

LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN LA LEY 27/2011: DEL ESTADO DEL BIENESTAR AL ESTADO ASISTENCIAL

Por

JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD
Magistrado Especialista de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla

josej.perezbeneyto.ius@juntadeandalucia.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 29-30 (2012)

RESUMEN: La ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social es un paso más en la reforma del sistema de seguridad social adelantado ya en los años '90 por el Banco Mundial y que responde, no a hechos constatados empíricamente, sino a una estrategia de ingeniería social con una base ideológica que va produciendo una desafección popular a estos sistemas de seguro público y una deslegitimación del Estado del Bienestar. La reforma de la prestación por incapacidad permanente es un paradigma de esa reforma en marcha, que endurece los requisitos de acceso y mengua la cuantía de la pensión. Añade mas confusión, la hace objeto de futuros litigios y no aclara su posición fronteriza con otras prestaciones.

PALABRAS CLAVE: Reforma del sistema de Seguridad Social, Estado del Bienestar, Neoliberalismo, Incapacidad permanente, Garantías primarias y secundarias, Base reguladora, Lagunas de cotización, Profesión habitual, Compatibilidad.

SUMARIO: I. Orígenes de las reformas del sistema de Seguridad Social.- II. Complejidad de la prestación por incapacidad permanente; la profesionalidad.- III. Novedades en la pensión de incapacidad permanente contributiva que introduce la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.- IV. Concreción de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente.- V. Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con el trabajo (a partir del 1-1-2013).- VI. Paradojas referidas al acceso a la pensión de incapacidad permanente, a la posibilidad de revisión de la incapacidad permanente, y la determinación de la cuantía.- VII. Lesiones permanentes no invalidantes.- VIII. Conclusión.

TOTAL DISABILITY IN 27/2011 LAW: FROM WELFARE STATE TO SOCIAL ASSISTANCE STATE

ABSTRACT: The 27/2011 Law, related to updating, improvement and modernization of the Social Security system is a forward step in reforming the social security system as it was already advanced in the 90s by the World Bank and reflects, not to empirically established facts but to a social engineering strategy with an ideological base that will produce a popular disaffection to these public insurance schemes and a delegitimization of the welfare state. The permanent disability benefits reform is a paradigm of the ongoing reform, which tightens entry requirements and decrease the pension amount. It adds more confusion, makes the subject a question for future litigation and does not clarify its position bordering other economic benefits.

KEYWORDS: Social Security reform, Welfare State, Neoliberalism, Permanent disability, Primary and secondary guarantees, Regulatory base, Price gaps, Usual occupation, Compatibility.

SUMMARY: I. Origins of the reforms of Social Security.- II. Complexity of Permanent disability benefits; professionalism.- III. New to the permanent disability pension tax introduced by Law 27/2011, of August 1, on updating, improvement and modernization of Social Security.- IV. Specification of the amount of permanent disability pension.- V. Compatibility of the permanent disability pension with work (from 01/01/2013).- VI. Paradoxes concerning access to the permanent disability pension, the possibility of permanent disability review, and determination of the amount.- VII. Non-disabling permanent injuries.- VIII. Conclusion.

I. ORÍGENES DE LAS REFORMAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Expresémoslo claro, la Ley 27/2011 supone otra vuelta de tuerca en la estrategia de desnaturalizar el sistema de pensiones; o dicho de otra forma, es la adecuación del sistema de Seguridad Social a la transformación que el Estado con la mundialización está sufriendo desde los años '80. La crisis profunda del Estado nacional, en un mundo globalizado lleva a una pérdida de competencias fundamentales que inciden en el Estado Social¹. El pacto de rentas posterior a la II Guerra Mundial está quebrado -Estado del Bienestar-, y el compromiso entre la igualdad formal y la desigualdad real -Estado Social- se ha debilitado. El análisis de la reforma que impone la Ley 27/2011 en una prestación concreta, como es la de incapacidad permanente, es una atalaya que sirve para comprobar como políticas que vienen de tiempos anteriores se van imponiendo de modo inexorable.

Se suma en este análisis el que comprobaremos como las garantías² primarias, que toda ley en un Estado Constitucional debe tener, se configuran de forma defectuosa en el caso de la prestación de incapacidad permanente, de modo que llevan a una inaplicación del derecho o hacer muy difícil su garantía secundaria, como es el control externo por los órganos jurisdiccionales³. Veremos que la Ley 27/2001 hace más compleja una prestación profesional al resaltar los elementos conflictivos⁴ en la propia definición, en la graduación, en su situación fronteriza con otras prestaciones.

¹ Págs. 393 y ss. Sotelo, I. "El Estado Social", TROTТА, Madrid, 2010.

² Págs. 630 a 651 Ferrajoli, L. "*Principia iuris*" TROTТА, Madrid, 2011. Págs. 120 y ss. Pisarello, G. "Los derechos sociales y sus garantías" TROTТА, Madrid, 2007.

³ Págs. 179 a 199 Abramovich, V. y Courtis, C. "Los derechos sociales como derechos exigibles" TROTТА, Madrid, 2002.

⁴ Págs. 163 a 168. Agustí Julia, J. y otros. "La seguridad social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial" BOMARZO, Albacete, 2010.

La Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵ continua en la senda trazada por el Banco Mundial en su informe “Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección social de los ancianos y la promoción del crecimiento” de 1994⁶ en el que se proponía una estrategia de reforma del Estado del Bienestar aduciendo el problema de su financiación. Aunque ya en los años setenta, el mundo empresarial se rebeló y rompió el Pacto Social posterior a la II Guerra Mundial de reparto de rentas, y fue bajo la dirección del Presidente Reagan en EEUU y la Sra. Thatcher en la Gran Bretaña, cuando se comenzaron a aplicar una serie de políticas públicas, llamadas neoliberales, que redujeron tales derechos laborales y sociales, privatizando la Seguridad Social. Para justificar⁷ la menor transferencia de los estados a los sistemas de pensiones públicas se comenzaron a difundir tesis catastrofistas afirmando que sería imposible financiarlos, que entrarían en una crisis inevitable y que, en consecuencia, sería más conveniente sustituirlos por otros sistemas privados.

El Banco Mundial proponía establecer dos pilares básicos: uno de pensión mínima para “aliviar la pobreza en la ancianidad” gestionado por el sector público y otro de gestión privada basado en la capitalización. El argumento era simple, si la pensión contributiva no es otra cosa que un salario diferido del trabajador pero que este está financiando a los actuales pensionistas, y como cualquier sistema de transferencias de rentas a lo largo del tiempo, y entre sectores de población distintos en el momento presente, está sujeto a serios problemas y uno de ellos, que el Banco Mundial lo identifica como esencial: si no hay una proporción adecuada entre lo que hoy se cotiza y lo que actualmente hay que pagar en pensiones, las cotizaciones no serán suficientes. Si hay pocos cotizantes porque el desempleo es muy elevado, si se cotiza poco, porque los salarios son muy reducidos y, al mismo tiempo, si los jubilados son muy numerosos, el sistema puede no generar los recursos propios suficientes para funcionar con equilibrio financiero⁸.

