). En la resolución de esta importante duda, pero con un criterio cambiante, se ha centrado la labor de los Tribunales en los últimos años.

4.2. La posición de los Tribunales

En una primera aproximación a la regulación legal y reglamentaria podríamos pensar que, dada la propia cobertura económica que ofrece al pensionista la prestación vitalicia a cargo del sistema de Seguridad Social (un 100 por 100 de la base reguladora <incapacidad permanente absoluta> o un 100 por 100 de la base reguladora más un complemento <gran invalidez>), las actividades laborales o profesionales que aquél pudiera desarrollar deberían tener un carácter marginal o residual, desde una perspectiva temporal y/o económica.

En definitiva, no se negaría el posible desarrollo de tales actividades –que tendrían, sin duda, un efecto beneficioso y fundamento en los arts. 35 y 49 de la Constitución-, pero se interpretaría que aquéllas deberían poseer un carácter muy limitado. Pudiéndose considerar, incluso, que de permitirse una actividad profesional o laboral sin condicionantes se entraría en contradicción con la propia definición legal de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez.

Pues bien, esta posición restrictiva es la que los Tribunales han defendido durante bastantes años, señalándose en tal sentido que las actividades y la

aptitud para desarrollarlas no podían comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualesquiera que fueran, ya que a todos afectaría el grado de incapacidad permanente absoluta⁶⁰, que las funciones que se podían desarrollar debían de ser de carácter adjetivo o marginal⁶¹, o que la percepción de la pensión sólo era compatible con el ejercicio de determinadas actividades ciertamente marginales, que no entrañasen el ejercicio de una profesión u oficio, pues no debían manifestar un cambio en la capacidad de trabajo⁶². O, en fin, en la misma línea también se afirmaba que sólo eran posibles los trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve porque otra interpretación rompería de manera frontal con todo el sistema y conduciría al absurdo⁶³; o que los únicos trabajos compatibles son los de carácter marginal y de poca importancia que no requiriesen darse de alta ni cotizar a la Seguridad Social, es decir, los residuales mínimos y limitados y en manera alguna, los que constituyesen la propia profesión u oficio con pleno desenvolvimiento⁶⁴.

Sin embargo, esa tesis judicial varió totalmente a partir de la STS de 30 de enero de 2008⁶⁵, pasándose precisamente a defender la solución contraria, esto es, una interpretación muy amplia y favorable de las actividades laborales o profesionales compatibles con la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Los argumentos en que se fundamenta esta nueva posición del Tribunal Supremo, seguida en sentencias posteriores, son los siguientes:

1º) La delimitación de las actividades compatibles en este ámbito se enfrenta a dos preceptos –arts. 137 y 141.2 de la LGSS– que literalmente se muestran de difícil conciliación entre sí. En efecto, la definición legal todavía vigente define la incapacidad permanente absoluta como la referida a toda profesión u oficio, de lo que se deriva que la actividad compatible con la pensión por fuerza habría de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que resta al pensionista (tradicionalmente denominada resi-

⁶⁰ SSTS de 19 de diciembre de 1988 (RJ 9864) y 26 de diciembre de 1988 (RJ 9915).

⁶¹ STS de 7 de julio de 1986 (RJ 3967).

⁶² STS de 26 de enero de 1989 (RJ 302).

⁶³ STS de 20 de diciembre de 1985 (RJ 6166).

⁶⁴ STS de 13 de mayo de 1986 (RJ 2546), que añade que: “... lo contrario, llevaría al absurdo –y toda interpretación que a ello conduzca debe ser rechazada– de que una misma situación fuera a su vez capacidad laboral completa y normal y de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo...”.

⁶⁵ RJ 1984. Aunque se puede citar algún antecedente como la STS de 6 de marzo de 1989 (RJ 1794). Sobre la evolución del criterio jurisprudencial, Fernández-Lomana García, M., “Compatibilidad...”, ob.cit. pág. 192 y ss. Vid también Moreno De Vega y Y Lomo, F., “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?” *Aranzadi Social*, nº 4/2013 (BIB 2013/1512), pág. 1 y ss.

dual) y que –por la propia definición de la incapacidad permanente absoluta-, no integre cualquier profesión u oficio, pero, muy contrariamente los amplios términos del art. 141.2 invitan a considerar que el maximalismo de la definición de la incapacidad permanente absoluta se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo⁶⁶.

2º) Es cierto que se ha defendido por el Tribunal Supremo que los trabajos compatibles en este marco son los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución. Es más en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las actividades compatibles que cita el art. 141.2 bien pudieran identificarse con las que refiere el art. 7.6 de la LGSS –para excluirlas del campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social- y que el precepto define como aquéllas que en atención a su jornada o su retribución puedan considerarse marginales y no constitutivas de medio fundamental de vida⁶⁷.

3º) Pero a pesar de lo anterior, la cuestión cambia si se atiende al dato de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 de la Constitución y lo corroboran los arts. 141.2 de la LGSS, 2 del RD 1071/1984 y 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996⁶⁸.

4º) Si bien la propia definición de la incapacidad permanente absoluta determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal –no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación, la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de incapacidad permanente es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencia la propia LGSS y de “que <los términos en que se

⁶⁶ SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁶⁷ Añadiéndose a ello que: “... en esta línea se ha afirmado que la actividad compatible... no comprende <el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta el grado de invalidez> (SSTS 19/12/88... y 26/12/88), sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (SSTS 07/07/86... y 26/12/88). Y esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de IPA y GI por necesidad ha de ser de escasa significación, es una consecuencia –se dice- de que la interpretación del art. 141.2 LGSS ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y concepto de IPA; en palabras de la STS 20/12/85... <el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de 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 en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo...”.

⁶⁸ SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse... de suerte que sólo cabe apreciarlo <el supuesto de IPA> cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral...". En otras palabras, con lo establecido en el art. 141.2 el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso concepto de incapacidad permanente absoluta que proporciona la propia LGSS y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación⁶⁹.

