

RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD PENSIÓN-TRABAJO Y ENTRE PENSIONES EN LA LEY 27/2011: ANÁLISIS DE UNA REFORMA INELUDIBLE

Por

MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca

polo@usal.es

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

RESUMEN: La Ley 27/2011 ha pretendido, como prácticamente todas sus predecesoras, efectuar algunos ajustes dirigidos en esta ocasión a incrementar la contributividad del sistema de Seguridad Social, actuando preferentemente sobre una contingencia como es la jubilación, que se erige en tanto que protagonista de la actuación legislativa. Sin embargo, ciertas modificaciones operadas sobre otras prestaciones han generado incertidumbre acerca de cuál va a ser su aplicación real en el futuro. Incongruencias sobre los efectos que una determinada edad desarrollará sobre distintas prestaciones y una falta de posicionamiento claro sobre cuestiones pendientes de solución, que siguen sin ser abordadas, plantean dificultades de interpretación en torno a lo que sería o no una percepción simultánea de dos pensiones o de su combinación con el desempeño de una actividad, sin que se haya aprovechado la oportunidad para ofrecer criterios diáfanos y válidos que vengan a resolver los interrogantes que subyacen hoy en día en el marco de la cobertura a los beneficiarios del sistema.

PALABRAS CLAVE: Compatibilidad entre pensión y trabajo, Percepción simultánea de pensiones, Derecho de opción.

SUMARIO: I. Previo.- II. Condición de pensionista y ejercicio de actividades remuneradas.- III. El complejo entramado de la compatibilidad entre pensiones de Seguridad Social.- IV.- Reflexiones finales.

PENSION AND JOB COMPATIBILITY'S REGULATION, AND BETWEEN PENSIONS, IN LAW 27/2011: AN UNAVOIDABLE REFORM ANALYSIS

ABSTRACT: The law 27/2011 has tried to carry out some adaptations aimed at increasing the Social Security's system tax collection, acting primarily on an even such as retirement, who becomes the protagonist of legislative action. However, some changes in other benefits have led to uncertainty about their actual implementation in the future. Some inconsistencies about the effects of a specific age will develop over different benefits and a lack of opinion on issues that require prompt resolution, raise interpretation difficulties about what should be or not a simultaneous earnings of two pensions or its compatibility with the practice of an activity, without having taken the opportunity to offer clear and valid principles that came to resolve the questions that remain nowadays under the cover of protection for beneficiaries of the system.

KEYWORDS: Compatibility between pension and job, Simultaneous earnings of pension, Right to choose.

SUMMARY: I. Previous.- II. Pensioner status and practice of remunerated activities.- III. The complex network between Social Security pensions.- IV. Final thoughts.

I. PREVIO

Uno de los objetivos primordiales perseguidos por la Ley 27/2011, de 1 agosto sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (en adelante, LAAM) es su voluntad de reforzar la contributividad del mismo estableciendo, tal y como plantea su Exposición de Motivos “una relación más adecuada entre el esfuerzo realizado en cotizaciones a lo largo de la vida laboral y la prestación contributiva a percibir”. Tal pretensión, que adquiere diversos matices a lo largo del articulado de la Ley, se revela, en una primera aproximación, como un propósito vinculado a una ordenación más eficiente del sistema, con fundamento, como exige la actual coyuntura económica, en una contención del gasto y en un intento, no exento de fundadas críticas, de mejorar y clarificar, una vez más, el complejo panorama que encierra todo modelo de protección social.

Ello no obstante, y como viene ya sucediendo de forma habitual en los últimos años ante cualquier innovación, reforma o modificación parcial, más amplia o meramente puntual, de las distintas instituciones que configuran el sistema, la apariencia de provisionalidad y de reforma no cerrada acecha a un esfuerzo del legislador para resolver problemas internos de funcionamiento y organización, con la novedad de que, en este último caso, se declaran abiertamente cuáles son los aspectos pendientes de revisión que deberán ser abordados en breve tiempo por el Gobierno. Así sucede con la DA 44ª LAAM, en la que se concede un plazo de dos años para que aquel elabore un informe sobre los efectos producidos en la prolongación de la vida laboral, reconociendo implícitamente que un balance negativo en los resultados obtenidos determinaría, en su caso, un replanteamiento en la decisión adoptada en este ámbito; o los supuestos sucesivos presentes en la DA 20ª (estudio sobre las actuales cotizaciones de los autónomos, con vistas a una eventual modificación); DA 21ª (estudio para delimitar los umbrales de pobreza, por si fuera necesario reorientar las políticas públicas dirigidas a su erradicación, o la elaboración de un proyecto de ley sobre una reordenación integral de las prestaciones no contributivas), tareas de pendiente ejecución que ponen de manifiesto, desde luego, la necesidad de elaborar un nuevo Texto Refundido de la LGSS “en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos vigentes en materia de Seguridad Social”, para el cual la DA 25ª concede un plazo de

dos años, o lo que se anuncia de forma silenciosa pero con el riesgo de repercusión directa en el sistema, para abordar un informe en seis meses sobre el grado de desarrollo de la previsión complementaria y las medidas adecuadas para promover su desenvolvimiento (DA 19^a), aspecto no suficientemente destacado, no tanto por lo que dispone en cuanto a encargo al Gobierno de un análisis sino por lo que augura de posibles recortes dentro del sistema público de protección para potenciar una atención de carácter complementario a la que en el momento actual amplias capas de la población no tendrían la posibilidad de acceder. Por último¹, ese factor de sostenibilidad que, en teoría, pretende mantener la proporcionalidad entre cotizaciones al sistema y expectativas de prestaciones, y que sitúa en 2027 (dentro de quince años, por lo tanto), en un lapso de incierta apreciación por desconocer qué factores podrían alterar unas previsiones actuales que, es evidente, no van a permanecer invariables, y que podrían tanto empeorar, incrementando el número de solicitantes de algún tipo de cobertura del sistema, como mejorar y alterar, por tanto, los análisis previstos: DA 59^a LGSS). Tal año coincide, como es sabido, con el momento en que la avalancha de solicitantes de pensión de jubilación como consecuencia del *baby boom* de principios de los 60 se encontrará en su punto más álgido, probablemente con un incremento adicional en uno o dos años de la esperanza de vida, contándose con ese dato de certeza pero que apenas permite intuir el estado real en la situación financiera, por lo que nos parece excesiva esa previsión a tan largo plazo, revisable además por períodos de cinco años, en lo que no sería sino introducir otro elemento más de incertidumbre y transitoriedad.

Estos ejemplos servirían de muestra para extraer tres ideas fundamentales de lo que la LAAM puede suponer en el día a día en cuanto a la aplicación de su contenido: por una parte, su consideración vinculada a una etapa más en la cambiante evolución de la Seguridad Social en función de cada ciclo económico, que parece implicar un paso adelante pero que solo el transcurso del tiempo permitirá medir su verdadero alcance y significado; en segundo término, el carácter parcial de la reforma, al centrar preferentemente sus esfuerzos en la adaptación de la pensión de jubilación en sus diferentes facetas: ordinaria, anticipada, parcial e incluso forzosa, tipología que la LAAM ha optado por conservar, y que la nueva DA 10^a LGSS asocia a la garantía del trabajador de poder obtener al menos el 80% de la base reguladora para el cálculo de su pensión, sin que otras contingencias hayan recibido, siendo conveniente e incluso podríamos afirmar que imprescindible, atención orientada a revisar ciertos contenidos

¹ Sin ánimo de ser exhaustivos, destacamos que la LAAM recoge otros encargos al Gobierno, como estudiar en qué forma se va a computar el período de atención de hijos, personas con discapacidad o en situación de dependencia para ser aplicado a la carrera de seguro de las mujeres (DA 5^a), o la valoración del nuevo cálculo de las pensiones en cuanto a integración de lagunas de cotización (DA 8^a).

cuestionables, como sucede, por ejemplo, con la incapacidad permanente; finalmente, habría que destacar la ausencia de una sistematización eficaz en la decisión legislativa de fijar compatibilidades e incompatibilidades de prestaciones, sin un criterio claro, coherente y, sobre todo, clarificador que explique las razones que han llevado a adoptar tal acuerdo.

Esta es, precisamente, la argumentación que nos proponemos desarrollar: cuál es el estado actual de la cuestión, qué ha cambiado en punto a admitir una percepción simultánea de dos prestaciones, qué directrices se han fijado, su acierto o desacierto, máxime cuando es una cuestión de largo recorrido en la doctrina jurisprudencial, que ha debido suplir las carencias normativas ausentes hasta ahora de precisión y, básicamente, lo que quedaría por hacer, pues son simples aportaciones puntuales que no vienen a resolver de forma definitiva el interés particularizado de percibir dos o más prestaciones que el solicitante considera compatibles o, en su caso, la concurrencia con el trabajo, aspectos todos ellos que trataremos a continuación.

II. CONDICIÓN DE PENSIONISTA Y EJERCICIO DE ACTIVIDADES REMUNERADAS

1. Incapacidad permanente total y realización de funciones diferentes

La excesiva judicialización a que ha llevado la debatida compatibilidad entre el desempeño de un trabajo con la percepción de una pensión en razón a la afectación en la capacidad plena para trabajar ha desembocado en una mínima corrección legislativa en referencia, en primer término, a la incapacidad permanente total y que trata de aclarar algunos puntos oscuros sobre los que no existía coordinación judicial de pareceres. La LAAM suprime del art. 141.1 LGSS la mención tradicional de “profesión habitual” ejercida hasta el momento de declaración de la incapacidad y estima más acertado vincularla a la profesión que desempeñaba el interesado (que, por supuesto, si venía cumpliéndola con anterioridad a nadie se le oculta que seguiría siendo la habitual) o del grupo en que aquella profesión estaba encuadrada. Ha sido más bien esta novedad una acomodación al catálogo de grados de incapacidad que recoge el art. 137 LGSS y que no contempla ya esa antigua vinculación con la profesión habitual sino una redacción coincidente con el criterio que habrá de seguirse para la determinación del grado que corresponda.