⁵ Gete Castrillo, P. “Reforma de pensiones 2011(II)” en *RL* nº 20 de octubre de 2011 aclara “lo que la reforma no hace”.

⁶ World Bank. “Averting the Old Age crisis: Policies to protect the Old and Promote Growth”, New York: Oxford University Press, 1994

⁷ Navarro, V. “Globalización económica, poder político y Estado del Bienestar”. Ariel, 2000; Torres López, J. “Toma el dinero y corre. La globalización neoliberal del dinero y las finanzas”. Icaria. Barcelona 2005; Etxezarreta, M. y otros “Qué pensiones, qué futuro. El Estado de bienestar en el siglo XXI”, Icaria, Barcelona, 2010.

⁸ Entre las circunstancias en se justifica la Ley 27/2011 destacan: El aumento de la esperanza de vida; la reducción de la natalidad; la ralentización de los flujos migratorios; y el acortamiento de la carrera del seguro (incorporación tardía de los jóvenes y pronta expulsión de los mayores).

Esto es justamente lo que se aduce como causa principal de la enésima⁹ reforma del sistema de Seguridad Social y sobre cuyo diseño hay una clara y significativa coincidencia entre las organizaciones patronales, los organismos internacionales y los gobiernos de inspiración neoliberal de la UE, siempre con el apoyo explícito de los economistas teóricos más ortodoxos vinculados a entidades financieras (FEDEA, FUNCAS, La CAIXA, Servicio de Estudio y Fundación del BBVA).

La Ley 27/2011 se adecua al esquema propositivo básico de un nivel mínimo predominantemente público, aunque no exclusivamente; de un segundo nivel, profesional, con predominio de la iniciativa privada compatibilizada con la presencia de instituciones públicas; y de un nivel complementario, libre e individual, exclusivamente gestionado por el sector privado.

Es cierto que el diseño básico del sistema de Seguridad Social no se altera pero se exigen períodos de cotización más largos para acceder a las pensiones, se reduce su cuantía, incluso se congelan. Se mantiene el sistema de reparto (las cotizaciones del ejercicio sufragan el coste de las pensiones coetáneas) pero se refuerza la contributividad (prestaciones de cuantía y duración acordes con lo cotizado previamente) y se introduce el denominado factor de sostenibilidad del sistema: a partir de 2027, sus parámetros fundamentales se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada cinco años.

Es una modificación, aparentemente menos problemática que la radical, defendida por la constelación de organizaciones antes citadas, de la privatización de los sistemas públicos de reparto y su sustitución por otros de capitalización gestionado por el sistema financiero, pero que debilita un sistema que la población aprecia y ha hecho suyo¹⁰, aplicando reformas parciales como esta de la Ley 27/2011 -y la Ley 40/2007 - que, por un lado, reduce la cobertura y la capacidad protectora del sistema público y, paralelamente, anima a fortalecer el sistema complementario de gestión privada¹¹ dada la mengua futura de las ya escasas cuantías.

⁹ Gete Castrillo, P. "Reforma de pensiones 2011(I)" en *RL* nº 19 de octubre de 2011 describe la secuencia recomendaciones del Pacto de Toledo, dialogo con los interlocutores sociales en el marco del Diálogo social, quienes suscribieron, el 2-2-2011, el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, cuya Parte II está referido al Acuerdo para la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones, en el marco del cual se recogen una serie de compromisos plasmados en el Proyecto de Ley del Ejecutivo y aprobación por el Parlamento como "mero lugar de visado de la reforma".

¹⁰ Pag. 407 Sotelo, I. "El Estado Social", TROTTA, Madrid, 2010.

¹¹ En www.ocu.org solo se recomienda adquirir 5 planes de pensiones y de estos solo 3 tienen rendimientos positivos a un año, eso sí sin superar el 3,25% anual. En los últimos diez años, el 93% de los fondos del sistema individual obtuvo una rentabilidad inferior a la inflación y el 99,3% obtuvo una rentabilidad inferior a la de los bonos del Estado a 10 años.

En suma, las medidas que incluye la Ley 27/2011 abunda en la reducción progresiva de las prestaciones del sistema público; en la modificación de los sistemas de cálculo, aumentando los años necesarios para acceder a las prestaciones y los tenidos en cuenta para calcular el montante de las pensiones; en el aumento de la edad de jubilación; adopción de mecanismos que limitan la posibilidad de mejora sustancial de las pensiones recibidas. La Ley 27/2011, al partir del dogma demográfico, incide en el acceso a las pensiones y en las cuantías para mantener el gasto. Queda por plasmar un apoyo fiscal generoso a los fondos de pensiones privados.

El que la reforma de la Ley 27/2011 se sustenta en dogmas ideológicos puede no ser obvio cuando se apoya en informes que afirman que “las pensiones pasarán de representar¹² un 8.4% del PIB en el año 2007 a un 15.2% del PIB en el año 2060, lo cual convierte el sistema público de pensiones en insostenible” El consenso en que se apoyan y las afirmaciones¹³, con apariencias científicas, hacen temblar los cimientos de la Seguridad Social, y aceleran las reformas, cuando en realidad hace cincuenta años¹⁴ nos gastábamos en España menos de la mitad que ahora en pensiones públicas, y aún cuando el porcentaje del PIB en pensiones se ha más que doblado, y ello no ha implicado que haya menos recursos para los no pensionistas de modo que las pensiones pueden representar un 15% del PIB en 2060 y no ser ningún problema¹⁵.

¹² Predicciones así se realizan, por ejemplo, por Herce, José A. en “El futuro de las pensiones en España: Hacia un sistema mixto”. Servicio de Estudios de La Caixa. Barcelona. 1996 Herce, José A. y Alonso, Javier (1998). “Los efectos económicos de la Ley de Consolidación de la Seguridad Social”. Documento de Trabajo de FEDEA. “La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo”. La Caixa, Barcelona. 2000. Herce fue pronosticando que la Seguridad Social tendría un déficit del 0,62% del PIB en 2000 y del 0,77% en 2005; en otro trabajo de 1996 que el déficit sería del 1,37% del PIB en 2000 y del 1,80% en 2005; en otro estudio con J. Alonso que sería del 0,96% del PIB en 2000 y del 1,17% en 2005 y en su último estudio de 2000 que sería del 0,16% del PIB en 2005 y del 0,03% en 2005. Vid. Navarro, V. y otros “¿Están en peligro las pensiones públicas?” %ATTAC, Madrid, 2010.

¹³ FEDEA “Hacia un sistema público de pensiones sostenible, equitativo y transparente”, 7-10-10, en <http://www.fedea.net/propuestas/pensiones/>

¹⁴ Hace cincuenta años, el 30% de la población activa en España trabajaba en la agricultura alimentando a toda la población española. Hoy sólo el 3% trabaja en la agricultura y, como consecuencia del enorme aumento de la productividad, los trabajadores agrícolas producen más alimentos que hace cincuenta años. En vista de esta situación, es absurdo que hace cincuenta años algunos economistas hubieran alarmado a la población, indicando que la predecible bajada del número de trabajadores en el campo significaría que dentro de cincuenta años no habría suficientes trabajadores agrícolas para alimentar a la población. El fallo de aquellos argumentos alarmistas es que sus proponentes olvidaron el crecimiento de la productividad y el impacto que tal crecimiento tendría en la producción del alimento por trabajador. En 2060, consecuencia del incremento de la productividad, un trabajador podrá sostener a un pensionista (e incluso a más de uno).