5º) No existe ninguna disposición legal que se refiera a que las actividades desarrolladas por el pensionista por incapacidad permanente o gran invalidez deban ser superfluas, accidentales o esporádicas⁷⁰.

6º) La literalidad del art. 141.2 apunta a la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión, al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex art. 35 de la Constitución, siendo de destacar que la remisión al reglamento se hace exclusivamente para la incapacidad permanente total⁷¹.

7º) El citado art. 141.2 se orienta a una noción flexible de la compatibilidad, así lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas –la de la pensión y la del trabajo-, sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo que se prohíbe es el ejercicio de aquellas actividades que no sean compatibles –en el sentido de inadecuadas o perjudiciales- con el estado –no con la pensión- del beneficiario⁷².

8º) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador incapacitado permanente total que al declarado incapacitado permanente absoluto o gran inválido –al que se le negaría toda actividad e ingresos extramuros de la marginalidad-⁷³. A lo que cabe añadir que mientras que el pensionista incapacitado absoluto perdería su pensión por un trabajo concurrente, esto no sucedería en el caso del incapacitado permanente total⁷⁴.

9º) La incompatibilidad entre la pensión y el trabajo tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, pues aunque las

⁶⁹ SSTs de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), 23 de abril de 2009 (RJ 3115) y 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370).

⁷⁰ STS de 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁷¹ SSTs de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), 14 de octubre de 2009 (RJ 5730), 23 de abril de 2009 (RJ 3115) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁷² STS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370).

⁷³ SSTs de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), 23 de abril de 2009 (RJ 3115), 14 de octubre de 2009 (RJ 5730), 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁷⁴ STS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370).

cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo tendrían eficacia respecto de prestaciones futuras de la Seguridad Social (pensión de jubilación/nueva prestación por incapacidad permanente absoluta; con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y del derecho de opción que establece el art. 122 de la LGSS), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del pensionista⁷⁵.

10º) El planteamiento de la compatibilidad cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), que consienten pluralidad de actividades laborales –a jornada completa– a quienes se encuentran en situaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, de manera que la compatibilidad representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida⁷⁶.

Y, 11º) finalmente, se recuerda que no cabe la suspensión de la pensión por el hecho de desarrollar una actividad laboral, por cuanto la base reglamentaria para ello, el art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, se considera “*ultra vires*” respecto de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 de la LGSS (que no se remite a desarrollo reglamentario alguno), y por lo mismo ineficaz⁷⁷.

En definitiva, conforme a la posición que viene manteniendo el Tribunal Supremo desde el año 2008, conforme a lo previsto en el art. 141.2 de la LGSS, resultaría plenamente compatible una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo o parcial, con el único límite de que la actividad desarrollada no fuera perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado. A lo que cabe añadir que el desarrollo por el pensionista de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad con la pensión, como hemos visto, sino a una posible revisión por mejoría o por error de diagnóstico⁷⁸. En opinión del Tribunal Supremo⁷⁹, en tal sentido cabe interpretar la referencia que en el art. 141.2 se hace a que la actividad desarrollada no represente “un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

⁷⁵ SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), 23 de abril de 2009 (RJ 3115), 14 de octubre de 2009 (RJ 5730), 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁷⁶ SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), 23 de abril de 2009 (RJ 3115) y 14 de octubre de 2009 (RJ 5730).

⁷⁷ SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984), 14 de octubre de 2009 (RJ 5730) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁷⁸ SSTS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁷⁹ STS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370).

En definitiva, como muy gráficamente señala la STS de 1 de diciembre de 2009⁸⁰: "... el sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado".

La solución judicial citada ha permitido admitir como válida la compatibilidad entre el cobro de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y el desarrollo, a tiempo completo, de un trabajo de diseño de planos por ordenador⁸¹, la labor de trabajador social⁸², la actuación como concejal en un Ayuntamiento⁸³, o las funciones de administrador de una sociedad mercantil⁸⁴ o de asistente administrativo⁸⁵.

Esta posición judicial, sin embargo, suscita importantes interrogantes, que ya han sido, muy acertadamente, puestas de manifiesto por la doctrina⁸⁶. En efecto, a nuestro entender, esta solución de plena compatibilidad no resulta defendible por bastantes motivos:

a) Resulta innegable que el derecho al trabajo recogido en el art. 35 de la Constitución también resulta aplicable a los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, y que su ejercicio constituye un elemento claramente beneficioso para dicho colectivo. Pero ello requiere de dos matices: 1) este derecho resultaría predicable de todos los pensionistas por incapacidad permanente, por lo que sorprende que el Tribunal Supremo sólo lo cite en el supuesto de la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez; y, 2) una cosa es admitir el derecho al desarrollo de una actividad laboral o profesional en función de la capacidad y otra bien distinta es, como hace el Tribunal Supremo, asumir que una persona que cobra el 100 por 100 o más de la correspondiente base reguladora por estar incapacitado pueda desempeñar un trabajo a tiempo completo identificado plenamente con el ejercicio de una profesión u oficio y percibir el correspondiente salario.

b) Es evidente que debe promocionarse, a través de todas las vías posibles, la inserción laboral de los pensionistas por incapacidad permanente, pero curio-

⁸⁰ RJ 2010/370.

⁸¹ STS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984).

⁸² STS de 14 de octubre de 2009 (RJ 5730).

⁸³ STS de 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

⁸⁴ STS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370).

⁸⁵ STS de 23 de abril de 2009 (RJ 3115).