Precisamente, por los problemas interpretativos que desencadena la literalidad del art. 141.1 *in fine*, admitiendo la compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente total y el salario del trabajador “con el alcance y las condiciones que se determinen reglamentariamente”, la LAAM opta por suplir esa remisión con la delimitación de

funciones que podrán ser ejercitadas en tal circunstancia: que sean distintas a las que generaron la incapacidad.

Es esta una solución meramente paliativa, que no reemplaza en absoluto la labor que corresponde en su quehacer diario a los órganos jurisdiccionales para resolver las reclamaciones que presentan los particulares ante una decisión denegatoria de la entidad gestora. Bien es cierto que la regulación precedente no daba respuesta a la multitud de interrogantes suscitados en torno a las condiciones de prestación de ese trabajo y a la capacidad residual del beneficiario para continuar realizando una actividad remunerada, pero es justo reconocer que una afirmación tan escueta como la de que la compatibilidad será plena siempre que se trate de desempeñar otras funciones distintas no mejora la regulación de una categoría tan compleja como es ésta, e incluso puede plantear dificultades de interpretación, al no contener mención alguna de que, evidentemente, han de ser funciones susceptibles de ser desarrolladas por el incapacitado y que no pongan en peligro su estado de salud, algo que el legislador ha obviado y que venía siendo puesto de relieve frecuentemente en los pronunciamientos judiciales.

Se sigue dejando, por consiguiente, en manos de los tribunales la determinación de qué funciones serían tales y, con toda probabilidad, ahora más que nunca vamos a asistir a una profusión de reclamaciones judiciales a las que el primer filtro denegatorio por parte del INSS no será capaz de poner freno.

¿Cuáles serían los aspectos básicos que se destacan como incuestionables en la percepción simultánea de una pensión de incapacidad permanente en grado de total y los ingresos derivados del trabajo? Resulta significativo que a pesar de la supresión de toda referencia a profesión habitual en la LGSS , los órganos jurisdiccionales sigan manteniendo, tal vez por inercia, dicha mención² porque, de forma inconsciente, el resultado de sus argumentaciones corre el riesgo de verse influenciado por un factor que se supone ya en desuso.

De manera incontrovertida, se destaca el carácter profesional sobre el que se basan los diferentes niveles de incapacidad incluidos en el art. 137.2 LGSS , con un triple objetivo que cualquier actividad realizada a partir de ese momento no podrá desconocer: imposibilidad de seguir cumpliendo con las tareas básicas de lo que hasta entonces venía constituyendo su profesión (y, a partir de la LAAM , con las del grupo profesional en la que ésta quedaba encuadrada); percibo de una prestación cuya finalidad esencial es de compensación, puesto que intenta solventar esa afectación en la capacidad para el trabajo, que no es plena pero que sí repercute en la oportunidad, al menos teórica, de

² Como ejemplo, cabe citar la reciente STS 10-10-2011 Rec. 4611/2010 .

obtener ingresos similares y, por último, en su papel tradicional, como mecanismo de garantía para que se desencadene la protección del sistema ante ese recorte económico que sufre el incapacitado.

Sin embargo, y aun atendiendo a ese carácter profesional en cuanto a la catalogación de una eventual incapacidad, no es posible ignorar la discordancia que se produce a partir de la LAAM respecto a la doctrina ya reiterada que ha venido defendiendo el TS sobre la base de que esa valoración de la incapacidad se residencia en la profesión desempeñada (algo que la LAAM sigue manteniendo) y no en el puesto o en una concreta categoría profesional³. Como quiera que el grupo profesional se configura por el art. 22.2. ET como un concepto más amplio que engloba diferentes categorías profesionales y diferentes funciones o especialidades, necesariamente habrá de operarse en adelante tal giro interpretativo, al tomar como referencia la LAAM el concepto de grupo profesional y ampliar los elementos valorativos que deberán ser utilizados⁴.

Podrían ser cuestionables los casos en que el desempeño de segunda actividad en esa profesión es meramente nominativo, manteniendo una identidad de funciones que conllevaría una semejanza con la situación anterior, no solo incompatible con la percepción de ingresos derivados de tal status sino además incluso más favorable en términos económicos. Así, la declaración de incapacidad permanente total, con las consecuencias que lleva aparejadas en cuanto a la realización de tareas en la misma empresa que resulten adaptadas a su capacidad de trabajo, ha venido acompañada en ocasiones de un pase a segunda actividad, estadio en el que se libera a todo trabajador de una carga importante de trabajo, con tareas de menor entidad, incluso conservando su escala, categoría y retribución, pero que en el caso de que sea una circunstancia añadida a la condición de incapacitado no puede, como es obvio, mantener efectos parejos, y tendría que realizarse una comparativa entre funciones típicas de la segunda actividad en esa concreta profesión y, dentro de este ámbito, adaptar tales funciones al declarado incapacitado, que solo de este modo podrá compatibilizar esas nuevas tareas con el percibo de la pensión⁵.

La Ley no ha estimado como un factor que plantee dificultades la permanencia del incapacitado en la misma empresa o su vinculación posterior con otra en la que pase a

³ Habrá de ser, por consiguiente, el *ius variandi* empresarial el que, en virtud unas veces de la categoría profesional del trabajador y otras atendiendo a su grupo profesional, determine qué funciones específicas habrán de ser cumplidas. Vid. SSTS 12-2-2003 Rec. 861/2002 ; 27-4-2005 Rec. 998/2004 .

⁴ Doctrina con un largo recorrido ya desde STS 28-1-2002 Rec. 1651/2001 y que se reproduce en S. 17-5-2006 Rec. 1571/2005 .

⁵ Vid. STS 10-10-2011 Rec. 4611/2010 ; STSJ Cataluña 9-12-2010 RecS 6122/2009.

realizar una nueva actividad. En ambos casos, lo determinante es la falta de coincidencia al encomendarle funciones equiparables a las que dieron lugar a su incapacidad. Como es lógico, solo la empresa en la que venía prestando su trabajo conocerá con certeza cuáles eran tales funciones, mientras que en una nueva entidad cabe el riesgo de incumplir con esa previsión, aunque no necesariamente de forma deliberada. Por eso es tan importante una correcta valoración de la situación, pues atendiendo a ese factor quedará asegurada la percepción por parte del incapacitado de la pensión inicialmente reconocida.

Tal y como se plantea la declaración de este grado de incapacidad en los últimos años y su compatibilidad con un trabajo remunerado, resulta bastante revelador el celo con el que viene actuando el INSS en torno a la afectación de la pensión por el hecho de desarrollar una nueva actividad. Y es que la entidad gestora suele actuar en consecuencia ante una falta de comunicación por parte del pensionista de que ha comenzado a prestar su nuevo trabajo, cuando es algo que va implícito en la propia naturaleza de este grado de incapacidad: se reconoce precisamente un 55% de la base reguladora para que el interesado no se aparte del mercado laboral y pueda seguir desempeñando tareas dentro de otra profesión distinta. Por tanto, y en principio, ningún permiso o autorización tendría que conceder la entidad gestora para hacer efectivo ese derecho constitucional al trabajo, sin que hayan de derivarse consecuencias perjudiciales ante un silencio del trabajador por incumplir lo que no es sino una mera formalidad administrativa⁶. Consideramos que quizá el INSS podría aprovechar tal circunstancia para forzar una interpretación en perjuicio de los intereses del trabajador, puesto que no puede enjuiciar qué tipo de tareas se han pasado a realizar una vez declarado un determinado grado de incapacidad, al ser algo que no forma ya parte de las competencias de dicha entidad gestora. Atendiendo a tales supuestos, se ha interpretado⁷ la incongruencia de que la declaración de incapacidad no sea un proceso cerrado, en el que el INSS pudiera, a su conveniencia y sin límite temporal, valorar las secuelas padecidas en función de las sucesivas profesiones a ejercitar en el futuro. Con tal proceder solo se conseguiría acrecentar una inseguridad jurídica para el afectado, que ya de por sí se ve limitado en sus plenas facultades laborales, y extralimitar los efectos de una resolución administrativa a un ámbito sobre el que no debiera en modo

⁶ Que solo daría lugar, en virtud del RD 1071/84 23 de mayo a una sanción y, en su caso, a un reintegro de cantidades indebidamente percibidas, sin que esa falta de comunicación constituya causa automática de devolución de lo percibido sin una previa constatación acerca de su procedencia. Vid. STSJ Madrid 30-9-05 RecS2915/2005.

⁷ Cfr. STS 22-1-2002 Rec. 1651/2002.

alguno actuar⁸. Las funciones del INSS deberían, pues, quedar circunscritas a la declaración del grado de incapacidad que corresponda, atendiendo a la realidad del momento en que las lesiones se evalúan, que habrán de ser en principio incurables e irreversibles, siendo suficiente con este criterio para sustentar un concepto de incapacidad que quizá con el transcurso del tiempo pueda cambiar, por lo que nos movemos simplemente en el terreno de la probabilidad. Pero asumido tal hecho, el INSS no puede ir más allá de lo que la ley le permite asumiendo una tarea legislativa que no le ha sido reconocida, como es la de acordar la suspensión automática en el percibo de una prestación por el solo hecho de realizar una actividad sobre la que no existen elementos fundados que impidan su cumplimiento.