¹⁵ Navarro, V. y otros “¿Están en peligro las pensiones públicas?” %ATTAC, Madrid, 2010 Si la productividad laboral creciera un 1.5% por año (una cifra razonable), esto querría decir que en el año 2060 el PIB sería 2.20 veces mayor que ahora, cifra que se calcula elevando el 1.5% a la 53 potencia (2060-2007= 53 años). Esto quiere decir que si el PIB fuera 100 en el año 2007, en el año 2060 serían 220 unidades. Naturalmente que el PIB en 2060 será mucho mayor que 2.20 veces que ahora, debido predominantemente a la inflación. Pero es importante comparar manzanas con

Estas tesis catastróficas del sistema de pensiones, basan su visión de la insostenibilidad del sistema de pensiones públicas en un argumento de gran impacto en la población por el determinismo demográfico que denota -y la fácil comprensión que supone que lo hace un argumento populista-, cuestionable entre otras razones por confundir esperanza de vida promedio en un país con la longevidad de sus ciudadanos. El hecho de que la esperanza de vida haya crecido sustancialmente en España se debe primordialmente al descenso de la mortalidad infantil, más que al crecimiento de años de vida de los ancianos, el cual ha sido mucho menor que el incremento de la esperanza de vida promedio del país.

El punto clave para determinar la viabilidad del sistema de pensiones no es el número de trabajadores cotizantes por pensionistas. En aquellos sistemas de pensiones basados en aportaciones procedentes del mercado de trabajo, el punto clave es la cantidad de aportaciones al sistema de Seguridad Social, que depende más de la productividad, que del número de trabajadores, así como del contexto político.

No se niega el que el sistema de pensiones deba reformarse, dificultando las excesivas prejubilaciones, facilitando la integración de la mujer en el mercado de trabajo, permitiendo voluntariamente el retraso de la edad de jubilación y otras medidas. Pero nunca concluir a partir de la necesidad de estas reformas que el sistema es inviable debido a la transición demográfica.

II. COMPLEJIDAD DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE; LA PROFESIONALIDAD

La incapacidad permanente es compleja porque es profesional, en el doble sentido de que es una incapacidad para trabajar y se trata de una incapacidad relacional pues para determinar el grado de la incapacidad, no sólo respecto de todo trabajo, sino también por lo que hace al trabajo que se venía desempeñando. Pero el problema ahí no se agota pues el impacto de esa incapacidad personal, para ser establecido de forma precisa, requiere la fijación de grados; y además, la individualización de la incapacidad hace cumplir a la prestación una función sustitutoria de los ingresos previos de activo y que ya no pueden obtenerse.

Por otra parte, tratándose de una incapacidad relacional, individualizada y graduada, es inevitable articular un sistema revisorio que controle y actualice la protección al ritmo

manzanas y no con peras. Es decir, que cuando digo 2.20 veces mayor, estoy utilizando monedas con la misma capacidad de compra. O sea que el PIB de 2060 que utilizo es el que España tendría descontando la inflación. Pues bien, en el año 2007 nos gastábamos 8 unidades en pensionistas y 92 en no pensionistas. Y en el año 2060 nos gastaríamos el 15% de 220, es decir, 33, en pensionistas y para los no pensionistas $220 - 33 = 187$. Resultado del incremento de la productividad, habrá más recursos para los pensionistas y para los no pensionistas.”

de la evolución de la incapacidad. La relevancia de los recursos previos (a través de la base reguladora de la prestación) y de la diferente intensidad de la tutela según los grados de la incapacidad, acaban por cuestionar la propia pensión hasta el punto de proponerse soluciones alternativas como el subsidio universal garantizado¹⁶.

Finalmente, al referirse la incapacidad profesional a la imposibilidad de obtener ingresos por el desempeño de un trabajo, esta prestación está relacionada con las oportunidades de trabajo del incapaz, lo que obliga a atender a la cuestión de las compatibilidades o incompatibilidades entre prestación y trabajo.

Esto hace que necesariamente sea problemática la aplicación de las garantías primarias y secundarias al traer a colación la condición profesional del trabajador así como la individualidad o singularidad de su desempeño profesional, poniendo en conexión el concreto trabajo con el concreto trabajador que padece una concreta reducción anatómica o funcional.

La propia complejidad de la prestación profesional de incapacidad permanente, con una estructura plagada de elementos conflictivos, cuestiona las garantías en que toda prestación social debe sustentarse, y así vemos:

a. La propia definición de la incapacidad permanente hace su aplicación concreta -no hay incapacidades sino trabajadores incapaces- deudora de un casuismo incontrolable¹⁷, donde es imposible establecer reglas generales o criterios estandarizados similares al sistema del Disability evaluation under social security norteamericano.

b. Puesto que la incapacidad permanente está graduada, existe en cada individuo una capacidad residual lo que le permite el desempeño paralelo de trabajos cuya realidad concreta puede poner en cuestión la propia existencia de la incapacidad permanente.

c. Dependiendo la función que se estime cumple la prestación se será partidario de la compatibilidad entre incapacidad permanente y trabajo, si se trata de cubrir la pérdida de ingresos previos; y negándola si se entiende que la prestación por incapacidad permanente ya los proporciona.

d. Si entendemos que la prestación cubre los ingresos perdidos por la incapacidad y por tanto es compatible con ingresos procedentes del trabajo

¹⁶ Págs. 87 a 102 Raventós, D. "El derecho a la existencia" ARIEL, Barcelona, 1999. Pág. 164 González Ortega, S. "Capacidad laboral de los incapaces..." en "La Seguridad Social en continuo cambio:..." BOMARZO, Albacete, 2010.

¹⁷ Pág. 535 Benavides Vico, A.: Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social, LEX NOVA, Valladolid, 2006. Págs. 202 a 205 AA VV (Rojo Cabezudo, R. M., Dir.): Patologías invalidantes y su aplicación práctica, CGPJ, Madrid, 2004.

probablemente nos enfrentaremos a la apertura de procesos sucesivos de incapacidad permanente que se sumaran a los preexistentes.

e. La incapacidad permanente es fronteriza con otras prestaciones del sistema - incapacidad temporal, desempleo, jubilación-, circunstancia que introduce complejidad y resalta los aspectos conflictivos en su relación con esas otras prestaciones. Las paradojas y antinomias que produce el que sea una prestación fronteriza afectan a la función que la incapacidad permanente cumple y que la aparta de la originariamente diseñada. Obliga a regular, con lo que implica de disminución de garantías por aumentar la aleatoriedad en su acceso, duración, cuantía etc..., la persistencia de la incapacidad y su existencia real para poner freno a un tránsito excesivo desde la incapacidad temporal; la asimilación de la incapacidad permanente a la jubilación requiriendo más carencia, dando más peso al principio contributivo y atribuyendo menor relevancia al grado en relación con la cuantía final de la prestación; un régimen de compatibilidad con el trabajo, variable según el grado de incapacidad permanente, pero evitando acumulaciones prestacionales innecesarias, en cuanto al desempleo.