⁸⁶ Álvarez Cortes, J.C. y Alonso Russi, E., "Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena", *Temas Laborales*, nº 106/2010, pág. 254 y ss.

samente este argumento sólo lo aplica el Tribunal Supremo para los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, respecto de los cuales, sin duda, la inserción resulta aún más difícil, pero ello no justifica que, una vez insertados laboralmente, deban mantener el cobro de la totalidad de la pensión.

c) El Tribunal Supremo afirma que, de no permitirse a los pensionistas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desarrollar un trabajo se les estaría dando un peor trato que a los pensionistas por incapacidad permanente total, que sí pueden hacerlo. Pero olvida un dato muy importante: en este segundo caso sólo cobran el 55 por 100 de la base reguladora precisamente porque se presume que pueden desarrollar funciones distintas a las anteriores, en cambio, a los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez se les abona una pensión del 100 por 100 o más de la base reguladora justamente por el hecho de que se presupone que no van a poder desarrollar otras funciones que les permitan obtener ingresos adicionales.

En otras palabras, si un pensionista por incapacidad permanente total trabaja cobra su pensión del 55 por 100 (o 75 por 100) de la base reguladora y el salario correspondiente (o menos, si se aplica lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969), y, si la misma función –por ejemplo tareas administrativas- y en la misma empresa la desempeña, a través de correo electrónico y la intranet, un pensionista por incapacidad permanente absoluta cobra el 100 por 100 de la base reguladora y el salario, desempeñando las mismas funciones. Esta solución, a nuestro entender, no resulta sostenible.

d) Es cierto que las nuevas tecnologías facilitan que el colectivo que estamos contemplando pueda desarrollar una actividad laboral, pero también a otros, y la cuestión no es impedirles que desempeñen tal actividad sino adecuar a ese hecho (reduciéndolo temporalmente) el importe de la pensión que se venía percibiendo. Y, en todo caso, el que una actividad se desarrolle vía correo electrónico no excluye el hecho de que está desempeñando una profesión quien está declarado incapacitado permanente para toda profesión u oficio.

e) Tal y como hemos visto páginas atrás, cuando el Tribunal Supremo examina la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo se centra en la perspectiva de Seguridad Social –esto es, se cobra una pensión pública y tiene que valorarse si se está desempeñando un trabajo compatible con ella-. En cambio, cuando se halla en el marco de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez hace prevalecer, ante todo, la vertiente de facilitar el trabajo de tales pensionistas, olvidando la perspectiva de Seguridad Social. Olvida que se está hablando de pensiones y no de facilitar las posibilidades de trabajo –y de obtención de ingresos adicionales- de un determinado colectivo.

f) Por otra parte, para el Tribunal Supremo parece existir un conflicto entre el concepto de incapacidad permanente absoluta y la regla de compatibilidad

con el trabajo del art. 141.2 de la LGSS, pero, nuevamente, al hallarnos en el marco de la normativa de Seguridad Social, debe prevalecer lo dispuesto en el art. 137 de la LGSS –incapacidad permanente para el desarrollo de cualquier profesión u oficio-, frente a lo dispuesto en el art. 141.2. Si una persona, con graves reducciones anatómicas o lesiones, puede desempeñar un trabajo a tiempo completo su situación choca con lo dispuesto en el art. 137 –y con la propia lógica del sistema de Seguridad Social, que en este caso ofrece exclusivamente rentas de sustitución- y, en consecuencia, o modificamos la definición de incapacidad permanente absoluta o articulamos, como proponemos a continuación, un sistema de reducción temporal del importe de la pensión vitalicia que se está cobrando, pero lo que es seguro, es que no nos encontramos ante un problema de simple “compatibilidad” con el trabajo.

Es más, podríamos afirmar incluso que ese “conflicto” entre los arts. 137 y 141.2 lo ha creado la propia interpretación del Tribunal Supremo y decae simplemente entendiendo que el art. 141.2 recoge la compatibilidad entre el trabajo y la pensión, pero sólo cuando dicho trabajo se encuentra dentro de los márgenes –muy estrictos- establecidos en el art. 137 de la LGSS. De hecho, como vimos páginas atrás, ésta era la interpretación tradicional del Tribunal Supremo.

g) El Tribunal Supremo ha incurrido, a nuestro entender, en la aplicación de un doble rasero, según el grado de incapacidad permanente de que se trate: si es una incapacidad permanente total hemos visto que esa persona sólo podrá desarrollar funciones distintas ya que otra cosa constituye un fraude. En cambio, si estamos ante un incapacitado permanente absoluto –a pesar de estar incapacitado para cualquier profesión u oficio- se le permite desempeñar un trabajo a tiempo completo, con una interpretación muy favorable para el pensionista. A nuestro entender, esa diferencia de trato resulta difícilmente justificable.

Es más, como señala el Tribunal Supremo, esa interpretación favorable se basa en la dificultad de delimitar las expectativas de empleo de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, pero eso también ocurre en el supuesto de la incapacidad permanente total y no debería impedir que, constatada la posibilidad de desarrollar una actividad laboral, ese hecho condicionase el cobro de la pensión.

h) El propio Tribunal Constitucional, aunque no se ha manifestado expresamente al respecto, no parece compartir la misma lógica que el Tribunal Supremo, manteniéndose en la posición de que, dada la gravedad del grado de incapacidad permanente, resultará extraño que un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desarrolle una actividad laboral. Así, en la STC 205/2011 se afirma que: “... el trabajador no puede seguir trabajando, dado que, por hipótesis, el grado de incapacidad agravado (incapacidad perma-

nente absoluta) que padece le imposibilita para la realización de todo trabajo...”.

i) Es cierto que no existe una norma específica que diga que los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez han de desarrollar actividades superfluas, accidentales o esporádicas, pero no es necesaria, ya que esa solución deriva de la interpretación conjunta, como señalábamos anteriormente, de los arts. 137 y 141.2 de la LGSS. En la misma línea, es cierto que el art. 141.2 no establece límite alguno a la compatibilidad, pero aquél deriva precisamente de la misma solución anterior.