El legislador hubiera debido actuar de forma mucho más restrictiva en este tipo de cuestiones⁹, optando por el no reconocimiento de esa compatibilidad entre pensión y trabajo habida cuenta de que se iba a reconocer una prestación para compensar esa disminución de capacidad, pero lo cierto es que se decantó por otra postura mucho más beneficiosa cual es la de reconocer una prestación en menor cuantía al ser calculada sobre la aplicación de un 55% a la base reguladora con fines precisamente de concurrencia de otros ingresos procedentes del trabajo, favoreciendo así la permanencia del incapacitado dentro del mundo laboral e instituyendo un criterio general de compatibilidad entre dos vías de ingresos diferenciadas pero complementarias, cuyo único límite lo contempla, en cuanto desarrollo reglamentario del art. 141.1 LGSS , el art. 24.3 OM 15 de abril de 1969, que dispone expresamente tal compatibilidad. Solo si el desempeño de una nueva ocupación pudiera verse afectada por esa capacidad reducida del trabajador, podría éste acordar con la empresa la reducción del salario en función de las facultades subsistentes, sin que esa reducción pueda exceder el 50% de la cuantía de la pensión y, por supuesto, sin que sea una imposición externa a los contratantes, sino procedente en exclusiva de un acuerdo libremente aceptado por ambos. De ahí que cualquier intento de la entidad gestora de actuar de forma bien preventiva, para evitar un agravamiento del grado de incapacidad ante lo que se considera una actividad susceptible de empeorar el estado general de salud del trabajador, o incluso “invasiva”, asumiendo competencias que no le han sido asignadas en cuanto a decidir la suspensión en el percibo de la pensión en tanto el trabajador continúe prestando una actividad que ninguna disposición formativa le prohíbe, debiera ser eliminado de raíz,

⁸ No sería posible, por ello, someter a nuevo análisis de cualificación cada desempeño profesional ulterior a la declaración de la incapacidad permanente total para una determinada profesión, porque tal actuación no solo carecería de soporte normativo alguno sino que sería contraria al art. 141.1 LGSS y a los preceptos reglamentarios que lo desarrollan. Vid. STS 6-2-2007 Rec. 4854/2005.

⁹ Así lo destaca la STS 28-1-2002 Rec. 1651/2001 .

ante una literalidad de la Ley que, aunque meridianamente clara, recibe sistemáticamente otra interpretación por parte del INSS, sin atender a las restricciones que el art. 18.4 OM 18 de enero de 1996 refiere en exclusiva a grados más elevados de incapacidad.

Es por eso que discrepamos del criterio mantenido por el TS¹⁰ que, llegando a idéntica solución, sustenta su argumentación en la aplicación del RD 1071/1984 23 de mayo¹¹, el cual, en su art. 2 establece la obligación por parte de cualquier pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de comunicar a la entidad gestora la iniciación de una nueva actividad, incumplimiento que en su apartado 2 remite al Decreto 2892/1970 12 de septiembre¹², norma que si bien no ha resultado expresamente derogada, al menos para el supuesto que nos ocupa debe considerarse inaplicable, en primer lugar porque ciñe sus efectos en exclusiva al Régimen General, luego todas aquellas actividades desempeñadas anteriormente en los diferentes Regímenes Especiales y que han generado el derecho a una pensión de incapacidad permanente, o bien las actividades nuevas que pasa a desempeñar el pensionista de forma compatible con la prestación y que se realicen fuera del ámbito del Régimen General quedarían automáticamente excluidas de una eventual sanción, predicable de forma limitada a las infracciones cometidas dentro de este último Régimen. Pero es que además, y en una segunda consideración, el art. 2.2. RD 1071/84 se remite al art. 7.1 Decreto 2892/70, que atribuye la calificación de falta leve a la ausencia de comunicación a la entidad gestora de las variaciones en la situación del trabajador que deban ser puestas en su conocimiento, es decir, sin que conste una mención expresa del dato concreto de simultaneidad de trabajo y pensión, aspecto lo suficientemente relevante como para no ser objeto de interpretación extensiva ni analógica en comparación con otras alteraciones en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de la pensión y que la entidad gestora debiera en todo caso conocer. Como último dato a tener en cuenta, destaca la traslación del contenido de este Decreto, prácticamente con la misma estructura, a la regulación actual de las infracciones y sanciones en el orden social incorporadas en el RDL. 5/2000 4 de agosto (LISOS)¹³, que solo por aproximación contempla como infracción grave (art. 25.1) efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones cuando exista incompatibilidad legal o

¹⁰ Cabe citar la S. 30-10-2001 Rec. 1480/2001, seguida por otras decisiones en materia de suplicación, como STSJ País Vasco 23-7-2007 RecS 1410/2007.

¹¹ BOE 7 de junio.

¹² Por el que se aprueba el Reglamento General de faltas y sanciones del Régimen General de la Seguridad Social. BOE 12 de octubre.

¹³ BOE 8 de agosto.

reglamentariamente establecida, a salvo de los supuestos de desempleo parcial del art. 26.2, no equiparable a la cuestión que examinamos porque la compatibilidad con el trabajo aparece legalmente reconocida, o también, con la misma calificación de gravedad, no comunicar que se dejan de reunir los requisitos para su percepción, algo que es asimismo inaplicable pues la iniciación de actividad no supone la pérdida de una prestación pensada para su combinación con el trabajo. Ante la ausencia de una derogación expresa, la solución podría oscilar entre dos extremos: defender la falta de vigencia del Decreto por ser una disposición de rango inferior opuesta a la regulación contenida en la LISOS, o bien, y en el supuesto de entenderlo subsistente, aplicar la literalidad del RD 1071/84 en su remisión al art. 8.1 del Decreto, que no prevé en modo alguno la suspensión de la pensión reconocida, tal y como viene practicando la entidad gestora, sino un simple apercibimiento que no iría más allá de un recordatorio en cuanto a la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con un trabajo que pueda ser desempeñado por el pensionista y que, desde luego, y con las nuevas previsiones del art. 141.1 LGSS en redacción conferida por la LAAM, no coincide con las mismas funciones que dieron lugar a la declaración de incapacidad.

No es ésta, sin embargo, la postura que habría que mantener en relación con una incapacidad permanente total con origen en una enfermedad profesional, en la que la compatibilidad con el trabajo debe llevarse hasta sus últimos extremos a fin de preservar el estado de salud del incapacitado y la no agravación de sus dolencias. Aquí sí se podría defender una especial vigilancia por el trabajo desarrollado a continuación de una declaración de incapacidad con vistas a evitar que tareas en sectores afines pudieran desembocar en un empeoramiento de las secuelas, control efectuado a través de una autorización, que no mera comunicación, conferida por la entidad gestora, que revisará previamente la naturaleza y condiciones de esa actividad que el incapacitado se propone realizar y que la OM 15 de abril de 1969 refiere de modo estricto únicamente al Régimen General. Las motivaciones que sustentan esta exigencia se han articulado en beneficio del afectado, por lo que una aplicación genérica al sistema redundaría en una garantía de compatibilidad con el trabajo salvaguardando sus intereses. En contrapartida, y para que el ingreso en la nueva empresa vaya acompañado de una certeza en cuanto a los límites funcionales que inciden sobre el incapacitado, se hace recaer sobre los empresarios la carga de comprobar que previamente al inicio de esa actividad el trabajador ha obtenido la pertinente autorización (art. 43.2). La norma reglamentaria se refiere a ese cumplimiento “antes de admitirle al trabajo”, que se puede interpretar tanto en una fase anterior a la celebración del contrato o bien, una vez suscrito éste, diferir el inicio de la actividad hasta que esta autorización sea emitida por la entidad gestora. La falta de conformidad para ejercitar la nueva actividad solicitada, si a juicio del INSS no

confluyen los criterios de compatibilidad requeridos para su desempeño, ha llevado a la suspensión en el percibo de la pensión, no ya como una presunta sanción encubierta a falta del requisito de solicitud de autorización, sino que constatada ésta, la única manera de disuadir al incapacitado de que efectúe tareas que necesariamente van a reproducir los mismos síntomas padecidos a raíz de su enfermedad profesional, incluso de forma agravada, sería suspendiendo la pensión como fórmula de evitar una recaída. Tal actuación se hallaría respaldada por el art. 18.4 OM 18 de enero de 1996, que permite, en general y sin descender al grado concreto padecido, tal suspensión al exceder esa actividad laboral los límites del art. 141.2 LGSS , que excepciona la percepción de la pensión si el nuevo trabajo puede representar un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión¹⁴.

2. La edad como factor limitativo del trabajo en la incapacidad avanzada

A partir del 1 de enero de 2014, con un año de retraso para permitir una mejor dinámica adaptativa, los declarados incapacitados permanentes de forma absoluta o por gran invalidez se verán afectados por una restricción que nada tiene que ver con lo que, en un razonamiento lógico, habría de ser un empeoramiento de su estado y que determinará la incompatibilidad con el desarrollo de una actividad: el cumplimiento de la edad de acceso a la jubilación. De este modo, cualquier tipo de actividad, ya sea por cuenta ajena o propia, que dé lugar a inclusión en alguno de los Regímenes de Seguridad Social, eso sí, en los mismos términos y condiciones que los fijados para la pensión de jubilación del art. 165.1 LGSS , cuya redacción admite ciertas excepciones que, en consecuencia, serán igualmente objeto de extensión a tales supuestos de incapacidad, quedará interrumpida a partir de ese momento.

Implícitamente, ese nuevo art. 141.3 LGSS estaría reconociendo la plena compatibilidad con el trabajo durante la edad laboral, no resultando determinante la percepción de una pensión de incapacidad para negar de forma categórica la coincidencia de ambos tipos de ingresos. A pesar de esta conclusión, defendida a nivel jurisprudencial actuando siempre en beneficio del interesado, lo cierto es que se introducen a partir de ahora nuevos interrogantes sobre la vinculación o dependencia de la contingencia de incapacidad respecto a la jubilación, algo que, por otra parte, ya se había producido en el art. 143.4 LGSS , en términos meramente formales, pasando a denominarse pensión de jubilación cuando el pensionista cumplía la edad de 65 años, aunque conservando las mismas condiciones que dieron lugar a su reconocimiento. Da la impresión con esta novedad operada por la LAAM de que se aspira a mantener

¹⁴ Así se argumenta en la STSJ Cantabria 4-7-2006 RecS 490/2006.

prácticamente incólume el procedimiento de cálculo y las exigencias a acreditar para la obtención de la pensión de incapacidad en estos grados y, sin embargo, se imponen restricciones atendiendo al criterio de la edad que no necesariamente alcanzarían una razonabilidad fundada desde la perspectiva de una afectación para el desempeño del trabajo sobre la que el cumplimiento de la edad no tendría obligada repercusión.

En el momento de entrada en vigor de esta regla, el panorama era el siguiente: de forma inalterada, el art. 141.2 permite ejercitar actividades, sean o no lucrativas y lo sean por cuenta propia o ajena, siempre que se revelen como compatibles con el estado del incapacitado y no sean susceptibles de empeorar dicho estado, es decir, que no representen un cambio en su capacidad de trabajo que hubiera de ser objeto de una nueva revisión.