III. NOVEDADES¹⁸ EN LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE CONTRIBUTIVA QUE INTRODUCE LA LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 27/2011 efectúa una reforma parcial del régimen jurídico de la prestación de incapacidad permanente para adecuar los efectos reflejos que en la misma causa la reforma del régimen jurídico de la pensión de jubilación.

La primera reforma afecta al sistema de cálculo de la base reguladora derivada de contingencias comunes para incrementar la contributividad de la prestación adecuando la protección al esfuerzo de cotización realizado por el beneficiario. Se aplica el nuevo sistema de determinación del porcentaje establecido para la pensión de jubilación para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, y también se establece para determinar la base reguladora en las pensiones derivadas de enfermedad común y para las de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de accidente no laboral desde situación de no alta un nuevo sistema de

¹⁸ Fernández Orrico, J. "Lo esencial en la reforma de la Seguridad Social de 2011: modificaciones en la acción protectora y regímenes especiales" *Justicia Laboral* nº 48, 2011; Toscani Giménez, D. "Las reformas llevadas a cabo en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia por la Ley 27/2011" *Civitas, Revista española de Derecho del Trabajo* núm. 153/2012.

integración de las lagunas de cotización aplicando también en este caso las reglas establecidas para la pensión de jubilación.

a) Se adecua el cálculo del porcentaje de la base reguladora, referido a la edad de jubilación ordinaria vigente en cada momento, en lugar de los 65 años de la anterior redacción de la letra b) del art. 140.1 LGSS , ahora se altera la referencia por la nueva edad ordinaria de jubilación vigente (art. 3.Uno Ley 27/2011 , que modifica la citada letra).

b) Se modifica la fórmula de integración de lagunas, según la lejanía desde el momento del hecho causante, estableciéndose tres tramos (art. 3 Uno Ley 27/2011 , que modifica el apartado 4 del art. 140 LGSS). Se encarga al Gobierno que realice una evaluación sobre la fórmula de integración de lagunas, en el plazo de un año, a contar desde el 1 de enero de 2013 (DA 8ª, L. 27/2011).

La segunda reforma afecta al régimen jurídico de la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena o propia y se introducen dos novedades:

a) Se establece la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el salario que reciba el trabajador en la misma o en otra empresa, pero siempre que “las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total” (art. 141.1 LGSS , en la redacción del art. 3 Dos Ley 27/2011).

b) Se establece la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con trabajo a partir de la edad de jubilación (nuevo apartado 3 del art. 141 LGSS incorporado por el art. 3.Tres Ley 27/2011). Esta previsión entrará en vigor el 1 de enero de 2014 [DF 12ª. 1.c)] L. 27/2011).

La tercera, no es una reforma, sino que es una paradoja de la reforma que al establecer un nuevo sistema para determinar la edad ordinaria de jubilación, provoca a su vez efectos reflejos en la regulación de la incapacidad permanente en particular en lo que se refiere a la limitación, por razón de edad, al acceso a la incapacidad permanente o a la revisión de grado. De modo que tras la reforma nos encontramos con la paradoja de que estos preceptos no han sido actualizados de manera que en algunas disposiciones se establecen prescripciones normativas en relación con la edad de acceso a la jubilación (art. 138.1 y 143.2 LGSS), mientras que en otras se sigue relacionando con la edad de 65 años (art.139.5 y 143.4 LGSS). Por tanto, si hasta ahora, el acceso a la pensión de incapacidad permanente, la posibilidad de revisión de la incapacidad permanente, o la determinación de la cuantía, se condicionaba al cumplimiento de la edad de 65 años, a

partir del 1-1-2013 (entrada en vigor de la Ley 27/2011 art.4) el condicionamiento se someterá al cumplimiento de la edad en la que a partir de los 65 años acredite 38 años y 6 meses trabajados o en todo caso a los 67, claro está una vez transcurrido el periodo transitorio. Analizaremos luego las variaciones que supondrá la modificación de la edad ordinaria de jubilación [art.161.1.a) LGSS] en el régimen jurídico de la incapacidad permanente.

IV. CONCRECIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La Seguridad Social¹⁹ es un sistema ideado para proteger a la población de una sociedad contra las privaciones económicas y sociales que pudieran afectarles. Según la OIT es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos.

La Seguridad Social cubre las privaciones que puedan sufrir los individuos, en lo que aquí nos atañe, por enfermedad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, invalidez. La incapacidad permanente²⁰ se caracteriza por una disminución o anulación de la capacidad laboral del trabajador que le produce una reducción en su salario o la definitiva pérdida del mismo. Por ello, la prestación de la Seguridad Social es una pensión, una prestación económica que va dirigida a compensar el lucro cesante en la unidad familiar del beneficiario.

Los distintos grados de incapacidad darán derecho a alguna o a algunas de las siguientes prestaciones económicas: cantidad a tanto alzado en la parcial; y una pensión vitalicia en el resto de grados.

La base reguladora responde al objetivo de adecuar el importe de estas prestaciones al salario realmente percibido por el trabajador, objetivo que la reforma desmiente pues mantiene la regulación de los complementos salariales pero sigue sin decir nada de la fórmula que ha de aplicarse para el cómputo del salario base y la antigüedad y las pagas extraordinarias, cantidades que, sin lugar a dudas, deben formar parte de la citada base reguladora, al amparo de lo dispuesto en el art. 120 LGSS con carácter general. Además, tras la reforma, a igualdad de edad, a unos les resultará mas favorable el porcentaje que a otros.

¹⁹ Para el análisis de la Seguridad Social en España, De la Fuente, M. "El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro". Comares, Granada, 2006.

²⁰ Págs. 39 y ss. López Gandía, J. y Romero Rodenas, M.J. "La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión", Bomarzo, Albacete, 2011.

Ambas prestaciones económicas -pensión, o cantidad a tanto alzado-, al amparo de lo dispuesto en el art. 120 LGSS , se determinarán en función de la totalidad de las bases de cotización efectuadas durante los periodos que se señalan para cada una de las contingencias protegidas a las que se aplicará un multiplicador o porcentaje para establecer su cuantía. En los casos de pluriempleo (art. 162.5 LGSS) y de pluriactividad [DA 38.a) LGSS] se aplicarán las normas específicas para incrementar la base reguladora con el límite de la base máxima.

La base reguladora de las prestaciones por contingencias profesionales es común para todos los grados de incapacidad, salvo para la parcial, y viene dada por la DA 1 la del RD 4/1998 que sustituye, en parte, al art. 60.2 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 que ha permanecido vigente tras las reformas de 1969, 1972 y 1994.

