

## ALGUNAS NOTAS SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ CON EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Octubre de 2009*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTES  
ENRIQUETA ALONSO RUSSI\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La actora tenía reconocida en vía judicial la situación de gran invalidez. Tras comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social que iba a prestar servicios con la categoría profesional de trabajadora social y otros datos sobre lugar, jornada y retribución de la que iba a ser su actividad laboral, la entidad gestora inició expediente de revisión por mejoría.

El Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas, emitió un nuevo dictamen de propuesta, acogido por el Director Provincial de dicho órgano gestor, en el que no se revisaba el grado de incapacidad, suspendiendo temporalmente la pensión mientras la pensionista trabajara, sin afectar al incremento destinado a la tercera persona.

Frente a tal resolución, la actora interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, el cual le dio la razón permitiéndole compatibilizar el trabajo con la pensión que disfrutaba como gran inválida, pero en suplicación instada por el INSS, el Tribunal Superior de Justicia revocó la sentencia de instancia, declarando la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión.

Finalmente, la actora, interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina, que estimó sus pretensiones, casó y anuló la sentencia recurrida dictada el 7 de Julio de 2008 por el TSJ de Cataluña y confirmó la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona de 31 de enero de 2007.

**RESUMEN:** Recurrida en casación para unificación de doctrina la Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de julio de 2008 por la que se impedía compatibilizar la pensión de Gran Invalidez con la realización de un trabajo por cuenta ajena, el Tribunal Supremo ha venido a determinar que es posible trabajar y cobrar una pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, no habiendo incompatibilidad de ningún tipo.

\* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Doctoranda de la Universidad de Málaga, respectivamente

Se interpreta el artículo 141.2 de la Ley General de Seguridad Social en el sentido más beneficioso para el discapacitado en relación con el derecho al trabajo (art. 35 de la Constitución) y la necesidad de inserción laboral de este colectivo. No obstante, se reconoce “la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA INSERCIÓN LABORAL DEL DISCAPACITADO
2. SOBRE LA GRAN INVALIDEZ EN LA ACTUALIDAD
3. COMPATIBILIDAD ENTRE LA GRAN INVALIDEZ Y EL TRABAJO DEL PENSIONISTA: LA CONSOLIDACIÓN DEL CAMBIO DE DOCTRINA
4. NOCIONES PARA UNA REINTERPRETACIÓN DEL ART. 141.2 LGSS

## 1. INTRODUCCIÓN: LA INSERCIÓN LABORAL DEL DISCAPACITADO

La situación socio-laboral del discapacitado es una cuestión que, por su complejidad, ha sido examinada desde diferentes perspectivas, siendo dos las más comunes: la inserción o reinserción del mismo en el mercado de trabajo y su protección por el sistema de Seguridad Social<sup>1</sup>.

La preocupación por la integración social de las personas con discapacidades no es algo reciente. Las primeras medidas, sin duda, lo fueron desde una vertiente “reparadora” ya que la integración en la sociedad pasaba por la concesión de prestaciones sociales para cubrir las necesidades de los discapacitados siendo protegidos los trabajadores que cumplieran unos determinados requisitos o por prestaciones de carácter asistencial. No obstante ello, también desde hace algún tiempo, al observarse que los niveles de desocupación de este colectivo eran muy superiores a los del resto de la población, hubo interés por favorecer a las personas con cualquier tipo de discapacidad (física, psíquica o sensorial) para su inserción o reinserción en el mercado de trabajo. Evidentemente, son muchos los obstáculos a remover para la contratación de personas con discapacidad ya que contratar a un trabajador de tales características supone el convencimiento por parte del empleador de que la tarea a desarrollar

<sup>1</sup> Desde distintos puntos de vista por cierto. Si nos centramos de forma exclusiva en la compatibilidad de la prestación con el trabajo, puede verse López-Tarruella, F. y Viqueira Pérez, C. en *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991. Desde la perspectiva de su inclusión social, puede verse, por todos, *Trabajo y Protección social del discapacitado*, (Coord M.J. Romero Ródenas), Bomarzo, Albacete, 2003.

puede hacerla con un rendimiento similar al resto de los trabajadores. Pero la realidad ha sido, y es, que la duda sobre la “capacidad productiva” de los trabajadores minusválidos hace que los empresarios, en la mayoría de los supuestos, no los contraten<sup>2</sup>.