Innumerables han sido los pronunciamientos judiciales en los que se ha debatido sobre el tipo de actividad a realizar por el incapacitado, pero es indudable la llamada a equívoco que puede suponer lo que tradicionalmente se ha venido considerando como una incapacidad para todo trabajo o una invalidez que impide a la persona valerse por sí misma. Ante una falta de previsión normativa, reconociendo una eventual compatibilización con un trabajo de desconocidas características y peculiaridades, los tribunales han tratado de ofrecer unos criterios orientativos sólidos que solo en sede judicial han favorecido la satisfacción de expectativas de los afectados.

Durante mucho tiempo, se identificaba la figura del inválido absoluto o del gran inválido con una persona que solo podía realizar trabajos marginales, de escasa duración, con una mínima complejidad y que en ningún caso serían comparables a la actividad ejercitada por un trabajador carente de cualquier limitación funcional para su trabajo. Este criterio favorecía la fácil apreciación de supuestos en los que sería factible admitir esa compatibilidad, quedando fuera todos aquellos otros casos en los que el incapacitado quisiera extralimitarse en unas tareas que se le suponían irrealizables, pues el art. 24.4 OM 15 de abril de 1969 no aportaba ningún dato adicional a lo dispuesto en el art. 141.2 LGSS .

La STS 2-2-79 marca un punto de inflexión al declarar la posibilidad de que cualquier inválido absoluto, sin perjuicio de analizar cuál sea su capacidad de trabajo, pueda realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna y sin asimilarlas con actividades superfluas, accidentales o esporádicas y, por supuesto, pudiendo ser perfectamente retribuidas. Desde entonces, todas las reclamaciones de los interesados en petición de que se permitiera desarrollar una ocupación de forma regularizada han sido resueltas en dicho sentido, manifestando que una definición legal como es la de incapacidad absoluta o gran invalidez no puede entenderse en la literalidad de las palabras, pues por muy grave que sea aquélla,

siempre restará una mínima capacidad que podrá ser utilizada en ciertas ocupaciones, por lo que el criterio de la compatibilidad debe ser siempre flexible¹⁵, relativizando así un concepto de incapacidad excesivamente riguroso que no haría sino entorpecer el derecho al trabajo del art. 35 C.E . que debe asimismo reconocerse a estos sujetos¹⁶. Quedaría cerrado entonces el recurso a normas reglamentarias, a las que, a diferencia del apartado 1 del art. 141 , el párrafo 2 no se remite en ningún momento y que, de ser tenidas en cuenta por la entidad gestora a efectos de acordar una suspensión en el percibo de la pensión, determinarían su calificación como *ultra vires* respecto a la manifestación legal de compatibilidad que incorpora tal precepto de la LGSS¹⁷.

Por tanto, el desempeño de una nueva actividad no legitima a la entidad gestora para suspender sin más el percibo de la pensión, sino que, al objeto de resolver cualquier duda que surgiera en torno a una presunta mejoría del incapacitado, se podrá llevar a cabo una revisión de su estado aunque no se hubiera superado el plazo marcado en la declaración originaria de incapacidad (art. 143.2 párrafo 2 LGSS), y ésta es la única actuación permitida al INSS porque, de otro modo, impedir la compatibilidad con el trabajo sin indagar sobre la evolución de las secuelas, o actuando en contra de los resultados del reconocimiento efectuado, situaría al incapacitado en una peor posición que respecto a quienes padecen un grado de total, a todas luces inaceptable¹⁸. En definitiva, solo si las actividades no son adecuadas para el interesado, la entidad gestora podrá actuar; en todas las demás circunstancias, se tendría que resolver a favor de la compatibilidad o de la revisión de grado¹⁹ como modo de garantizar la pervivencia de un estímulo económico por el ejercicio de una actividad que, es sabido, supone un notable esfuerzo para el incapacitado pero que redundaría en beneficio de la reinserción social de este colectivo²⁰.

La introducción del nuevo apartado 3 en el art. 141 LGSS pone en duda que este objetivo pueda ser cumplido a partir de la edad de jubilación, ya que deja de tener significado desde ese momento, en que, aparentemente, se cierran las puertas a la continuidad en el mercado laboral. Apuntemos algunas incoherencias que no han sido

¹⁵ SSTS 6-3-89; 1-12-2009 Rec. 1674/2008 .

¹⁶ Como así lo estima el TS ya desde SS. 6-10-87; 3-11-87; 23-11-87; 26-1-89; 20-2-89.

¹⁷ SSTS 30-1-08 Rec. 480/2007 ; 14-10-09 Rec. 3429/2008 .

¹⁸ STS 14-10-09 Rec. 3429/2008 .

¹⁹ STS 1-12-09 Rec. 1674/2008 .

²⁰ SSTS 30-1-08 Rec. 480/2007 ; 10-11-08 Rec. 56/08; 14-10-09 Rec. 3429/2008 . Se alude ya a la sustitución de "minusvalía" por el hecho de ser discapaz para cosas concretas, de manera que con el trabajo retribuido se alcanzan objetivos tan deseables como la integración social, el fomento de la empatía y la solidaridad entre las personas y el mantenimiento de la propia y ajena estima. Cfr. STSJ País Vasco 15-11-05 RecS 1749/2005.

suficientemente meditadas y que tendrán que ser resueltas cuando este precepto adquiriera vigencia:

- una duda recurrente que reaparece siempre que se hace mención a la edad de jubilación y que con la LAAM amplía aún más su espectro, por la diversidad contingencial que se introduce en su articulado: cuál ha de ser esta edad a la que se refiere el art. 141.3, pues en el antiguo 161.1 la edad ordinaria de jubilación y que servía como guía siempre que se apuntaba a ese motivo como desencadenante de ciertos efectos era la de 65 años. Cuando se produzca la entrada en vigor del renovado art. 161.1 el 1 de enero de 2013, cabría entender que los 65 años sería una edad de jubilación condicionada a un período de carencia progresivo, que cedería finalmente su lugar a los 67 como factor referencial, es decir, que atendiendo al hecho de que el incapacitado haya cotizado durante el tiempo en el que ha combinado su pensión con el trabajo, si eventualmente acreditara los períodos de carencia exigidos para acceder a la jubilación, se aplicarían, en hipótesis, los mismos criterios para acceder a la pensión de jubilación a tal edad, pero lo frecuente es que su carrera profesional no haya sido tan dilatada, ni siquiera computando el tiempo cotizado que sirvió en su día para devengar su pensión, por lo que no cabe establecer correspondencia entre cotización acreditada y edad de jubilación en estos casos. Como alternativas, cuatro posibilidades: prescindir de cualquier elemento referencial de cotización, con lo cual se pudiera congelar la edad en 65 años, que sería el momento del cese en el trabajo de los incapacitados, aunque para los futuros jubilados sea requisito añadido ir incrementando el período de cotización; aplicar la literalidad del art. 161.1 desde su entrada en vigor, que sitúa la edad de jubilación en 67 años (que, en su caso, se rebaja a 65 solo para los futuros jubilados con un tiempo creciente cotizado); ir aplicando sucesivamente el incremento de edad, haciéndolo coincidir desde 2013 con el año natural, hasta considerar que de manera definitiva en 2027 la edad ordinaria de jubilación quedará establecida en 67 años o, en último término, arbitrar una segregación entre los que llegados a una determinada edad acreditaran la cotización vinculada a cada tramo y la de aquellos otros, la mayoría con cotización insuficiente, para configurar así una edad diversificada de finalización de la actividad que llevaría a un resultado absurdo.

No es ésta una cuestión meramente trivial, pues supone poner en entredicho la propia existencia de una edad ordinaria de jubilación y, desde luego, introducir altas dosis de incertidumbre extendiendo sin más unos requisitos pensados para una carrera de cotización completa hacia lo que sería una imposición de fin de

actividad articulada sobre una edad de difícil delimitación.

- la pregunta que surge de modo inmediato ante la lectura del art. 141.3 es por qué la realización de una actividad por parte de un incapacitado absoluto o gran inválido ha de cesar necesariamente alcanzada una edad y no sucede lo mismo con la incapacidad total. En este último grado, la afectación para la capacidad en el trabajo es importante, puede dedicarse a otra profesión distinta adaptada a sus facultades laborales y, sin embargo, no se le asocia una consecuencia similar. La explicación a esta diferencia de criterios nos la brinda la Exposición de Motivos, siquiera con una argumentación no excesivamente convincente, como sería la necesidad de fomentar la inserción laboral de los incapacitados, objetivo que perdería su sentido después del cumplimiento de la edad de jubilación, remitiéndose a la Recomendación 18ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo. Pero es que da la casualidad de que esta Recomendación no introduce diferenciaciones internas entre distintos grados de incapacidad, solo aproxima, como viene ya sucediendo desde hace años, la incapacidad permanente a la jubilación, y en este punto en concreto prevé que el régimen de compatibilidad en la pensión de incapacidad debe regirse por los mismos criterios de compatibilidad que, con carácter ordinario, se puedan establecer para la pensión de jubilación y, que sepamos, la jubilación parcial permite desarrollar una actividad en forma reducida percibiendo pensión y salario de forma conjunta, tal y como venía sucediendo con pensión y trabajo en la incapacidad permanente absoluta y en la gran invalidez. Si la edad no afecta necesariamente a su capacidad reducida de trabajo y si el volumen de ingresos derivado de percibir salario y pensión tampoco experimenta un incremento llegado a esa edad, no entendemos por qué la LGSS pretende privar a esas personas de parte de la cuantía económica que se hallaban percibiendo hasta el momento, pues ello puede desembocar en una pérdida de derechos que conduzca a este colectivo a la pobreza. Entendemos, a este respecto, que alguna solución se debe adoptar antes de que se dejen sentir de forma significativa los efectos de esta reforma, y que bien podrían pasar por tomar en consideración las nuevas cotizaciones efectuadas con posterioridad al reconocimiento de la pensión, a fin de incrementar su cuantía.