La base reguladora ya fue afectada de una manera muy importante por la Ley 40/2007 de modo que resultaba de dividir por 112 las bases de cotización²¹ de los ocho años inmediatamente anteriores (96 meses), teniendo en cuenta que los dos últimos años se tomaban por su valor nominal y los anteriores revalorizados o actualizados mes a mes de acuerdo con el IPC, añadiéndose en esta reforma del 2007 un segundo cálculo, en un intento de aproximar la incapacidad permanente a la de jubilación, sólo que antes, en la incapacidad permanente afectaba a la base reguladora y en la jubilación a los porcentajes a aplicar a la misma.

Así, al resultado obtenido según las normas de cálculo mencionadas se le aplicaba un porcentaje que correspondía en función de los años de cotización según la escala prevista para la jubilación en el art. 163 ap. 1 LGSS computando los años que restaban al interesado desde la fecha del hecho causante hasta cumplir 65 años. En caso de no alcanzarse 15 años de cotización, en la suma total, se aplicaba un porcentaje del 50%, por analogía como en cotización. El importe resultante constituirá la base reguladora a la que se aplicarían los porcentajes correspondientes según el grado de incapacidad permanente. Sin embargo, en caso de que el trabajador, con 65 o más años, accediese a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación la cuantía de la pensión de incapacidad permanente sería equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora, en los términos antes expuestos, el porcentaje que corresponda al periodo mínimo que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación, porcentaje cifrado en el 50% de la base reguladora, por lo que, en estos casos, cualquiera que sea el grado de incapacidad permanente reconocido, la

²¹ Sin olvidar aquellos casos en los que se exigía un periodo mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtenía de manera análoga a la referida, pero computando las bases de cotización de los mismos meses cuya cotización se exija, y excluyendo de la actualización los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante.

pensión siempre será equivalente al 50% de la correspondiente base. Es decir que en caso de incapacidad permanente absoluta no se aplicará el porcentaje del 100% sino el 50%. En los supuestos de gran invalidez la cuantía de la pensión resultante según los criterios anteriores podrá incrementarse en el porcentaje que veremos a continuación.

Con la Ley 27/2011 la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común se halla mediante el cálculo del cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante.

Para el cómputo de dichas bases se atiende a dos reglas:

1) La primera, igual a la antes dicha, establece que se tienen en cuenta las bases²² correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante de acuerdo con su valor nominal, mientras que de otro lado, las restantes bases se actualizan de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el periodo de bases no actualizables. No obstante, en el caso en que se exija un periodo mínimo de cotización inferior a 8 años, la base reguladora se obtiene de forma análoga, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de los meses de que conste el periodo mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, la actualización las bases correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquél en que se produzca el hecho causante.

2) Al resultado obtenido se le aplica el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para la pensión de jubilación en razón al tiempo cotizado durante toda la carrera laboral -sistema que se aplicará de forma paulatina-; considerándose a estos efectos como cotizados los años que resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento (con anterioridad a la reforma se recogía la edad de 65 años, por lo que al modificarse la edad ordinaria de jubilación se adapta la redacción a la misma), aplicándose en todo caso el porcentaje del 50%, si el beneficiario no alcanzase 15 años cotizados.

²² Esta nueva regulación obliga a hacer un recorrido analítico por la LGSS y normas de desarrollo para el cómputo de cotizaciones; esto es, los periodos cotizados de trabajo y los equiparados como los periodos de reducción de jornada y excedencia del art. 180 LGSS, por maternidad biológica de la DA 43.a) LGSS, suspensión del contrato por víctima de violencia de género del art. 124.5 LGSS, los ingresados en virtud de convenio especial, los periodos de maternidad/paternidad que subsistan tras la extinción de la relación laboral; los periodos a favor de la mujer solicitante de la pensión de un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo (y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple), siempre y cuando no se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas; etc.

Con esta regla, ya establecida con anterioridad a la reforma actual, el sistema de determinación de la base reguladora intensifica la contributividad²³ al conseguir una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones obtenidas a través de la regla de determinación del porcentaje de la pensión de jubilación, lo que provoca una aparente mayor relación entre la cuantía de la pensión y la carrera de seguro del beneficiario. Sin embargo, si se compara con el sistema anterior sólo resultará neutro para quienes acrediten 37 años cotizados, supuesto en el que el porcentaje a aplicar sería del 100%. En los demás supuestos su aplicación supondrá una disminución de la cuantía de las pensiones, pudiéndose generar diferencias entre beneficiarios con igual grado de incapacidad e idéntica base reguladora, pues su monto ya no sólo depende del grado de incapacidad sino también del esfuerzo de cotización realizado antes del hecho causante y de la propia edad del beneficiario en dicho momento, luego al afectar a las pensiones derivadas de incapacidad permanente tanto en grado de total como de absoluta se acaba tratando igual situaciones que no lo son. Con anterioridad la diferencia entre ambos grados venía dada fundamentalmente por el porcentaje, que sólo se atenuaba cuando el pensionista estaba en condiciones de poder solicitar la incapacidad permanente cualificada a partir de los 55 años. Ahora las diferencias se atenúan pues puede adquirir más importancia la base reguladora que el propio porcentaje final por lo que puede prevalecer y tener más importancia la carrera del seguro que el propio estado invalidante en el cálculo de la pensión resultante si comparamos, por ejemplo, un inválido total con muy buena carrera del seguro con un inválido absoluto pero con peor carrera.

Si añadimos que la situación del incapaz absoluto no es la misma en relación con el mercado de trabajo que quien se encuentra en situación de incapacidad permanente total pues, aunque cabe que realice otras actividades, éstas deben ser marginales y en todo caso indiciarias de mejoría y de una necesidad de revisión de su grado, el despropósito aumenta. Aunque la reforma del 2011 no deja mejor parados a los sectores de trabajadores en incapacidad permanente total pues mantiene la infraprotección cuando lo lógico, dada la situación precaria del mercado laboral, es que van a encontrar muchas dificultades para volver a ese mercado de trabajo, especialmente si son mayores de 45 o 50 años, siendo insuficiente con que la reforma del 2007 contemplase un importe²⁴ mínimo para la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual (el 55% de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años), ni que tampoco

²³ Págs. 44 a 47. López Gandía, J. y Romero Rodenas, M.J. "La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión", Bomarzo, Albacete, 2011.

²⁴ A 31-12-2011, 2,6 millones de pensionistas reciben la pensión mínima posible dentro de cada régimen:

tras los 55 años se incrementa con el grado de cualificada, si la pensión tras el nuevo sistema se aleja de la cobertura actual.

La pensión vitalicia será una prestación económica resultado de los cálculos anteriores, que constituye la base reguladora a la que han de aplicarse, para determinar el importe de la pensión, los porcentajes que correspondan según el grado reconocido, es decir, el 55% en el caso de incapacidad permanente total ampliable en un 20% cuando por razón de la edad del beneficiario, su preparación general o especializada y las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, cuando se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior, circunstancias que se han objetivado en el hecho de alcanzar los 55 años y no obtener otro trabajo, o el 100% en el caso de la incapacidad permanente absoluta o la de la gran invalidez.