j) No puede separarse, como hace el Tribunal Supremo, el estado del pensionista y la pensión en sí para justificar la compatibilidad con todo tipo de trabajo, ya que es precisamente el grado de incapacidad para desempeñar cualquier profesión lo que determina el cobro de la pensión y si se puede desarrollar alguna, necesariamente debe verse afectada la percepción de la pensión.

k) En la línea ya apuntada anteriormente, la posición actual del Tribunal Supremo vendría a diluir las fronteras entre la incapacidad permanente total y la absoluta y gran invalidez, ya que en ambos casos tendríamos a personas que desarrollan otras funciones distintas a las anteriores, pero cobrando de forma diferente.

l) Si el desarrollo de un trabajo por parte de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez supone la pérdida de su pensión, ello se debería a que se ha producido una mejora en su situación y la consiguiente revisión del grado de incapacidad permanente, pero ello no implica un trato desigual frente a un pensionista por incapacidad permanente total, sino la aplicación de la posibilidad de revisión prevista en el art. 143.2 de la LGSS.

Y, k) es cierto que si un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez pensase que va a perder la pensión no iniciaría una actividad laboral, lo que le desanimaría a la hora de su reinserción laboral. Pero pueden buscarse fórmulas alternativas, tal y como veremos a continuación, en las que la lógica de fondo del sistema y de la propia pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez se vean reconocidas y, a la vez, no se desincentive una eventual actividad laboral por parte del pensionista.

En definitiva, tal y como hemos venido afirmando, no compartimos la solución del Tribunal Supremo pero ello no implica que defendamos una opción absolutamente restrictiva respecto a la compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. A nuestro entender, debería llevarse a cabo una reforma de lo previsto en el art. 141.2 de la LGSS, con el objetivo de clarificar y concretar el grado de compatibilidad que resulta admisible, decantándonos por una nueva regulación en la que el desarrollo de un trabajo por parte de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, siendo compatible con su estado, resultara posible

pero teniendo como consecuencia inevitable la reducción del importe de la pensión que se venía percibiendo, en la línea de lo previsto, en el marco de la pensión de jubilación, por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, avanzándose, por otra parte, en la tendencia a la convergencia cada vez mayor entre ambas prestaciones. En consecuencia, si un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez pasa a desempeñar un trabajo, ya sea por cuenta ajena o propia, cabría pensar en la reducción temporal y automática de la pensión al 55 por 100 (para mantener una equivalencia con el grado de incapacidad permanente total) y cobraría, asimismo, la totalidad de la remuneración, cotizando a la Seguridad Social de una forma limitada (en la línea nuevamente, de lo previsto en el capítulo I del RDL 5/2013 para la pensión de jubilación, que sólo prevé una cotización del 8 por 100). Esa reducción sólo se mantendría durante el tiempo en que el pensionista desempeñase una actividad laboral o profesional, recuperándose el total, con las consiguientes revalorizaciones, una vez se cesase en aquélla. Las cotizaciones realizadas, por su escasa cuantía, no tendrían incidencia en el importe de la pensión.

Tal solución no implicaría, por otra parte, difuminar las fronteras entre la incapacidad permanente total y la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez ya que, desde la perspectiva de la gravedad de las lesiones o reducciones un grado de incapacidad sería más elevado que el otro, y, dadas las mayores dificultades para encontrar un empleo cuando se trata de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, se percibiría precisamente el 100 por 100 o más de la base reguladora mientras aquél no se desarrollase. En cambio, de tratarse de una incapacidad permanente total sólo se cobraría el 55 por 100 o el 75 por 100 en el caso de una incapacidad permanente total cualificada.

Y, en fin, de desarrollar el pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez una actividad meramente marginal, que no implica, por su propia naturaleza, el alta en cualquier régimen de la Seguridad Social, si tiene carácter lucrativo, resultaría compatible con la percepción total de la pensión.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, nos tememos que, teniendo en cuenta la redacción del nuevo art. 141.3 de la LGSS –al que nos referiremos en un apartado posterior y que entra en vigor el 1 de enero de 2014–, el legislador es partidario de la doctrina del Tribunal Supremo y, en consecuencia, de una interpretación amplia de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez⁸⁷. Cabe reconocer, no obstante, que

⁸⁷ Esa interpretación es la que se defiende en el “Informe sobre el régimen vigente de compatibilidad de las pensiones de incapacidad de Seguridad Social con el trabajo remunerado” de marzo de 2012 del CERMI, donde también se afirma que tal modificación legal fue inspirada por el propio CERMI (pág. 4).

este nuevo artículo 141.3 sí tiene un factor positivo, consistente precisamente en dar seguridad jurídica a los pensionistas, al reconocerles, aunque sea indirectamente, la posibilidad de desarrollar una actividad laboral a la vez que perciben su pensión a cargo del sistema de Seguridad Social, ayudando a disipar las dudas que sobre este tema han existido en los últimos años. A lo que cabe añadir que tal opción se encuentra, además, dentro de la propia lógica recogida en la Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012, donde, como hemos visto, se manifiesta la necesidad de tomar medidas para que las pensiones por incapacidad de quienes se incorporan al trabajo no se vean reducidas por haber accedido a un empleo, y se promueve que el sistema de Seguridad Social no suponga una traba para el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad (apartados 1.5 y 6).

4.3. Las obligaciones formales y las consecuencias en caso de incumplimiento

Desde una perspectiva formal, tal y como ya vimos que ocurría en el caso de la pensión por incapacidad permanente total, si un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez inicia una actividad laboral, por cuenta ajena o por cuenta propia, tiene la obligación de comunicarlo al INSS, tal y como prevé el art. 2.1 del RD 1071/1984. Tendrá la obligación de cotizar y dichas cotizaciones, como venimos manifestando, se le computarán a los efectos de posibles prestaciones futuras de la Seguridad Social. Asimismo, el eventual incumplimiento de esta obligación de comunicación constituye, como vimos páginas atrás, una infracción leve, según lo previsto en el art. 24.1 de la LISOS⁸⁸, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes. Y, en fin, tal y como también señalamos, la falta de comunicación a la entidad gestora no tiene ninguna trascendencia en relación con el cobro de la pensión por incapacidad permanente, considerándose cuestiones totalmente separadas.