- es incierto, por otra parte, que en relación con esa imposibilidad de que el incapacitado continúe trabajando se apliquen los mismos términos y condiciones que para la pensión de jubilación, pues ésta adquiere multitud de variantes que no son en modo alguno predicables de la incapacidad, y además de forma coherente

con lo que dispone el art. 143.4 LGSS , que únicamente prevé el cambio de denominación a partir de la edad de jubilación pero ninguna otra modificación en las condiciones en las que se viene percibiendo, lo que entra en flagrante contradicción con el nuevo art. 141.3 .

- otro dato a tener en cuenta es la afirmación categórica de incompatibilidad absoluta entre pensión y trabajo una vez llegada esa edad, que debiera haberse atemperado con la mención a un procedimiento de revisión que, ya fuera por empeoramiento progresivo o por el deterioro lógico del paso del tiempo, hicieran recomendable interrumpir ya de forma definitiva la prestación de actividades.

- no deja de ser inquietante la afirmación de incompatibilidad con trabajos que den lugar a inclusión en alguno de los Regímenes de Seguridad Social lo que, a sensu contrario, daría a entender dos cosas: que el pensionista puede seguir desempeñando exclusivamente actividades marginales del art. 7.2 LGSS , que no constituyen medio fundamental de vida y, por tanto, que impedirán obtener el mismo nivel de ingresos con el que contaba anteriormente, o incluso marginales en el sentido de que no abarcan el núcleo esencial de una actividad, con lo que la retribución estará en consonancia y determinará el mismo resultado económico o bien, en una segunda vertiente, que tratará por todos los medios de continuar prestando una actividad ya de largo recorrido sin esa inclusión en ningún régimen de Seguridad Social pero conservando en igual o semejante medida las retribuciones con las que venía contando. Este es el riesgo de cercenar el percibo de una remuneración de modo indiferenciado para todos los incapacitados absolutos o grandes inválidos sin examinar adicionalmente si mantienen o no las mismas facultades para desarrollar esas funciones. Se podría haber optado por una solución intermedia, como la prevista en el nuevo art. 165.4 y que admite la realización de trabajos por cuenta propia (pudiendo resultar extensible también al trabajo por cuenta ajena) de los jubilados cuya retribución sea inferior al Salario Mínimo Interprofesional, trasladándolo a los incapacitados, a modo de etapa de transición, para que gradualmente fueran disminuyendo su actividad.

3. Las distintas vertientes de la jubilación y su conexión con el trabajo

3.1. Nuevos planteamientos en la jubilación parcial

Como regla general, que adquiere asimismo variedad de matices, el art. 165 LGSS sigue considerando incompatible el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista, remitiéndose a las excepciones que legal o reglamentariamente se

determinen, la primera de las cuales se recoge en el párrafo siguiente, en lo que sería una jubilación parcial con percibo de prestaciones reducidas, tanto en lo referente al salario como a la propia pensión, y que ha sido objeto de diferentes retoques a lo largo del tiempo, el último de ellos por obra de la Ley 40/07, de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social ²¹. La LAAM ha optado por no alterar excesivamente una regulación ya de por sí compleja, producto de sucesivas adiciones y rectificaciones y que hacía descansar esta figura sobre la concurrencia simultánea de dos sujetos: el trabajador próximo a jubilarse, y que sería sobre el que actuaría la compatibilidad, y otro trabajador desempleado o vinculado a la empresa mediante un contrato temporal, que participaría también en esta fórmula con la posibilidad de pasar incluso a ser indefinido en la empresa tras la marcha del trabajador jubilado. La presencia del trabajador relevista estaría en función de la edad del jubilado parcial: el cumplimiento de la edad de jubilación y su continuidad en la empresa no exigiría de modo necesario la celebración simultánea del contrato de relevo; en cambio, el adelanto en esa edad, cuando faltaran al menos cuatro años (o cinco, si era mutualista el 1 de enero de 1967), y que ahora la nueva DT 22ª LGSS irá aplicando progresivamente, sigue obligando a contratar a un relevista sin que se haya estimado conveniente a su vez retrasar la edad de referencia, que seguirá siendo de 61 años, o de 60 en aplicación de la DT 3ª párrafo 1 norma 2ª .

La LAAM suprime la observación de la antigua letra e) art. 166 en la que se ponía de manifiesto la imposibilidad de que el puesto de trabajo desempeñado por el jubilado parcial sea el mismo o uno similar al desarrollado por el relevista. Parece que es éste un dato que carece de relevancia para el efecto que se reservaba únicamente al supuesto descrito. Con la nueva redacción del párrafo e), será suficiente con la existencia de dos trabajadores, independientemente de que compartan o no un mismo puesto de trabajo, debiendo quedar siempre garantizada la correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que las propias del trabajador relevista no podrán ser inferiores al 65% del promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial del trabajador de mayor edad, pequeño matiz que atiende a la base reguladora de una pensión de jubilación parcial ya calculada, y que anteriormente se limitaba a comprobar tal correspondencia en relación a la base por la que venía cotizando el trabajador que pasaba a acceder a la jubilación parcial.

²¹ BOE 5 de diciembre.

Con el fin de beneficiar al trabajador jubilado parcialmente con vistas a la obtención de futuras prestaciones, y aunque la jornada se haya reducido entre un 25%²² y un 75%, que es la franja sobre la que oscila el art. 166 , durante todo el tiempo a que se extienda la jubilación parcial, tanto empresa como trabajador cotizarán por la base de cotización que hubiera correspondido de haber seguido trabajando a jornada completa, en lo que supone una ventaja para el trabajador y un incentivo a su continuidad en la empresa. Para su aplicación, se atenderá a un proceso gradual por el cual en 2013 la base de cotización será equivalente al 30% de lo que hubiera correspondido a jornada completa, en tanto que a partir de 2014 se irá incrementado en un 5% anual hasta llegar en 2027 al 100% de la base que en hipótesis hubiera resultado de no haber trabajado a jornada parcial, y que se encuentra limitada por la prohibición de que en cada año ese porcentaje sea inferior al de la actividad laboral efectivamente realizada (D.T. 22ª LGSS).

Tal regla habrá de cohererse con la nueva redacción del art. 112 bis , que contempla la exención de cotizaciones, solo por contingencias comunes, salvo en caso de incapacidad temporal, si el trabajador está vinculado a la empresa con carácter indefinido y ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación, que a partir de la entrada en vigor de este precepto el 1 de enero de 2013 se bifurca, sin opción de incremento progresivo, en dos supuestos: 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización, o bien 67 años de edad y 37 años de cotización.

El mantenimiento de la pensión de forma parcial resulta condicionado a que, efectivamente, el trabajador comparta esa cuantía reducida con unos ingresos derivados de su trabajo. Se trata de ir preparando su salida del mercado laboral progresivamente, sin brusquedades, para lo cual debe existir correlación entre su permanencia en la empresa y la decisión que adopta de reducir proporcionalmente su jornada. Quiere ello decir que una inesperada expulsión del trabajador por decisión empresarial cuestionaría la continuidad de esa situación, puesto que a la pérdida del salario derivada de tal extinción contractual habría que añadir la percepción de una cuantía de la pensión cuyo único fundamento es la compatibilidad con un trabajo luego inexistente. El jubilado parcial carece de potestad para decidir una conservación de su pensión si pasa a celebrar un contrato a tiempo parcial con una nueva empresa, pues esa contratación ex novo carece de fuerza vinculante para configurar una pensión que es precisamente parcial porque procede de una reducción de jornada en la empresa de la que surgió tal compatibilidad, y que no puede trasladarse a una subsiguiente relación laboral. El interesado podrá, si lo desea, pasar a prestar servicios en otra empresa, si bien un

²² Incluso aunque ese porcentaje hubiera sido inferior, sería admisible, y la entidad gestora podría ajustarlo a ese mínimo para compatibilizarlo con la pensión. Vid. STSJ Cataluña 26-3-08 RecS 3183/2007, que aplica los requisitos porcentuales anteriores para obtener tal pensión.

nuevo contrato a tiempo parcial suscrito no guardaría relación alguna con su interés de continuar en su condición de jubilado parcial, quedando obligado el INSS a suspender la pensión durante todo el tiempo que perdure la contratación²³.

3.2. La complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación

Como novedad, la LAAM introduce una excepción al criterio general de incompatibilidad de pensión de jubilación y trabajo, para admitir el percibo de la misma junto con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional (art. 165.4 LGSS). Ante la ausencia de una explicación por parte de la Exposición de Motivos que pudiera aclarar el por qué de esta compatibilidad y cómo se ha incorporado tal situación en la LGSS, hemos de hacer objeto de nuestra atención la rúbrica de la DA 31ª LAAM : “complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación”, es decir, que lo que se pretende, parece ser, es que la pensión de jubilación, si es de cuantía insuficiente, pueda considerarse no solo compatible sino resultar mejorada a través de la realización de una actividad. Por tanto, la idea básica es que el pensionista pueda incrementar la cuantía de su pensión a través de un mecanismo similar a los complementos para pensiones inferiores a la mínima (art. 50 LGSS) pero cuando se trata de pensiones que no cumplen esos requisitos por haber superado el umbral de exigencia de aquéllos.

La posibilidad de que el pensionista realice trabajos por cuenta propia no va unida necesariamente a que sea un pensionista del RETA y que su pensión venga a ser complementada por esos ingresos en la misma actividad que venía realizando o en otra diferente de forma autónoma. Es más, podría ser perfectamente admisible haber desempeñado durante toda la vida uno o diferentes empleos por cuenta ajena y, una vez obtenida la pensión de jubilación, pasar a realizar este tipo de actividad por cuenta propia. Pero por cuenta propia no significa realizar actividades como autónomo: al dar la apariencia de que se trata de actividades marginales cuya cuantía económica no es relevante²⁴ no estaríamos hablando de un trabajador que hubiera de solicitar su alta ante el RETA. Es, simplemente, una puerta que la LAAM abre para que la prestación de este tipo de servicios, por los que apenas se obtendrán ingresos significativos, quede exenta de pertenencia a un Régimen de Seguridad Social y, por tanto, de cotizar, como bien refleja el propio art. 165.4 .

²³ Así resuelve un caso similar la STSJ Asturias 20-11-09 RecS 2175/2009.