También se produce otra adaptación referida al modo de cubrir lagunas²⁵ de cotización que pudieren existir en el período que se tome en cuenta para determinar la base reguladora de la pensión por incapacidad, extendiendo a esta contingencia y prestación la medida reductora que en idéntico tema incorpora la reforma para la contingencia y prestación por jubilación, de modo que el ap. 4 del art. 140 quede en idénticos términos en que la presente reforma deja al ap. 1.2 del art. 162 LGSS, referido éste al cálculo de la pensión de jubilación.

Hasta ahora, se establecía que dichas lagunas se integrarían con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años. Con la nueva redacción se establece la integración de lagunas en los mismos términos determinados para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación²⁶, por cierto que mucho más complicado de aplicar y de peor condición que el sistema hasta ahora vigente. La reforma incorpora una nueva técnica -con reglas muy complejas- donde se pondera parcialmente, esto es, con límite temporal, el esfuerzo contributivo.

Las complejas reglas son:

1.^a Si durante los treinta y seis meses previos al período de cálculo de la base

²⁵ La doctrina del paréntesis con la Ley 27/2011 se mantiene. La eliminación del período de referencia para el cálculo de la base reguladora de aquellos lapsos de tiempo en los que no existió obligación de cotizar, retrotrayendo dicho período al momento previo en que cesó dicha obligación, sin proceder, por tanto, a la integración de lagunas con las bases mínimas ni, a partir del 1 de enero de 2013, con una combinatoria de bases reales y bases mínimas de cotización. Técnica sólo aplicable a la prórroga de la IT del art. 131 bis.2 LGSS, sin que pueda extenderse a otros supuestos diferentes, como los relacionados con la situación de desempleo de los beneficiarios (STS 25-4-2006, RJ 2006/3103).

²⁶ TORTUERO PLAZA, "La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización: aspectos básicos", *Aranzadi Social*, nº 3, 2011, pág. 202 (BIB 2011, 892). La filosofía de la reforma en este punto responde a una orientación restrictiva, toda vez que el sistema previo a la reforma permitía, sin límite temporal, cubrir las lagunas existentes con la base mínima vigente en cada momento para los trabajadores mayores de 18 años.

reguladora (es decir, entre los meses 301 a 336, contados hacia atrás desde la fecha del hecho causante de la pensión) existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización, hasta un máximo de veinticuatro, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

En este periodo en ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de la integración.

2.^a Las siguientes²⁷ veinticuatro mensualidades con lagunas más próximas al período al que se refiere la regla anterior, esto es, al integrado con bases de cotización reales, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.

3.^a El resto de mensualidades con lagunas, se integrarán con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.

Al igual que ocurría en la precedente regulación si en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotización existe sólo durante una parte del mismo, procede la integración señalada, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar siempre que la base de cotización relativa al primer período no alcance la cuantía mensual que corresponda según la regla de integración que resulte aplicable en cada caso, de modo que la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

La DA 8^a L. 27/2011 prevé que por el Gobierno se evalúe, antes del 1 de enero de 2014, los efectos y el impacto que sobre las variables que para determinar el cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente tiene la nueva fórmula de la integración de lagunas de cotización.

²⁷ Esta era hasta ahora la regla general aplicable para la cobertura de lagunas de cotización en todo el período computable para el cálculo de la base reguladora de la pensión. "Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): Reforma de la incapacidad permanente y otros cambios en materia de acción protectora" *Aranzadi Social* núm. 10/2012 (BIB 2012\143)

V. COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE CON EL TRABAJO, A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2013

El cambio normativo del régimen jurídico de la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente opera de la siguiente manera:

1) Se permite la compatibilidad²⁸ de la pensión de incapacidad permanente total con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones de segunda actividad. El art. 141.1 LGSS determina la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de IPT con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta.

Con la reforma, 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 correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

Antes de la reforma había una clara prohibición pues la pensión de incapacidad permanente total tiene una función sustitutiva de las rentas de trabajo de la profesión habitual²⁹, y no es compatible con el salario derivado del ejercicio de dicha profesión habitual después de la declaración de tal situación; la compatibilidad prevista en la norma sólo alcanzaba a actividades distintas³⁰ de aquellas para las que se declaró la incapacidad permanente (STS 18-1-02).

La reforma hace para unos mas compleja la obtención de esta pensión y para otros, pequeños colectivos profesionales, la reforma establece un privilegio sin ninguna justificación razonable e incompatible con la filosofía restrictiva que inspira la reforma y que contradice la lógica evolutiva que debiera seguir la noción de

²⁸ Gómez Caballero, P. "La incapacidad permanente: algunos aspectos de la modalidad contributiva" Civitas REDT nº 112, 2002.

²⁹ Rivas Vallejo, P. "La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente..." *Aranzadi Social* 17/2007; Luján Alcaraz, J. "Profesión habitual a efectos de calificación de la IPT" *Aranzadi Social*; Fabregat Monfort, G. "La profesión habitual como determinante de la IPT" *Aranzadi Social* 7/2005 y págs. 41 y ss. "La movilidad funcional por razones objetivas" Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002.

³⁰ Sin embargo, la jurisprudencia ha permitido compatibilizar el desarrollo de segunda actividad en la misma empresa y pensión de IPT (STS 10-10-2011) para el caso de bombero que pasa a segunda actividad. La enmienda nº 188 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia y Unió se justifica en ella.

profesión habitual habida cuenta de la progresiva flexibilidad funcional a la que se somete a los trabajadores.

La cuestión central para determinar la incompatibilidad o compatibilidad entre trabajo remunerado y pensión de incapacidad permanente total lo constituye el concepto de profesión habitual, concepto que ha transitado en la jurisprudencia de la concreción a la indefinición. Así, desde la STCT 24-1-75 en la que se entendía como profesión habitual el conjunto de trabajos que constituían el contenido del puesto desempeñado por el trabajador independientemente de los correspondientes a su categoría profesional, se pasó a identificar profesión habitual con un concepto más amplio que el puesto de trabajo (STS 12-2-03), y así señalaba que se entendía por profesión habitual aquella en la que el trabajador esté cualificado para realizar y el empresario lo pueda destinar de acuerdo con su potestad de *ius variandi*. En igual dirección se pronunciaron las sentencias que se inclinaban por ajustar profesión y categoría profesional (STS 23-2-06 #(\$ 249770)#) para llegar a la STS 28-2-05 que considera que el concepto de grupo profesional excede del concepto de profesión habitual, sin que ello quiera decir que se efectúe una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo. En definitiva, el concepto de profesión habitual se encuentra en un lugar indefinido e intermedio entre los conceptos de puesto de trabajo, categoría profesional y grupo profesional.