En cambio, en el caso que el pensionista inicie una actividad laboral o profesional incompatible en los términos antes vistos, podría incurrir en la infracción grave prevista en el art. 25.1 de la LISOS, pudiendo ser sancionado con la pérdida de la pensión durante un período de 3 meses (art. 47.1.b) de la LISOS). También se le reclamaría la devolución de lo percibido indebidamente. A lo que cabe añadir que, en el caso del trabajo por cuenta ajena, el empresario que le hubiera contratado incurriría también en una infracción grave (art. 22.14 de la LISOS) o muy grave (art. 23.1.a) de la LISOS), sancionable la primera con una multa de 626 a 6.250 euros⁸⁹ y la segunda con una multa de 10.001 a

⁸⁸ STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

⁸⁹ Multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros (art. 40.1.b) de la LISOS).

187.515 euros⁹⁰. Cabe recordar aquí, no obstante, lo señalado páginas atrás en el marco de la incapacidad permanente total, respecto a la dificultad de aplicar en la práctica la infracción prevista en el citado art. 25.1; dificultad que, incluso, se agudiza en este caso.

4.4. La problemática suspensión de oficio del pago de la pensión y la revisión del grado de incapacidad

A diferencia de lo que, como vimos, ocurre en el marco de la pensión por incapacidad permanente total, cuando se trata de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, el INSS, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 143.2 de la LGSS y 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, sí parecería que podría suspender de oficio, durante el proceso de revisión, el pago de la correspondiente pensión cuando estimase que se ha producido una situación de incompatibilidad con el trabajo.

Posibilidad que había sido expresamente admitida por los Tribunales; así, en el ATS de 17 de enero de 2007⁹¹ se afirmaba que: "... la Orden de 18-1-96, que desarrolla el RD 1300/95, y a la que se remite el art. 143.3 LGSS, faculta al INSS para suspender el pago de una pensión de incapacidad permanente cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el art. 141.2 LGSS, el cual se refiere exclusivamente a la invalidez permanente absoluta y gran invalidez...". Sin embargo, cabe tener presente que, a pesar de tales manifestaciones, el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 30 de enero de 2008⁹², ha declarado, como vimos páginas atrás, el carácter *ultra vires* del citado art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, afirmando que: "... estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas <ultra vires> de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGSS <recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno> y –por lo mismo– ineficaces...".

Por tanto, conforme a la posición actual del Tribunal Supremo, el INSS, ante el desarrollo por parte de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de un trabajo que no sea perjudicial o inadecuado para su estado no puede suspender el pago de la pensión, al contradecir dicha decisión la plena compatibilidad prevista en el art. 141.2 de la LGSS. Cabe pensar, no

⁹⁰ En su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros (art. 40.1.e).2 de la LISOS).

⁹¹ Jur 102670. También, STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

⁹² También, SSTS de 23 de abril de 2009 (RJ 3115), 14 de octubre de 2009 (RJ 5730) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

obstante, que sí podría proceder a la revisión del grado de incapacidad permanente como consecuencia precisamente del desarrollo de ese trabajo por cuenta propia o ajena⁹³.

Esta última cuestión se plantea en alguna sentencia⁹⁴, adoptándose una posición muy restrictiva: en efecto, en este ámbito cabe recordar que el art. 143.2 de la LGSS (en relación con los arts. 6.2 del RD 1300/1995 y 13 y 17 de la Orden de 18 de enero de 1996) establece que si el pensionista por incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS podrá de oficio promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución. Pues bien, el Tribunal Supremo interpreta, como en el caso de la incapacidad permanente total, que es necesario diferenciar entre las causas de revisión de la incapacidad y el plazo revisorio.

Las causas de revisión están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error de diagnóstico, y el plazo es solo uno, el que en su caso se hubiese fijado en el acto declarativo de la incapacidad permanente, aunque deja de operar la obligada vinculación al mismo cuando concurra un error de diagnóstico, se esté desarrollando un trabajo o existan nuevas dolencias. Ello implica, para el Tribunal Supremo, que el trabajo del pensionista justifica que el INSS inicie un expediente de revisión, en tanto que es un razonable indicio de que el estado incapacitante ha mejorado, pero en forma alguna comporta que el grado de incapacidad permanente reconocido haya de ser dejado sin efecto, ya que esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata una mejoría que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas –la que determinó la declaración de incapacidad permanente y la existente cuando se lleva a cabo la revisión– y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino, sobre todo, que esa variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación del grado de incapacidad permanente. Por tanto, si el cuadro patológico que determinó la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez no ha variado, la revisión del grado por mejoría es inviable.

Con otras palabras, el INSS puede iniciar el procedimiento de revisión de oficio por el hecho de que el pensionista esté desarrollando un trabajo, pero esa revisión, como en el caso de la incapacidad permanente total, es inviable si las

⁹³ Tal y como se afirma en el Criterio 2010/5 del INSS.

⁹⁴ STS de 23 de abril de 2009 (RJ 3115).

dolencias no se han modificado y la única solución sería entonces entender que se da la incompatibilidad con el trabajo regulada en el art. 141.2 de la LGSS, vía que también va a tener escaso o nulo éxito, dada la forma en que, como hemos visto, interpreta el Tribunal Supremo dicho precepto. En todo caso, esa vía debería encauzarse a través del procedimiento judicial de oficio regulado en el artículo 146 de la LRJS, solicitando la modificación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión, por error en la calificación del grado de incapacidad permanente⁹⁵.