²⁴ Existen algunos supuestos anteriores a esta nueva regla del art. 165.4 en que atendiendo al carácter esporádico u ocasional de la actividad, que además generaba más gastos que ingresos, se ha permitido su realización por considerar que de ello no se obtiene una ganancia económica. Cfr. STSJ Castilla y León (Burgos) 17-6-09 RecS 393/2009.

El tipo de servicios a realizar no quedan sometidos a ningún condicionamiento más: basta con que los realice un pensionista de jubilación (de no ser sí, como es obvio, surgirían las obligaciones de alta y cotización) y no se ha fijado ninguna edad límite, período de duración alguna para continuar desempeñándolos ni tiempo de dedicación máximo.

El motivo de por qué se ha excluido el trabajo por cuenta ajena no se ha exteriorizado: quizá exista el temor de que fuera una excusa para fomentar el trabajo no regular por parte de las empresas y, por consiguiente, no respetar unas mínimas condiciones laborales para los trabajadores, que estarían prestando una actividad combinada con su pensión por una cuantía siempre inferior al Salario Mínimo, algo inasumible en cualquier proceso de negociación colectiva. De ahí que una actividad por cuenta propia, aunque pueda parecer lo contrario, sea menos proclive al fraude: si el pensionista sabe que no debe hacerse cargo de sus propias cotizaciones y únicamente comunicar sus ingresos a efectos del IRPF, de cuyo pago la mayoría de pensionistas que optan por esta alternancia quedarán exentos por razón de la cuantía de ingresos, tal fórmula de compatibilidad será mucho más utilizada que si se imponen demasiadas trabas burocráticas o se exigen requisitos excesivamente onerosos.

Hay que tener presente, asimismo, que el art. 165.4 LGSS no establece restricción alguna procedente de la cuantía de la pensión recibida (se presupone, porque para algo estamos hablando de una complementariedad de ingresos respecto a la pensión de jubilación), solo fija la limitación en relación a la no superación de unas retribuciones por servicios prestados superiores al Salario Mínimo anual. Queda la incógnita de qué sucedería en el caso hipotético de que un determinado año superara esa cantidad: ¿debería devolverlo o se considera que sería un dato impeditivo de la continuidad de ese trabajo por cuenta propia? En nuestra opinión, y en espera de lo que se acuerde en un eventual desarrollo reglamentario, habría que reintegrar las cantidades percibidas por encima de ese límite, sin que se viera afectado el propio desarrollo de la actividad ni siquiera para el caso de que esa superación de ingresos fuera constante año tras año, respecto a lo cual entendemos que la entidad gestora no estaría habilitada a suspender la pensión con fundamento en tal motivo.

Como es obvio, y valorando el hecho de que el pensionista no va a cotizar, esas actividades que se prestan en modo alguno van a generar nuevos derechos sobre las prestaciones de Seguridad Social, esto es, ni sobre la pensión de jubilación ya reconocida y disfrutada, ni sobre otras expectativas en cuanto a una presunta necesidad de pertenencia, carente de virtualidad, al RETA.

Como última apreciación, la incomprensible exclusión que nuevamente se realiza de los pensionistas de incapacidad permanente, pues técnicamente solo quienes perciben

una pensión de jubilación *strictu sensu* atendiendo a su naturaleza y no a su denominación van a ser los beneficiarios de este reconocimiento. No cabe en este caso realizar una interpretación integradora, a favor de que también los incapacitados llegados a la edad de jubilación y cuya pensión pase a renombrarse como tal vean extendida esta ventaja, pues el art. 141.3 LGSS no deja lugar a dudas: a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación, ningún incapacitado permanente absoluto o gran inválido, aunque perciba una pensión englobada bajo la categoría de pensión de jubilación, podrá realizar trabajo alguno por cuenta ajena o propia, quedando cerrada para este último colectivo una vía de ingresos que por carecer de justificación razonable bien pudiera tratarse de discriminatoria. Por eso, el anuncio de que la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo será objeto de regulación próximamente, aunque sin fijar un plazo de actuación para ello, podría ser una buena oportunidad para resolver esas diferencias de regulación entre contingencias, por cuanto la DA 37ª LAAM aspira a garantizar un tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades realizadas, siendo ésta una materia que requiere respuesta urgente.

3.3. Pensión de jubilación y ejercicio de una actividad profesional colegiada

La DA 37ª LAAM incorpora uno de los contenidos más incoherentes y esotéricos de todo el proceso reformador de la Seguridad Social acometido por esta norma. Así, la propia rúbrica de la Disposición anuncia una compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo que vendría a reincidir en lo recogido en la DA 31ª, que responde a ese mismo empeño, ampliando, quizá de forma inconsciente, su ámbito de regulación a cualquier pensión, puesto que no menciona en el articulado que se limite solo a la pensión de jubilación, si bien luego pasa a entremezclar esa futura tarea normativa con lo que sería la alusión a una Orden ministerial que nada tiene que ver con el tema apuntado y que dispone un retorno al criterio anterior a esa disposición reglamentaria. Es decir, en todo este galimatías al que se llega con una técnica legislativa tan defectuosa, se encarga al Gobierno la elaboración de un proyecto de ley en el que se regule la compatibilidad entre trabajo y no sabemos bien si cualquier pensión o exclusivamente la pensión de jubilación, algo que ya se verá en el futuro. Pero aprovecha esta tesitura para efectuar una corrección en torno a un supuesto muy específico, sobre el que apenas se dan más detalles que el número de la disposición afectada, estableciendo su falta de aplicabilidad, aunque no su derogación expresa, como es la Orden TIN/1362/2011 23 de mayo.

Pudiera parecer, en buena lógica, que se vuelve a la regulación anterior ante algún motivo de peso que, por conveniencia, hubiera debido quedar expresado en la Exposición de Motivos. Sin embargo, ninguna explicación se ofrece ante el extraño proceder del legislador y, desde luego, no existe garantía alguna de que el Gobierno

vaya a abordar esta cuestión cuando proceda a elaborar el proyecto de ley que se le encomienda.

A fin de intentar clarificar en alguna medida esta confusa Disposición Adicional, recordemos que la citada Orden se refiere a una eventual incompatibilidad entre pensión de jubilación y ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia para la que se exige colegiación, derivada del hecho del cambio de normativa operado a partir de la Ley 30/95 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y cuya DA 15ª permitía seguir desempeñando la actividad por cuenta propia si el interesado había optado por pertenecer no al RETA sino a una Mutualidad de previsión social. Tras la modificación introducida en dicha Disposición Adicional por el art. 33 Ley 50/98 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, se incluyó la obligación de darse de alta en el RETA salvo que esa Mutualidad reuniera los mismos requisitos que dicho Régimen a efectos del nivel de protección reconocido a sus mutualistas. Desde entonces, el pensionista de jubilación en el Régimen General podría seguir ejerciendo su actividad por cuenta propia en estas condiciones y, por tanto, compatibilizando pensión y trabajo. Sin embargo, la Orden 23 de mayo de 2011 decide aplicar sin excepciones la imposibilidad de seguir realizando la actividad, y ello con independencia de que los beneficiarios estuvieran o no integrados en alguna de las Mutualidades de previsión señaladas. Tal regla de incompatibilidad actuaría a partir del momento de entrada en vigor de la Orden, esto es, el 1 de agosto de 2011, sin afectar los derechos de quienes mantenían tal incompatibilidad previamente a esa fecha o de quienes por haber cumplido los 65 años de edad podrían seguir manteniendo ambas vías de ingresos al estimarse no muy prolongado el tiempo de concurrencia entre ellas. La novedad proviene entonces de la LAAM, que en la DA 37ª referenciada prescinde del contenido de la norma reglamentaria y vuelve, al menos en espera de una futura regulación, al criterio antiguo de compatibilidad, y ello desde el 2 de agosto de 2011. No debiera haberse producido así perjuicio a los interesados para el caso de que se hubiera cesado en la actividad con efectos del 1 de agosto a pesar de que esta reforma tuviera virtualidad a partir del día siguiente. Si así fuera, habría que reponer, obviamente, al pensionista en la situación anterior si es que éste mostrase su disposición de continuar realizando su actividad por cuenta propia.

3.4. La pensión de orfandad y la realización de una actividad lucrativa

En materia de orfandad, la LAAM es bastante escueta pues se limita a introducir en el art. 175 LGSS unos mínimos ajustes en la edad que actúa como tope para obtener la pensión. Así, y como regla general, se incrementa en tres años (de 18 a 21) la edad máxima de acceso a la pensión, manteniendo en todo caso la circunstancia de

incapacidad para el trabajo²⁵ como una constante que, prescindiendo de tal elemento, convierte en indefinida una prestación que a pesar de su denominación de “pensión” continúa teniendo un carácter meramente provisional²⁶.

Este es el supuesto típico que actúa como modelo de referencia para aquellas situaciones en las que, sin mencionarlo, se realiza una actividad de la que se obtengan unos ingresos sea cual sea su cuantía, es decir, que es preciso interpretar de forma conjunta los párrafos 1 y 2 del art. 175, especificando ya este último cómo el hecho de no realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena o, aun ejerciéndola, que no supere la cuantía anual del Salario Mínimo, determinará que la percepción de la pensión se prolongue hasta los 25 años. Se ha mantenido esta redacción confusa, cuyo origen se sitúa en la Ley 40/07, y que requiere prácticamente de una lectura inversa (primero el apartado 2 y luego el 1) para entender la conexión que el legislador ha pretendido establecer entre la pensión del sistema y la obtención de recursos económicos propios por parte del huérfano. Como prueba, además, de la buena voluntad de permitir la finalización de los estudios, si el cumplimiento de los 25 años tiene lugar durante el año académico, la pensión seguirá percibiéndose “hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico”, esto es, previsión, salvo la edad, introducida en su día por Ley 40/07 como una ventaja añadida al estudiante para prorrogar la pensión que, de otro modo, hubiera debido extinguirse, hasta que se inicie el curso siguiente, pues tras una posterior relectura de este precepto, y teniendo en cuenta que el comienzo del curso académico suele ser en septiembre, la pensión continuaría devengándose hasta el 1 de octubre o incluso hasta el 1 de noviembre de ese año. El incremento en la edad es la única modificación en este apartado operada por la LAAM. Quizá esa prolongación hasta los 25 años se torne ciertamente excesiva, habida cuenta de la reducción en un año en la enseñanza reglada que ha traído consigo la reforma de la enseñanza superior. Pero debemos tomar en consideración quizá otra finalidad que no conviene perder de vista, y es el retorno a los estudios de muchos jóvenes que en su día abandonaron el sistema educativo y que ante la actual ausencia de expectativas laborales han optado por retomar los estudios. Para ello, contar con una garantía de ingresos derivados de esa pensión puede actuar como un incentivo que les anime a tal objetivo.