En suma, con la nueva redacción legal del art. 141.1 LGSS , que pasa a hablar de imposibilidad de desarrollar la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, lo que se cambia es el propio concepto de incapacidad permanente total, más exigente, de modo que para acceder a esa condición no bastará la inhabilidad para las tareas fundamentales de su puesto y otros análogos, sino que habrá que atender a las posibilidades de movilidad funcional dentro del grupo, lo que implicará una mayor dificultad para acceder a esa situación. El criterio jurisprudencial seguido a la hora de admitir la compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente total y trabajos (por cuenta ajena o propia) variará cuando entre en vigor la reforma que supedita la compatibilidad a que, en la nueva actividad, las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. Significa que habrá que estar a algo más que al puesto de trabajo desempeñado y su denominación. Es fácil maliciarse que la interpretación del concepto de “funciones”, juegue mas a la hora de dificultar el acceso a la pensión que en la compatibilidad con un trabajo productivo.

Si la cuestión de la profesión habitual como elemento determinante de una

incapacidad permanente total ya era compleja tanto en su identificación como en su determinación a efectos de compatibilizar la prestación con una nueva ocupación, mayor complejidad se va a generar al remitirse la reforma a “profesión que ejercía el interesado” o “grupo profesional en que aquella estaba encuadrada” pues nos tendremos que enfrentar al módulo temporal al que ha de referirse la profesión considerada (STS 7-2-2002) o cuando por ejemplo el beneficiario sea un trabajador precario³¹ con cortos contratos temporales para variadas profesiones o cuando no haya claridad alguna en el Convenio a la hora de definir el grupo profesional, situación reiterada en los actuales sistemas convencionales que mal definen y dejan de ser instrumentos clasificatorios, con lo que hará difícil determinar para qué es incapaz el trabajador y, en consecuencia, qué puede o no ejercer en base a su capacidad residual.

2) Se añade una extensión del régimen de compatibilidades de la jubilación a los pensionistas de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la jubilación.

La reforma añade una regla más.

Según el art. 141.2 LGSS la percepción de pensiones vitalicias en casos de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirá el ejercicio de actividades compatibles con el estado de inválido, aunque sean lucrativas, siempre que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. La norma plantea dos problemas: determinar cuáles son esos trabajos³² “compatibles” y no determinantes de revisión del grado de incapacidad; y qué se entiende por trabajos que no representen un cambio en la capacidad de trabajo que posibilite la revisión.

La compatibilidad que consagra el art. 141.2 LGSS alcanza a cualquier actividad que la incapacidad que sufre el pensionista le permita realizar, siempre que no represente un cambio en la capacidad de trabajo del inválido ya que, de producirse éste, operaría la revisión. La última doctrina del tribunal Supremo es más favorable a la compatibilidad del trabajo, permitiéndola siempre que el trabajador no hubiera tenido una mejoría patológica que supusiera la revisión de

³¹ Supuesto habitual que hace imposible aplicar el criterio de la STS 9-12-2002 para trayectorias profesionales, situación en las antípodas del mercado laboral actual precario, fragmentado, quebrado.

³² La STS 30 enero 2008 , lo ha resuelto asumiendo una interpretación flexible que se apoya en la literalidad del precepto y se aparta del criterio tradicional, hasta entonces mantenido por los tribunales, según el que los trabajos “compatibles” resultaban ser los integrados por cometidos laborales que “en atención a su jornada o a su retribución”, podían considerarse marginales y no constitutivos de medio fundamental de vida.

grado (SSTS 30-1-08 ,; 23-4-09).

La Ley 27/2011 ha optado por añadir al art. 141 LGSS un apartado 3 en el que se introduce un cambio de criterio al respecto, aplicable a partir del momento en que el pensionista alcanza la edad de acceso a la pensión de jubilación, y así se dispone, que el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación, será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o ajena, que determine su inclusión en algunos 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 art. 165.1 segundo párrafo LGSS .

Este nuevo apartado lo que realmente pretende es extender al pensionista de incapacidad permanente, cuando alcanza esa edad, un régimen de compatibilidad de la pensión similar al establecido, con carácter ordinario, para la jubilación con una asimilación de las situaciones de incapacidad permanente y de jubilación, a partir de dicha edad, con lo que una aparente afirmación general se plaga de excepciones.

La primera excepción es que se incorpora la posibilidad de que estos pensionistas -en razón al tiempo trabajado-, al igual que los que accedan a la jubilación en la modalidad contributiva, puedan compatibilizar, una vez cumplida la edad de jubilación, el disfrute de la pensión con un trabajo a tiempo parcial con las limitaciones generales a la compatibilidad de la pensión con el trabajo del art. 141.2 LGSS , lo que en todo caso exige que esa actividad a tiempo parcial sea compatible con el estado del incapaz, así como que no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

La segunda excepción en atención a la remuneración percibida, hay que señalar que con fecha 2-8-2011 entró en vigor para la pensión de jubilación y a partir del día 1-1-2013 entrará en vigor para las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, la posibilidad de compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con la realización de trabajos, por cuenta ajena o propia, cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI en cómputo anual. Se añade que quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de Seguridad Social, e igualmente que estas actividades por las que no se cotice no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social (art. 165.4 LGSS).

La tercera excepción a la incompatibilidad con el desempeño por el pensionista de un trabajo se determina por la actividad que desarrollaba el pensionista, y así autónomos a los que se permite el disfrute de la pensión de vejez con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha

titularidad (art. 93.2 OM 24-9-1970), y profesionales liberales que a partir del 1-1-2013, su ejercicio será compatible con el percibo de la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez en los mismos términos establecidos para la pensión de jubilación.

El nuevo apartado 3 del art. 141 LGSS distingue dos situaciones de compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez: las disfrutadas antes de cumplir la edad de acceso a la jubilación a las que se aplica el régimen jurídico anterior (art. 141.2 LGSS); y la que se produzca, tras la reforma³³, a partir de la edad de jubilación a las que se aplicará el régimen establecido para la jubilación.

Una vez en vigor el precepto y transcurrido el derecho transitorio, el nuevo sistema de incompatibilidad será aplicable a los trabajadores con 65 años que acrediten cotizados 38 años y 6 meses, con cualquier otra edad entre los 65 años y los 67 cuando se acredite el citado periodo cotizado y en todo caso con 67 años.

La novedad no es tal pues la Ley ya veta el acceso a la pensión de incapacidad permanente, si deriva de contingencias comunes pero siempre que además de alcanzar la edad de jubilación se acrediten los demás requisitos para devengar la pensión de jubilación. En la medida en que en el tenor del nuevo apartado 3 que al art. 141 LGSS tan solo se habla de la edad y no del derecho a la pensión de jubilación, se genera una discriminación³⁴ por una cuestión de edad entre pensionistas de incapacidad permanente sin potencial derecho a pensión de jubilación y los que sí lo tienen; así como es contradictorio el que simultáneamente se disuada y se incentive la continuidad en el trabajo más allá de aquella edad por parte de pensionistas de IP que vienen compatibilizando su pensión con otra actividad que se les ha admitido como compatible hasta esa edad de jubilación y que ahora se les impide por el mero dato de la edad.