5. LOS EFECTOS DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como último paso en el análisis que estamos realizando, cabe preguntarse qué efectos tiene para una persona declarada incapacitada permanente total, absoluta o gran inválida el hecho de que desarrolle con posterioridad un trabajo compatible. En este ámbito se plantean varias situaciones posibles.

La primera situación, peculiar y que ha dado lugar a una posición judicial consolidada⁹⁶, se centra en el supuesto siguiente: persona que es declarada incapacitada permanente sin derecho a pensión por no cumplir los requisitos de cotización exigidos legalmente. ¿Puede volver a trabajar? ¿Valdrán las cotizaciones realizadas a los efectos de ser declarada finalmente en situación de incapacidad permanente con derecho a pensión? El Tribunal Supremo hace años que viene declarando, con un criterio unánime, que si ha existido realmente la actividad laboral una vez se produjo la declaración de incapacidad permanente, incluso en la misma profesión anterior, las cotizaciones realizadas computarán y, en consecuencia, se podrá declarar el derecho al cobro de la pensión. Es más, para el Tribunal Supremo, otra solución resultaría contraria al derecho al trabajo reconocido en el art. 35 de la Constitución, y sería, además, discriminatorio no contar las cotizaciones realizadas. A modo de ejemplo, en la STS de 26 de enero de 1989⁹⁷ se manifiesta: "... la prestación de servicios por cuenta ajena por quien declarado inválido absoluto no hubiera generado derecho a prestación, por falta del período de cotización requerido debe merecer lógico recelo cuando tal actividad determina una cotización que complete este período. Más, la parte recurrente no aduce que dicha cotización se realizara sin el soporte de un trabajo real... lo que impide privar de eficacia a la misma..."⁹⁸.

⁹⁵ Criterio 2010/5 del INSS.

⁹⁶ Al respecto, Fernández-Lomana García, M., "Compatibilidad...", ob.cit. págs. 196-198.

⁹⁷ RJ 302.

⁹⁸ También, SSTs de 6 de octubre de 1987 (RJ 6841), 3 de noviembre de 1987 (RJ 7797) y 6 de marzo de 1989 (RJ 1794).

Asimismo, desde una perspectiva formal, se ha declarado también que en este caso no hay obligación de comunicar al INSS el inicio de la correspondiente actividad laboral y que se puede iniciar esa actividad sin instar la revisión de la incapacidad permanente⁹⁹. En fin, en alguna sentencia¹⁰⁰, se señala, con contundencia, que el trabajo en estos casos "... ya no aparece sólo como un derecho sino como una necesidad apremiante ante un estado de desprotección...".

La segunda situación que puede surgir es la siguiente: pensionista por incapacidad permanente que desarrolla una actividad compatible y, con posterioridad, solicita otra pensión por incapacidad permanente a cargo del mismo régimen general de la Seguridad Social (normalmente por una contingencia diferente). Esta situación ha sido resuelta en sentido afirmativo por el Tribunal Supremo¹⁰¹, sobre la base de los siguientes argumentos: a) El art. 35 de la Constitución reconoce el derecho a trabajar, lo que supone que no puede prohibirse a nadie (salvo excepciones que no son el caso) el ejercicio de una actividad laboral, ni aun a quien está declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, como lo corrobora la propia LGSS; y, b) el pensionista ha cotizado, cumple el período de carencia exigido y la afección determinante de la primera pensión está perfectamente delimitada respecto de la que aparece después. Cabe tener presente que los Tribunales hacen especial hincapié en ese último elemento, ya que de tratarse de una agravación de las lesiones iniciales podría pasarse de una situación de incapacidad permanente total a una absoluta o gran invalidez pero no causar dos pensiones diferenciadas¹⁰². En definitiva, en este supuesto se reconocerá el derecho a otra pensión por incapacidad permanente, aunque el pensionista, conforme a lo previsto en el art. 122 de la LGSS, deberá optar, por motivo de incompatibilidad entre pensiones, por una de ellas.

Por otra parte, como tercera situación cabe citar el caso, semejante al anterior, en que un pensionista por incapacidad permanente desempeña una actividad compatible y, con posterioridad, solicita una nueva pensión, también por incapacidad permanente, pero a cargo de otro régimen de la Seguridad Social. En este supuesto la respuesta del Tribunal Supremo también es afirmativa¹⁰³, fundamentándose en los argumentos siguientes:

⁹⁹ SSTS de 6 de octubre de 1987 (RJ 6841) y 6 de marzo de 1989 (RJ 1794).

¹⁰⁰ STS de 6 de marzo de 1989 (RJ 1794).

¹⁰¹ SSTS de 23 de noviembre de 1987 (RJ 8045) y 5 de febrero de 2008 (RJ 2778) en el caso de dos pensiones de incapacidad permanente; y STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 908) ante una pensión de incapacidad permanente absoluta y una gran invalidez.

¹⁰² Al respecto, vid STS de 5 de julio de 2010 (RJ 8439).

¹⁰³ SSTS de 11 y 12 de mayo de 2010 (RJ 5244 y 5252), 15 de julio de 2010 (RJ 1193), 20 de enero de 2011 (RJ 2105), 21 de enero de 2011 (RJ 2439) y 27 de enero de 2011 (RJ 2439).

1) El ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, al existir sólo las normas internas de cada régimen.

2) La naturaleza contributiva del sistema de Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no pueden dar origen a varias prestaciones de percepción simultánea, pero ello no impide que las cotizaciones posteriores puedan causar derecho a una nueva prestación (no existe reutilización de cotizaciones). Asimismo, se admite la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social, cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos para su devengo, siempre que no existan en los mismos normas que lo prohíban expresamente. Y si de los términos de las normas aplicables no puede establecerse la incompatibilidad entre prestaciones, ésta tampoco puede construirse a partir de una interpretación extensiva que establezca la exclusión de la concurrencia de pensiones.