Finalmente, y con carácter transitorio, se aplica una regla ciertamente curiosa que, entendemos, deberá ser interpretada correctamente si se quiere conseguir lo que parece

²⁵ Que haría incompatible la pensión de orfandad con la de incapacidad para el trabajo del huérfano, en razón a una misma contingencia, debiendo necesariamente optar entre una u otra.

²⁶ La incapacidad no exige ser declarada en un expediente administrativo específico, siendo suficiente con que se resuelva junto con la solicitud de pensión de orfandad. Cfr. STS 10-11-09 Rec. 61/2009, que reproduce lo resuelto en SS. 4-11-97 Rec. 335/1997; 10-2-98 Rec. 793/1997.

apuntar: se menciona la figura de un progenitor superviviente, lo que presupone que el art. 175 se asocia nada más al caso de que el huérfano sea absoluto. Así, para los supuestos de orfandad simple, ese límite de edad de 21 o 25 años aplicable en función de que se trabaje o no, actuará también en el mismo sentido, pero solo a partir del 1 de enero de 2014. En definitiva, la distinción entre orfandad absoluta y simple se fundamenta en una diferente entrada en vigor de las edades reseñadas, en el primer caso el 2 de agosto de 2011 y en el segundo, el 1 de enero de 2014, articulándose entre tanto una solución transitoria que durante 2012 se sitúa en 23 años y a partir de 2013, en 24.

III. EL COMPLEJO ENTRAMADO DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL: ALGUNAS APROXIMACIONES DE FUTURO

No es éste un aspecto que haya recibido tratamiento específico en la LAAM , por lo que solo de forma soterrada es posible intuir alguna de las líneas de actuación que el legislador se propondrá acometer en próximas reformas. En principio, el precepto-guía sobre el que se sustenta la posibilidad de percepción simultánea o no de dos pensiones del sistema de Seguridad Social es el art. 122 LGSS , que niega esa compatibilidad tratándose de pensiones procedentes del Régimen General, salvo que legal o reglamentariamente se disponga otra cosa, y debiendo optarse entre una de ellas²⁷, generalmente la más favorable para el beneficiario. Esa sería la regla general, exceptuada a través de una normativa expresa que permita hacer una interpretación que satisfaga los intereses de los beneficiarios y que si no existe no conllevaría necesariamente, según reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, una privación de derechos. El TS ha mantenido un criterio continuado en el ámbito de la incapacidad permanente, poniendo de relieve cómo “la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución”²⁸. Por eso, es interesante comprobar cómo ante la aparición de un suceso nuevo determinante de una subsiguiente declaración de incapacidad que vendría a unirse a la previa condición de pensionista, se ha venido reconociendo la compatibilidad entre dos pensiones por el hecho de haber continuado cotizando en distinto Régimen del

²⁷ La opción se revela como una actuación “jurídicamente correcta” de la entidad gestora en sustitución de una denegación absoluta frente a una solicitud instada en reclamación de una segunda incapacidad. Cfr. SSTS 18-2-02 Rec. 173/2002 y todas las que han estimado conveniente tal proceder, 5-2-08 Rec. 462/2007 ; 15-7-10 Rec. 4445/2009 ; 22-11-10 Rec. 283/2010.

²⁸ SS. 18-12-02 Rec. 173/2002 ; 5-2-08 Rec. 462/2007 .

que dio lugar en su día a una primer pensión de incapacidad²⁹. Realmente no entendemos por qué, partiendo de una inicial declaración de incapacidad con derecho a pensión, que viene a ser compatible con unos ingresos procedentes de una nueva actividad que genera la inclusión en otro Régimen distinto al anterior y al que se viene aportando las cotizaciones exigidas, la solución es diametralmente opuesta³⁰, es decir, aceptación de una compatibilidad en caso de eventual solicitud de pensión derivada de un nuevo riesgo que afecta al pensionista o, por el contrario, y tratándose únicamente de incapacidades padecidas por un trabajador integrado en el Régimen General, denegar de plano una estimación en su petición. Podríamos plantearnos entonces qué sentido tiene esta distinción y por qué corren diferente suerte las cotizaciones aportadas por el trabajador en uno u otro Régimen. Carece de una explicación solvente salvo, lógicamente, en lo que se refiere a la aportación para devengar otras prestaciones compatibles, que se reciba un diferente tratamiento que la LGSS refiere en exclusiva al Régimen General y que la normativa que se ocupa de otros Regímenes no ha considerado pertinente establecer de forma tan estricta³¹. Sucede que con la reciente incorporación al Régimen General de los trabajadores pertenecientes al sector agrario y los empleados de hogar, lo que hubiera debido ser un supuesto cada vez más residual de incompatibilidad va a expandir sus efectos reforzando aún más esta consecuencia³².

No ofrece una solución coherente lo dispuesto en la DA 38ª LGSS, que reconoce los efectos que desencadenaría una superposición de cotizaciones en varios Regímenes de forma simultánea, puesto que se refiere específicamente a un supuesto de pluriactividad que permite acumular las bases de cotización del Régimen en el que no se cause pensión a las de aquel otro en que sí se devengue, porque evidentemente una cotización no simultánea sino sucesiva como es la que nos ocupa recibiría otro tipo de solución totalmente diferente.

²⁹ Son mayoría las decisiones que sin apenas mayor inconveniente se decantan a favor de la compatibilidad. Vid., por todas, SSTS 29-12-92 Rec. 128/1992; 20-1-93 Rec. 1729/1991; 15-3-96 Rec. 1316/1995; 5-2-08 Rec. 462/2007, hasta las más recientes 11-5-10 Rec. 3640/2009; 12-5-10 Rec. 3316/2009; 15-7-10 Rec. 4445/2009; 4-10-11 Rec. 968/2010; 22-11-10 Rec. 233/2010; 27-1-11 Rec. 1442/2010.

³⁰ La STSJ Navarra 30-1-07 RecS 10/2007 lo plantea en términos de compatibilidad, resaltando que en la nueva relación de aseguramiento que surge “si la Seguridad Social no asumiera las nuevas prestaciones se habría enriquecido injustamente con las cotizaciones cobradas”.

³¹ Así lo pone de manifiesto la STSJ País Vasco 24-11-09 RecS 1948/2009, que destaca esa paradójica diferencia de trato en función del Régimen de pertenencia, pero termina por aceptar el papel de los jueces como juzgadores sin suplir las tareas del legislador a pesar de esas incoherencias del sistema.

³² Se podría llegar, no obstante, a un resultado distinto que mantuviera la compatibilidad por el hecho de haber cotizado previamente a alguno de esos dos Regímenes, como resuelve la STSJ Aragón 17-2-10 RecS 30/2010 en relación con los antiguos trabajadores por cuenta propia del REA que quedaron incorporados al RETA a partir de la Ley 18/07 4 de julio.

Los argumentos que la LGSS aporta en defensa de una gestión más eficiente del sistema se vuelven en ocasiones en su contra frente a algunas decisiones que actúan no tanto en torno a la literalidad de la Ley sino en beneficio del trabajador. Tal sucede con la incapacidad permanente total cualificada, cuyo incremento está pensado para cubrir las dificultades de obtener un nuevo empleo y que sería retirado si tal circunstancia se concretara, en una interpretación de la ley que el INSS ha venido reiterando. Sin embargo, y atendiendo a los términos del art. 122 LGSS dirigidos en exclusiva a pensiones del Régimen General, se ha considerado, a sensu contrario, que la incapacidad permanente total cualificada en dos Regímenes distintos sería perfectamente asumible, pues el citado incremento no se hace depender de la tenencia de otra fuente de ingresos o de una economía saneada, sino de la dificultad que se presume a todo incapacitado que cumpla los requisitos del art. 139.2 LGSS³³.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a una hipotética compatibilidad entre incapacidad y jubilación, el art. 143.4 LGSS es categórico al considerar que a partir de la edad ordinaria de jubilación todas las pensiones de incapacidad permanente pasarán a llamarse de jubilación. Ello no significa necesariamente que no se pudiera obtener una auténtica pensión de jubilación vinculada a la previa pensión ahora denominada también del mismo modo. Las razones que acabamos de exponer en punto a defender la coincidencia de pensiones de incapacidad podrían servir igualmente para fundamentar un resultado idéntico sobre el sustrato de unas cotizaciones durante un período suficiente para su devengo. La frontera nuevamente la marcará el art. 122 LGSS y la cotización limitada a este Régimen³⁴, que impediría cualquier otra situación más ventajosa para el trabajador³⁵.

Finalmente, y en espera de un desarrollo reglamentario posterior, la DA 30ª LAAM prevé un incremento de la base reguladora de la pensión hasta alcanzar el 60% de aquellas pensiones de viudedad percibidas por beneficiarios mayores de 65 años que carezcan de otra pensión pública y que no perciban ingresos por ningún tipo de actividad por cuenta ajena o propia. No será ésta una reforma de resultado inmediato, pues se difiere progresivamente su actualización hasta 2020. De este modo, la compatibilidad entre pensión de viudedad y otra pensión del sistema generada por el propio beneficiario, determinará la aplicación del mismo porcentaje a la base reguladora que ya

³³ Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) 27-3-06 RecS 364/2006.

³⁴ Aunque, no obstante, si para el cálculo de la pensión de jubilación se hubieran utilizado las previas cotizaciones que sirvieron para obtener una anterior pensión de incapacidad, el deber de opción surgiría de inmediato ante una incompatibilidad entre ambas. STSJ Canarias (Las Palmas) 21-3-07 RecS 806/2004.