³³ El momento en el que se produzca la distinción de situaciones será el 1-1-2013 fecha en la que entra en vigor la nueva redacción referente a la edad ordinaria de jubilación; si bien, se recoge específicamente que el nuevo apartado relativo a la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación (art.141.3 LGSS) entrará en vigor el 1-1-2014 [DF 12ª.1.c) Ley 27/2011].

³⁴ Estas disfunciones y las creadas por las políticas activas de empleo, debieran ser merecedoras de un repaso normativo que aporte coherencia, y no se limite solo a extender a las situaciones de incapacidad permanente de GI o IPA la posibilidad de incurrir en trabajo a tiempo parcial, al igual que esta figura se aplica a jubilados ex art. 165.1 LGSS . Sería deseable que, al igual que se ha matizado la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total con las rentas de otro trabajo distinto al que originó la incapacidad, que se contemplaran todos los supuestos de pensiones posibles, no solo el del percibo de pensión pública y trabajo de profesionales liberales a que se refiere la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo . También hubiera sido bueno que en los casos de concurrencia entre pensión y trabajo por cuenta propia que no genere encuadramiento, por resultar los ingresos generados inferiores al SMI a que se refiere la DA 31ª L. 27/2011 , se hubiere extendido también a la incapacidad permanente, y no solo a la jubilación.

Cuando el nuevo apartado 3 del art. 141 LGSS remite el régimen de compatibilidades a los “términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva” en el art. 165.1 LGSS , está fijando la incompatibilidad del disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez a partir de la edad ordinaria de jubilación con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. En tal sentido, se establece que el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de la Seguridad Social (art.16 OM 18-1-1967). Esta nueva norma no impide que a partir de la edad de jubilación se compatibilice la percepción de las pensiones de incapacidad, en los grados de absoluta o gran invalidez, con aquellas actividades lucrativas que no determinen la inclusión en el sistema (por ejemplo en los términos del art. 7.6 LGSS) y, por supuesto, con las no lucrativas, siempre que, unas y otras, no supongan un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de su revisión.

VI. PARADOJAS REFERIDAS AL ACCESO A LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE, A LA POSIBILIDAD DE REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y A LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

La reforma introduce más paradojas, esta vez referidas al acceso a la pensión de incapacidad permanente, la posibilidad de revisión de la incapacidad permanente, o la determinación de la cuantía, en cuanto se condicionaba al cumplimiento de la edad de 65 años.

Los preceptos que lo regulan -arts. 138.1 , 139.5 y 143.2 y 4 LGSS - no han sido actualizados de manera que en algunas disposiciones se establecen prescripciones normativas en relación con la edad de acceso a la jubilación -arts. 138.1 y 143.2 LGSS -, mientras que en otras se sigue relacionando con la edad de 65 años -arts.139.5 y 143.4 LGSS -.

Por tanto a partir del 1-1-2013, entrada en vigor de la Ley 27/2011 , el condicionamiento se someterá al cumplimiento de la edad en la que a partir de los 65 años acredite 38 años y 6 meses trabajados o en todo caso a los 67, una vez transcurrido el periodo transitorio.

De esta manera, la modificación de la edad ordinaria de jubilación -art.161.1.a) LGSS - supondrá³⁵ las siguientes variaciones en el régimen jurídico de la incapacidad permanente:

³⁵ Págs. 163 y 164 Puebla Pinilla, A. y Trillo García, A “Reformas Laborales y de Seguridad Social” EFL, Madrid, 2011.

a) No se reconocerá el derecho a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, haya cumplido la edad de 67 años, o a partir de 65 cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que para ello se tenga en cuenta las pagas extraordinarias, y en la medida de su aplicación transitoria (DT. 20ª LGSS).

b) Toda resolución inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente la fecha a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima de 67 años o a partir de 65 años cuando se acrediten 38 años y medio de cotización, sin que para ello se tengan en consideración las pagas extraordinarias, y en la medida de su aplicación transitoria.

c) En cambio, cuando el trabajador, con 65 o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, es decir el de edad y/o carencia, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización que esté establecido en cada momento para el acceso a la pensión de jubilación. En definitiva, el trabajador con 65 años podrá acceder a la pensión de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados si no cumple el periodo de cotización de 38 años y seis meses, lo que implicará que la cuantía de la pensión no pueda ser superior a la que correspondería a la pensión de jubilación tras aplicar el porcentaje mínimo que corresponda para acceder a ella.

d) Por último, las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de 65, con independencia de que acrediten o no 38 años y 6 meses de cotización, pasarán a denominarse pensión de jubilación sin que la nueva denominación implique modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo.

Como se aprecia, se subjetiviza el ámbito de extensión del régimen jurídico de la incapacidad permanente al adaptarse a las condiciones de edad y carrera de seguro del beneficiario, lo que confiere una mayor elasticidad a la protección, pues se accederá o no a la pensión.

VII. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES³⁶

El art. 3.4 L. 27/2011 adiciona la DA 56ª como último eslabón de la cadena de reformas sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, disponiéndose que el Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá a actualizar los importes, según baremo, de las lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de contingencias profesionales, reconocidas por la Seguridad Social de modo que cuando la merma producida por la lesión no alcance un porcentaje superior al 33% sea compensado con las pírricas cantidades recogidas en la Orden TAS/1040/2005 o en la venidera que renueve las cuantías, injustas e inoperantes como en los últimos 55 años de vida de estos baremos -desde el Decreto de 22 junio de 1956- y, por ello, germen propiciador de litigios instados por beneficiarios que buscan una recompensa adecuada a la limitación que el accidente de trabajo o enfermedad profesional les ha ocasionado.

VIII. CONCLUSIÓN

En suma, la incapacidad permanente, tras la reforma de la Ley 27/2011, es una prestación compleja, costosa, nada eficiente, generando situaciones tanto de sobreprotección como de infraprotección, y que incide en el sistema de seguridad social como prestación refugio frente a otras, más exigentes, como la jubilación.

La incapacidad permanente es una prestación a mejorar clarificando tanto la norma, que es quien debe decidir, como la jurisprudencia: 1) Que se protege, si la incapacidad de trabajo o la incapacidad de ganancia; 2) Si establecer una valoración relacional de la incapacidad permanente tomando como referencia el inicio de la actividad y la capacidad laboral existente en ese momento, o si valorarla de modo absoluto, como la situación en que se encuentra el trabajador en el momento de solicitar la declaración; 3) Si exigir una alta contributividad respecto de todas las incapacidades permanentes profesionales o sólo en relación a algunas -las originadas por enfermedad común-; 4) Si tutelar más a las incapacidades permanentes derivadas de riesgos profesionales o aplicar el principio de consideración conjunta de las contingencias; 5) Si defender su función erigiendo defensas frente a la protección de otras situaciones de necesidad diferentes (desempleo, jubilación) o regular un sistema de coordinación con esas prestaciones, aceptando una función plural de la incapacidad permanente.

³⁶ BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A. "Actualización del sistema de Seguridad Social (IV): Reforma de la incapacidad permanente y otros cambios en materia de acción protectora (1º)" *Aranzadi Social* nº. 10/2012 (BIB 2012\143)