3) Se tendrá derecho a dos prestaciones por incapacidad permanente en distintos regímenes de la Seguridad Social cuando exista alta sucesiva en los dos regímenes, diferencia de profesiones, disparidad de secuelas determinantes de la incapacidad permanente y cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de los regímenes para –sin intercomunicación alguna cotizatoria– obtener el derecho a la correspondiente pensión. A lo que se añade que es precisamente la diversidad patológica la que justifica –en todos los órdenes– la plena compatibilidad de las pensiones por incapacidad permanente, porque no se trata de un supuesto en el que la agravación de un cuadro determinante de una incapacidad permanente total hubiese generado el grado de incapacidad permanente absoluta –supuesto en el cual este superior grado incapacitante absorbería el anterior–, sino de dos diferentes panoramas de secuelas que se producen con un intervalo de tiempo cotizado a la Seguridad Social.

4) En este supuesto no resulta aplicable el art. 122 de la LGSS, ya que éste se refiere, como hemos visto, a las pensiones del mismo régimen general de la Seguridad Social, pero no a pensiones concurrentes de regímenes distintos, que son compatibles salvo que exista una norma que lo prohíba.

Y, 5) en fin, es ajustada a la legislación en vigor la concurrencia de dos pensiones de incapacidad permanente generadas en regímenes distintos, como consecuencia de cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de ellos para lucrarlas, sin que sean de aplicación a tal supuesto el art. 138.4 o la disposición adicional 38ª de la LGSS, previstos para situaciones de pluriactividad o concurrencia simultánea y no sucesiva de trabajos o empleos encuadrados en distintos regímenes de la Seguridad Social.

En efecto, no cabe olvidar que si se tratase de un supuesto de pluriactividad la solución sería distinta, aplicándose precisamente lo dispuesto en los preceptos citados de la LGSS y en sus normas de desarrollo.

La cuarta situación, también resuelta por los Tribunales¹⁰⁴, se centra en determinar qué ocurre cuando un pensionista por incapacidad permanente total desarrolla una actividad laboral compatible, ésta se extingue (o suspende) y solicita la correspondiente prestación por desempleo. Aquí el debate judicial se ha centrado en determinar si, a los efectos del cobro de la correspondiente prestación por desempleo, pueden sumarse los días cotizados antes de la declaración de incapacidad permanente total. La respuesta se fundamenta en lo dispuesto en el art. 16.4 del RD de 2 de abril de 1985, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, y consiste en afirmar que tal cómputo no es posible ya que la finalidad de la norma es que, para evitar dar doble valor a las cotizaciones efectuadas (primero para la pensión por incapacidad permanente y luego para la prestación por desempleo), no se puede computar como período de ocupación cotizada para el desempleo el tiempo que se tuvo en cuenta para la obtención de la pensión por incapacidad permanente total y, asimismo, tal posibilidad iría en contra de la opción recogida en el art. 16.2 del citado RD 625/1985, ya que supondría conculcar la regla de la incompatibilidad que impide la percepción simultánea de ambas prestaciones. Por tanto, sólo se podrá acceder a la prestación por desempleo si en el empleo compatible con la incapacidad permanente total se ha cotizado el tiempo suficiente, y en ese caso se cobrarán simultáneamente ambas prestaciones de la Seguridad Social. En palabras de la STS de 9 de diciembre de 2010¹⁰⁵: “... el hecho causante de la prestación contributiva de desempleo no es en abstracto la situación de privación de una ocupación, sino concretamente la pérdida del empleo por parte de quién había estado incorporado al mercado de trabajo durante un tiempo mínimo de ocupación cotizada. Y la ocupación cotizada a tener en cuenta no puede ser la correspondiente a un empleo anterior, cuya privación por incapacidad total ya ha dado lugar al reconocimiento de una pensión, sino la determinada por el empleo o empleos posteriores compatibles con la situación de pensionista...”.

Cabe apuntar, finalmente, que tanto esa doctrina judicial como el citado art. 16.4 se refieren exclusivamente al grado de la incapacidad permanente total, aun cuando, a nuestro entender, la misma solución resultaría aplicable si se tratase de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran inválido que desarrolla un trabajo compatible.

¹⁰⁴ SSTS de 19 de febrero de 1996 (RJ 1303), 27 de marzo de 2000 (RJ 3129) y 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1456).

¹⁰⁵ RJ 2011/1456. También cabe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 221.2 de la LGSS. Sobre esta cuestión, Moliner Tamborero, G., “Compatibilidad e incompatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social. Un estudio de jurisprudencia”, *Diario La Ley*, nº 7655, junio 2011, pág. 4 (formato electrónico).

Cuestión distinta, aunque vinculada, es que, conforme señala el mencionado art. 16.2, el trabajador al que se le declara una incapacidad permanente total puede optar, si reúne los requisitos, entre percibir la prestación por desempleo hasta su agotamiento o la pensión por incapacidad permanente. Precepto que, según la jurisprudencia, implica que las cotizaciones previas sirven para fundamentar ambas prestaciones, pero no simultáneamente, sino de manera sucesiva "... primero se utiliza el título que procura la pérdida involuntaria de la ocupación, y a seguido, el que deriva de su constitución en estado de invalidez permanente..."¹⁰⁶.

En fin, en relación con la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente y el cobro de un subsidio por desempleo, el problema es otro: la percepción de la pensión probablemente hará que no se cumpla el requisito económico de carencia de rentas exigido para poder acceder a aquél¹⁰⁷.

La quinta situación se presenta cuando un pensionista por incapacidad permanente que desarrolla un trabajo compatible cae enfermo o sufre un accidente. En estos supuestos resulta compatible el cobro de la pensión con la percepción del correspondiente subsidio por incapacidad temporal¹⁰⁸.