La Constitución Española en su artículo 49 establece que los poderes públicos tendrán que desarrollar una política “integral” en orden a la protección e integración de los minusválidos en la sociedad<sup>3</sup>. Previsión que encuentra, como se ha indicado, proyección en los artículos 14 y 9.2 que implican adoptar tales políticas como medidas para “promover las condiciones” y “remover los obstáculos” para conseguir la integración en igualdad de los discapacitados. Ello justifica o legitima la adopción de acciones positivas o trato favorable dispensado al colectivo de minusválidos para su acceso al mercado de trabajo<sup>4</sup>. Esta interpretación es coherente, y armónica, con la estrategia comunitaria que reconoce que los problemas con los que se enfrentan este colectivo no son tanto de reeducación y de rehabilitación de sus limitaciones funcionales “como de reconocimiento de sus derechos y de su integración en una sociedad que obstaculiza en sí misma la participación de dichas personas a través de una serie de barreras presentes en su entorno y que se expresan no sólo en dificultades estructurales de accesibilidad, de limitadas oportunidades en materia de educación y de formación o de escasos apoyos disponibles, sino también en actitudes negativas hacia la discapacidad y en múltiples elementos disuasorios en los ámbitos social y económico”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Por su utilidad y claridad, véase el Informe “De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los Derechos de las personas con discapacidad”, 14/2007, del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el que viene a justificar la necesidad de adopción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad de este colectivo pasa, entre otras cuestiones, por garantizar su derecho al trabajo.

<sup>3</sup> De “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente en el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

<sup>4</sup> Y es que la condición de discapacitado no puede ser, en atención a inciso final de la redacción del artículo 14 de la CE, causa que justifique un trato discriminatorio, ya que con la misma “se trata de dar cabida a supuestos de discriminación jurídica o social frente a grupos sociales o culturales especialmente considerados en cuanto a tal grupo”, como indica Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M.F., en *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 240. O dicho de otro modo “El trato eventualmente favorable que reciben estos sujetos se convierte, precisamente, en exigencia derivada de su propio derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el empleo en razón de su discapacidad laboral”, como señala Sempere Navarro, A.V., en “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *Tribuna Social* nº 91, 1998, pág. 57. En sentido parecido, De la Villa Gil, L.E. y Sagardoy Bengoechea, J.A., en “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *Revista de Trabajo* nº 79, 1985, pág. 15-16.

<sup>5</sup> Como recuerda Garrido Pérez, E. en “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales* nº 59, 2001, pág. 189.

Quizás, la norma más importante adoptada, a mi modo de ver, para la consecución del objetivo de integración del colectivo de minusválido, en aplicación del artículo 49 de la CE, fue la Ley 13/1982 de 7 de abril, de integración social del minusválido<sup>6</sup> de la que, de conformidad con su artículo 3<sup>7</sup>, se dijo que constituía “un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección de las personas disminuidas”<sup>8</sup>. No obstante ello, en la actualidad la integración social del minusválido se hace depender de distintas regulaciones, enmarcadas evidentemente en el derecho social, como son el ET, la LISMI y la LGSS, junto a tales normas han de mencionarse programas anuales de fomento del empleo y otras regulaciones específicas para el colectivo de discapacitados, además de las especiales dictadas en el marco de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas<sup>9</sup>. En cualquier caso, como se ha dicho, la política pública llevada a cabo en esta materia se ha efectuado en “distintos cuerpos normativos”<sup>10</sup>, incluso emitida por diferentes organismos y en ocasiones “camufladas” en normas generales. En definitiva, una regulación “a golpe de mata, ciertamente dispersa y carente de una mínima programación”<sup>11</sup>.

Para conseguir la integración de este colectivo en el mercado de trabajo se necesita desarrollar o planificar un sistema de formación y reeducación profe-

<sup>6</sup> E independientemente de los efectos que en su aplicación práctica haya podido tener.

<sup>7</sup> En su apartado 1. indica que constituye una obligación del Estado “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos y sociales mínimos y la Seguridad Social”.