³⁵ Circunstancia que no vulnera el principio de igualdad, como se encarga de explicar la STSJ Galicia 21-11-08 RecS 4986/2005.

introdujo el RD 1795/03 26 de diciembre³⁶, cifrado en un 52%, que se mantendrá inalterado, siendo solo objeto de elevación al 60% los supuestos en que la pensión constituya el único ingreso.

La DF 7ª LAAM en su apartado Nueve incorpora asimismo un supuesto encubierto de incompatibilidad de pensiones supeditado a la carencia de otra prestación anterior. Así, se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad, tal y como recoge la DT 18ª LGSS, aunque no se reúnan los requisitos que ésta dispone, si la solicitan mayores de 65 años que carezcan de otra pensión pública y cuyo matrimonio con el causante hubiera durado al menos quince años. Es un precepto no suficientemente claro, porque no especifica cuáles son los requisitos de los que se dispensa a estos nuevos beneficiarios, a salvo de la edad, que ya se comprueba cómo no será de 50 años sino al menos de 65. En todo caso, la pensión de viudedad es una de las prestaciones de Seguridad Social sobre la que mayor incertidumbre existe en cuanto a su pervivencia futura tal y como está diseñada. Un artículo como el 179.1 LGSS redactado en los términos de “será compatible con cualesquiera rentas de trabajo” es una tentación en épocas de crisis como la actual. Cualquier elemento corrector que pretendiera salvaguardar unas básicas reglas de justicia y equidad actuaría en términos de reconocer la pensión vinculándola a un límite de ingresos que pudiera ser revisado en función de la situación financiera del sistema, atendiendo siempre a un trato más favorable para los beneficiarios de mayor edad que carecieran de cualquier otra vía de ingresos. A estos efectos, se contempló en su día por obra de la Ley 9/05 6 de junio³⁷ la posibilidad de compatibilizar la viudedad con las antiguas pensiones del SOVI, de carácter residual, cuya percepción se negaba por ser consideradas como una forma de protección anterior al sistema vigente, de escasa cuantía en lo referente a su cotización y que apenas podrían ya aplicarse a nuevos beneficiarios por ser la mayoría de sujetos protegidos del sistema potenciales acreedores de una prestación dentro del mismo. No fue ése, sin embargo, el criterio de la Ley, que actúa para impedir el incremento de bolsas de pobreza integradas fundamentalmente por mujeres de una cierta edad, con pensión de viudedad reconocida en cuantía baja y que en su día acreditaron cotización al SOVI sin que continuaran más tarde incorporadas como activas en el sistema de Seguridad Social. Esta pensión será, pues, incompatible con otras posibles pensiones, de tal manera que la percepción de una pensión de jubilación en sus niveles más bajos no admitiría excepción alguna para optar a una eventual compatibilidad, precisamente por esa pertenencia demostrada al sistema aunque fuera durante el período mínimo

³⁶ BOE 27 de diciembre.

³⁷ BOE 7 de junio.

imprescindible para haber lucrado su pensión. Es, sobre todo, la falta de coincidencia entre sujetos causantes y la ausencia del mercado laboral que durante décadas el colectivo femenino ha padecido lo que generaría esta compatibilidad que, desde luego, se encuentra limitada en razón a la cuantía de ambas pensiones: la suma total no podrá superar el doble del importe de la pensión mínima de viudedad de los mayores de 65 años pues, de lo contrario, sería la pensión SOVI la que sería objeto de minoración hasta alcanzar el límite establecido³⁸.

IV. REFLEXIONES FINALES

A pesar de que la compatibilidad entre pensiones o de una de ellas, a su vez, con el trabajo no constituye el tema central de regulación en la LAAM, son importantes las nuevas reglas que parecen imponerse en el terreno de la concurrencia prestacional. Se crea así una apariencia nueva en cuanto a la posibilidad de combinar prestaciones que más tarde y en un análisis en profundidad, se comprueba que no se halla en modo alguno incondicionada. Los objetivos que históricamente fundamentaban una falta de coincidencia de prestaciones se interpretan en la actualidad con criterios diversificados, caducos en algunos casos, más progresistas en otros, con lo que surge una incertidumbre para los sujetos protegidos en torno a la propia naturaleza de esta figura, que beneficia o impide la concreción de ciertas expectativas según lo que se define como una actitud errática e inconsecuente del legislador. En un momento como el que atraviesa la economía mundial, con repercusiones directas en nuestro modelo de Seguridad Social, cabría preguntarse qué sentido tiene que haya o no compatibilidad, si es por razón de la cuantía de los ingresos totales, o por considerar que una sola prestación es bastante para cumplir con el requisito de mínima suficiencia que predica el art. 41 C.E., o porque la situación particularizada del beneficiario de una pensión le impediría obtener unos ingresos adicionales. Todas estas especulaciones confluyen en la filosofía de esta figura, que recoge distintas reglas normativas en función de cuál sea la pensión en concreto y admitiendo siempre excepciones que no hacen sino cuestionar el verdadero significado de la institución. Por eso, en un contexto en el que se trata de propiciar el retraso en la edad de jubilación, como medio no solo de fomentar la permanencia del trabajador en el mercado laboral sino también de favorecer un envejecimiento activo con unos niveles de renta suficientes y no simplemente unas

³⁸ Tal imposición legal ha sido considerada como no discriminatoria por razón de género, pues una limitación cuantitativa no persigue ese objetivo y no puede entenderse como contraria a los intereses de las mujeres. Cfr. STSJ País Vasco 13-10-09 RecS 1730/2009.

rentas mínimas³⁹, cuestiones pendientes como la jubilación parcial merecen un análisis pormenorizado con vistas a resolver algunos puntos oscuros que actúan en contra de esa compatibilidad entre pensión y trabajo a jornada reducida. Debe ser ante todo el interés del pensionista el que guíe la actuación de la entidad gestora en este ámbito, en función de que se pretenda realizar de nuevo una actividad a tiempo completo, en cuyo caso la suspensión sería la opción más acertada, o continuar con su jubilación parcial, de manera que su salida de la empresa no debiera estar reñida con una nueva actividad a tiempo parcial en otra diferente.

En cuanto a las pensiones de incapacidad permanente, cuya compatibilidad con el trabajo pudiera resultar afectada por el cumplimiento de la edad, habría que mantener idénticas reglas que las aplicables a la jubilación. Una situación activa del incapacitado no puede ser cercenada súbitamente, ni tomar en consideración otros factores, por el solo hecho de cumplir la edad de jubilación. Incluso la actuación sistemática del INSS ante la solicitud de una segunda pensión de incapacidad generada por nuevas cotizaciones del pensionista no es estimada si se trata del Régimen General en que se obtuvo la anterior, en un claro tratamiento de desfavor que no halla una explicación convincente y que podría derivar en una incompatibilidad genérica a medida que los diferentes Regímenes Especiales se vayan integrando en el Régimen General.

La pensión de viudedad apenas ha experimentado algún ligero retoque en la LAAM , aunque son insistentes los rumores que auguran un replanteamiento de esta contingencia, limitada en exclusiva a los auténticos supuestos de falta de ingresos, en que el causante fallecido daría origen a una protección que por sí mismo no se puede procurar el sobreviviente. Si es así, habría que valorar si la pensión de orfandad debiera seguir el mismo camino, pues su origen es común con la pensión de viudedad (el hecho del fallecimiento) pero su marcada independencia respecto a la situación del cónyuge viudo y el dato relevante de su reconocimiento a menores de edad o a jóvenes que cursan estudios o que no acreditan rentas salariales elevadas haría pensar en una pervivencia de esta pensión fuera cual fuera el devenir de la pensión de viudedad.

Finalmente, estimamos preciso destacar algunos riesgos no suficientemente calculados que pudieran repercutir de forma negativa en el propio sistema a resultas de la nueva regulación de la LAAM . Como primera aproximación, cabe la posibilidad de que la entidad gestora reconozca en un futuro el derecho a una segunda pensión (ej. ante la contingencia de incapacidad permanente) si bien con cuantía cero. No es algo que la Ley permita aunque tampoco lo prohíbe, y los órganos jurisdiccionales pudieran emprender

³⁹ Vid., a este respecto, la Resolución 14 de noviembre de 2011 por la que se aprueba la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad, 2012-2014. BOE 24 de noviembre.

una nueva vía que, estimando en principio la pretensión del solicitante de obtener una segunda declaración de incapacidad por una posterior actividad prestada, culminara en un reconocimiento y, por tanto, compatibilidad de pensiones atendiendo a su naturaleza pero impidiendo su percepción. Para evitar tales consecuencias, quizá una alternativa pudiera ser también factible en adelante: efectuar una revisión del grado de incapacidad padecida, de manera que si no se ha modificado, las nuevas cotizaciones sirvieran para incrementar el importe de la pensión, ante una misma contingencia; de ser otra, valorar entonces diferentes mecanismos de tratamiento de las cotizaciones para que éstas quedaran orientadas a una finalidad protectora.

Por otro lado, se ha empezado a introducir un elemento innovador cuyas repercusiones en el futuro pudieran revelarse como peligrosas: trabajar por cuenta propia sin cotizar y sin que esa actividad sirva de base para prestaciones futuras. Se ha utilizado el subterfugio de la escasa retribución obtenida por tales actividades para incumplir legalmente una regla de oro de la Seguridad Social: la imposibilidad de realizar una actividad sin cotizar por ello, a salvo de lo que sucede con los trabajos marginales, que se podrían equiparar al supuesto que examinamos pero que no necesariamente la LAAM lo identifica como tal.

Para finalizar, quisiéramos destacar el riesgo de revisar próximamente el umbral de pobreza, en un momento en que el nivel medio de ingresos de la población ha disminuido ostensiblemente. No creemos que se vayan a mejorar ni a incrementar los límites de referencia que determinan a partir de qué cuantía una prestación es o no suficiente. Más bien se tratará de plantear nuevos retos que favorezcan las posibilidades de abandonar situaciones rayanas en la indigencia. Y lo mismo sucederá ante el compromiso de replantear de manera integral la regulación de las prestaciones no contributivas para cubrir deficiencias de cobertura: es una encomienda del legislador que podrá concretarse en el plazo de un año o, simplemente, dilatarse hasta encontrar el momento oportuno para ello.