Y finalmente, cabe preguntarse por la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente, un trabajo posterior compatible y la pensión de jubilación. Ámbito en el que cabe tener presente lo previsto en el nuevo art. 141.3 de la LGSS –que entrará en vigor el 1 de enero de 2014– según el cual “el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley”¹⁰⁹. En este ámbito cabe plantearse dos preguntas: ¿qué efectos tiene sobre la pensión de jubilación el trabajo compatible y cotizado desempeñado por un pensionista por incapacidad permanente? Y, ¿qué alcance tiene en el nuevo art. 141.3 de la LGSS?

En relación con la primera cuestión, cabe entender que las cotizaciones realizadas en el trabajo compatible se tendrán en cuenta a la hora de calcular la futura pensión de jubilación, una vez que el pensionista por incapacidad permanente alcance la edad de jubilación ordinaria prevista en el art. 161.1.a) y la DT^a

¹⁰⁶ STS de 27 de marzo de 2000 (RJ 3129).

¹⁰⁷ Moliner Tamborero, G., “Compatibilidad e incompatibilidad...”, ob.cit. pág. 4.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, ATS de 8 de noviembre de 2005 (Jur 2006/7856).

¹⁰⁹ La misma idea se recoge en el informe de la renovación del Pacto de Toledo de diciembre de 2011.

20ª de la LGSS o bien decida, si cumple los requisitos, jubilarse anticipadamente. Y ese cómputo afectará tanto al cálculo de la base reguladora como al porcentaje aplicable a la misma. No obstante, si ambas pensiones se causasen en el mismo régimen general de la Seguridad Social se aplicará lo dispuesto en el art. 122 de la LGSS (o la norma equivalente si la situación se produce en un régimen especial) y, en consecuencia, el pensionista deberá optar por una de ellas. En cambio, en el caso de verse involucrados dos regímenes de la Seguridad Social, se tendrá derecho a recibir las dos pensiones. En fin, en el supuesto en que no se haya desarrollado ninguna actividad laboral o profesional, al alcanzar la edad de jubilación, manteniéndose su cuantía, el pensionista por incapacidad permanente pasará a ser considerado pensionista de jubilación (art. 143.4 de la LGSS).

Y, en relación con la segunda cuestión, que responde a la lógica de ir equiparando progresivamente las pensiones por incapacidad permanente y jubilación, cabe señalar que:

1) Se fija que el disfrute de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación ordinaria –variable actualmente, conforme a lo previsto en el art. 161.1.a) y la DTª 20ª de la LGSS- es incompatible con el desempeño de un trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia, que determine la inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos previstos para la pensión de jubilación en el art. 165.1 de la LGSS.

2) Sin embargo, lo anterior supone que el pensionista proveniente de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez podrá acceder, ya como jubilado, a la “jubilación flexible” y, por tanto, desarrollar un trabajo a tiempo parcial, por cuenta ajena, con la reducción proporcional de su pensión mientras lo está desempeñando (art. 165.1 párrafo 2º de la LGSS). No resultará admisible un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo ni un trabajo por cuenta propia, a tiempo parcial o completo.

3) Podrán seguir desarrollándose aquellas actividades que no determinen el alta en algún régimen de la Seguridad Social.

4) No se hace referencia a los pensionistas por incapacidad permanente total, lo que suscita la duda de qué ocurrirá cuando alcancen la edad de jubilación ordinaria. Sería posible entender que, al ser considerados en ese momento ya pensionistas de jubilación y no existir ninguna exclusión, se les aplicaría el régimen general previsto en el art. 165 de la LGSS y en el capítulo I del RDL 5/2013.

Y, 5) al realizarse exclusivamente una remisión a lo previsto en el art. 165.1 de la LGSS, los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, a pesar de tener la condición de “jubilados” no podrán acudir a la compatibilidad entre la pensión y el trabajo por cuenta propia prevista en el art.

165.4 de la LGSS ni a la nueva fórmula, recogida en el capítulo I del RDL 5/2013, que permite compatibilizar el cobro de la pensión de jubilación ordinaria (al 50 por 100) con un trabajo por cuenta propia o ajena, a tiempo completo o parcial. Ello supone, en definitiva, que no se les da el mismo trato que a los pensionistas de jubilación ordinaria.

6. CONCLUSIONES FINALES

Sin reiterar lo ya señalado páginas atrás, sí queremos hacer hincapié en dos últimas ideas: por un lado, en la necesidad de evaluar, con rigor, el régimen jurídico vigente en materia de compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente, adoptando una visión de conjunto que salve las disfunciones que, a nuestro entender, existen actualmente respecto al trato recibido por la incapacidad permanente total por una parte y la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez por la otra.

Evaluación de conjunto que también y, sobre todo, debería servir para fijar un rumbo claro y unificado, respecto a si el camino a seguir debe seguir siendo la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión –como ha recomendado recientemente el propio informe de la renovación del Pacto de Toledo de diciembre de 2011¹¹⁰- o si deben fijarse límites, objetivos y justos para todos los grados de la incapacidad permanente que no desincentiven la inserción laboral de las personas incapacitadas para el trabajo pero que tampoco supongan un sobrecoste para el sistema de Seguridad Social.

Y, por otro lado, es necesario ampliar y concretar el régimen jurídico aplicable, completando lo actualmente previsto en el art. 141 de la LGSS y coordinándolo con su art. 143, así como aprobar un desarrollo reglamentario completo y actualizado, que contemple tanto los aspectos instrumentales como sustantivos.

¹¹⁰ En efecto, en el mismo se establece que: "... la Comisión entiende que debe flexibilizarse el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo. Ello induce a las personas que han adquirido una discapacidad durante su vida laboral a optar por la pensión –y, consiguientemente, a permanecer en situación de inactividad- cuando podrían, en muchos casos, desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias...".