<sup>8</sup> Como indica González Ortega, S., en “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación”, *Temas Laborales* n° 7, 1986, pág. 52. Aunque, con razón, en dicho trabajo señala una serie de incoherencias en el tratamiento sobre todo de la pretendida globalización al no tratarse de forma unificada la gestión protectora de la minusvalía que queda entre la regulación de la Seguridad Social y la específica de la Ley de Integración Social del Minusválido (en págs. 56 y 57).

<sup>9</sup> Ha de reconocerse, no obstante, que fue el Derecho de la Seguridad Social el primero que se preocupó de la recuperación y rehabilitación del minusválido estableciendo la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, junto a las prestaciones reparadoras económicas, medidas específicas a tal efecto. El fracaso de tales medidas supuso que, desde la Ley de Financiación y Perfeccionamiento, como un avance “progresista”, se desligaran las prestaciones recuperadoras y rehabilitadoras de la invalidez con el fin de “romper el marco de Seguridad Social de base profesional, para desembocar en una cobertura de tendencia universal... convirtiéndose entonces las prestaciones recuperadoras en elemento esencial, en elemento esencial, ya no sólo de la protección de la invalidez permanente, sino de la disminución física, psíquica o sensorial en su más amplia concepción”, como dijo Álvarez de la Rosa, J.M., en *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 305.

<sup>10</sup> Como indica Iglesias Cabero, M., en “Medidas de protección social de los minusválidos”, AAVV (Dir. Martínez Die) *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, pág. 99.

<sup>11</sup> Así lo dice Garrido Pérez, E., en *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 10-11.

sional que los cualifique suficientemente para poder desarrollar determinadas actividades y profesiones, además de, y esto parece que es lo que más motiva a los empresarios, incentivar económicamente a los mismos, siendo las más habituales conceder cantidades económicas para invertir en la adaptación del puesto de trabajo o del centro de trabajo y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social<sup>12</sup>. Pero, de otro lado, sería necesario establecer medidas que “motiven” a los trabajadores minusválidos para acceder al mercado de trabajo sin miedo a perder su pensión de invalidez o incapacidad permanente, solución por la que opta la STS de 14 de octubre de 2009, que ahora se comenta, siguiendo, en este sentido, los pasos de otras anteriores, al justificar con ello la compatibilización entre pensión de gran invalidez y trabajo .

## 2. SOBRE LA GRAN INVALIDEZ EN LA ACTUALIDAD

Inicialmente, en la Ley General de Seguridad Social de 1974, se entendía por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesitara de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La Ley 13/1982, de 30 de abril, de integración social del minusválido, en su DF 5ª modificó el art. 135 de la LGSS, por el que se exige para la declaración de gran invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, desde tal momento, como indica dicho precepto “La gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.” Ha sido una norma no usada, al menos que se sepa ni por la Administración ni por los órganos jurisdiccionales.

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, RD-Legislativo 1/1994, vino en su Disposición Derogatoria a eliminar la DF 5ª de la LISMI. Pero, ahora nuevamente, con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, viene a darse una nueva redacción que permite desvincular, el grado de gran invalidez de la incapacidad permanente absoluta, quizás por la influencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre,

<sup>12</sup> Como muestra de la preocupación por el tema pueden ponerse como ejemplos dos Informes de 1994 y 1995. El primero del Consejo Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) denominado “Informe sobre el Plan para la reactivación del empleo de las personas con discapacidad”, donde se proponen una serie de concretas medidas para ello, véase en Revista Trabajo y Seguridad Social, octubre-diciembre de 1994, en especial, págs. 188 y sigs. Al año siguiente se adoptó el Informe nº 5 del Consejo Económico y Social del Reino de España que supone un completo estudio “Sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación”, Pleno de 26 de octubre de 1995. A nivel comunitario puede verse el Documento del Centro para el Desarrollo de la Formación Profesional titulado “Condiciones para el éxito de la integración de los minusválidos en la vida profesional”, Berlín, 1992.

de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ya que, de un lado, el art. 137.6 define la gran invalidez como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”, sin vincularla a la incapacidad permanente absoluta. Y, de otro lado, el art. 139.4, al determinar el contenido de la prestación de gran invalidez, se indica que el beneficiario tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, que se refiere a las cuantías de las pensiones incapacidad permanente tanto total como absoluta, “incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda...”.

Con ello quiere decirse que en el momento actual, que no es el mismo tiempo de dónde se producen los hechos de la sentencia que se comenta (que es anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007), la gran invalidez no es un grado relacionado con la aptitud para trabajar sino con la capacidad residual del trabajador para poder desenvolverse en la sociedad, teniendo que acudir o demandar, por ser dependiente, los cuidados de una tercera persona que le permita realizar los actos esenciales de la vida.

### **3. COMPATIBILIDAD ENTRE LA GRAN INVALIDEZ Y EL TRABAJO POR PARTE DEL PENSIONISTA: LA CONSOLIDACIÓN DEL CAMBIO DE DOCTRINA**

En la situación que da origen a la sentencia que se comenta, una discapacitada, reconocida con el grado de gran invalidez, comunica, tal y como previene la norma, al Instituto Nacional de la Seguridad Social el inicio de una actividad laboral como trabajadora social en una fundación.

La entidad gestora insta un expediente de revisión por mejoría, declarando que no procede la revisión de grado de incapacidad, pero suspende temporalmente la pensión mientras la pensionista trabaja y todo ello sin afectar al incremento destinado a pagar la ayuda de otra persona, mientras la beneficiaria trabajase.

Evidentemente, la trabajadora afectada inicia un itinerario procesal para que se le reconozca su derecho a compatibilizar la pensión con el trabajo encontrado, que como se ha adelantado, termina en el Tribunal Supremo que le reconoce este Derecho.

La cuestión se centra en interpretar el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social, dicho precepto que se titula “compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente”, en su apartado segundo reza: “*Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o*

*de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión*". Ha de indicarse que este precepto anteriormente venía recogido en el art. 138 de la LGSS de 1974.

Y es que el art. 141.2 de la LGSS "causa una cierta perplejidad en el intérprete, sobre todo a la vista de las definiciones de los dos grados de incapacidad permanente mencionados que contenía el art. 137 LGSS en su anterior redacción, vigente aún hoy de forma transitoria"<sup>13</sup>.

Tan es así, que inicialmente el Tribunal Supremo haciendo una interpretación sistemática de este precepto indicó que el mismo "se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente" (SSTS de 20 de diciembre de 1985 y 13 de mayo de 1986); es decir, trabajos residuales y mínimos que, en manera alguna, comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sean éstos, pues a todos ellos incluye tal grado de invalidez (SSTS de 26 de enero y 7 de marzo de 1989)<sup>14</sup>. Se trataría, pues, "de actividades que no pueden ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo por razones varias, incluidas las que afectan al modo o condiciones en que el trabajo se desarrollaría, dadas las especiales circunstancias que concurren en el eventual sujeto de la prestación"<sup>15</sup>.

Así pues, "hasta fechas recientes la jurisprudencia no admitía la validez jurídica del trabajo del incapaz", al tratarse de trabajos marginales y de escasa importancia<sup>16</sup>, pero la jurisprudencia ha ido cambiando con el tiempo, desde alguna sentencia de 1987, se ha admitido puntualmente la compatibilidad de trabajo y pensión de los beneficiarios de Incapacidades Permanentes Absolutas y Grandes Inválidos<sup>17</sup>. Y ello a pesar de que en la Ley General de la Seguridad Social se seguían conteniendo referencias a esa imposibilidad de ejercicio de cualquier trabajo<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Como indicó Martín Puebla, E., en *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Comares, Granada, 2000, pág. 122.

<sup>14</sup> Como perfectamente expusieron López-Tarruella S, F. y Viqueira Pérez, C., en *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, op. cit., pág. 41.

<sup>15</sup> Nuevamente, Martín Puebla, E., op. cit., pág. 123.

<sup>16</sup> Véase Ron Latas, R.P. en *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas (Madrid, 2000), págs. 77 y siguientes.

<sup>17</sup> E incluso anterior, la STS de 2 de marzo de 1973 había mantenido que "el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el art. 24.2 de la O. de 15 de abril de 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna.

<sup>18</sup> Sempere Navarro, A.V. y Del Águila Cazorla, O. en "Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente". *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, página 752.

Junto con el inicio de cambio de postura por parte del Tribunal Supremo, el Gobierno, en el ejercicio de su poder reglamentario, tampoco ha ayudado mucho para esclarecer este problema. El primer ejemplo lo encontramos con el Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, que en su art. 2, precepto no derogado actualmente por el RD 1300/1995, establece que “los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, deberán comunicar dicha circunstancia a la entidad gestora competente”. Así pues, de conformidad con este precepto, los incapaces permanentes absolutos y grandes inválidos pueden simultanear su pensión con la realización de un trabajo. El problema es que si el trabajo es tan “esporádico, intranscendente, residual o mínimo”, quizá realmente no sea un trabajo por encuadrarse en el art. 1.3 d) del Estatuto de los Trabajadores y si no se entiende como tal, esto es, si son “servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, que sin duda es al que se refiere este art. 2 del RD 1071/1984, y se permite la compatibilización con la pensión, necesariamente tendrán que ser estos trabajadores incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, y, en contra de que lo plantea una parte importante de la doctrina, sí deben dar lugar al alta y cotización en el sistema de Seguridad Social y, por consiguiente, pueden generar futuros derechos a prestaciones<sup>19</sup>.

Más difícil de casar con la inicial doctrina del Tribunal Supremo de este precepto es la referencia al trabajo por cuenta propia y ya no sólo de la perspectiva de la vigente Ley 20/2007<sup>20</sup>, sino también del D 2539/1970, que exigía para la inclusión del autónomo en el campo de la Seguridad Social, el requisito de “habitualidad”. Y la habitualidad es algo contrario precisamente a lo “esporádico o residual”, sobre todo, cuando respecto de este requisito para los autónomos el Tribunal Supremo ha venido conectándolo con la capacidad de ganancia. Si fuese así, no tendría suficiente entidad para ser considerada actividad laboral ni profesional para ser incluida en el RETA, tal y como sucede en la STS de 20 de marzo de 2007, tesis confirmada por el legislador en el Estatuto del Trabajador Autónomo, Ley 20/2007<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Por todos, lo que indican que no han de encuadrarse en la Seguridad Social, ni cotizar, ni, en el futuro generar derecho a nuevas prestaciones, Roqueta Buj, R., en *La incapacidad permanente*, CES, Madrid, 2000, pág. 238.

<sup>20</sup> Ha de recordarse que esta Ley que crea el Estatuto del Trabajador Autónomo entiende como tales, en su art. 1, a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.”

<sup>21</sup> Sobre esta sentencia véase, “Sobre la necesidad de una reinterpretación de la falta de ingresos como causa de exclusión del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, en el número 92 de esta Revista, por Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J.

Más tarde, y cierto es que siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, la Resolución de 8 de octubre de 1991 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, dictó una Resolución, por la que consideraba compatible la actividad de la venta de cupones de la ONCE con la invalidez permanente absoluta. Otra excepción más a la incompatibilidad.

En esta variable regulación administrativa, la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 2 de Noviembre de 1992<sup>22</sup> viene a establecer los requisitos que se exigen para compatibilizar el percibo de la pensión por Incapacidad Permanente Absoluta con el trabajo, tales como que el ejercicio de tales actividades no suponga mejoría de las lesiones; que tales actividades pueden ser o no lucrativas; que no sean las citadas actividades las mismas por las que fue declarado en Incapacidad Permanente Absoluta; así como que las actividades sean de carácter ocasional y no sea el núcleo de una profesión.

Finalmente, y tras haber visto como Resoluciones de la Seguridad Social venían abriendo la situación de compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con el trabajo, la Orden de 18 de enero de 1996, en su art. 18.4, da un paso atrás al prever la posibilidad de suspensión de la pensión en un procedimiento de revisión para los supuestos de incompatibilidad entre el trabajo desempeñado por un pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando la actividad laboral exceda lo permitido en el art. 141.2 LGSS, es decir, cuando no sea compatible con el estado del invalido y represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión<sup>23</sup>. Que es lo que ha ocurrido en el supuesto de hecho de esta sentencia que se comenta ya que la gestora suspendió la pensión mientras estuviera prestando servicios la trabajadora, pero no el complemento destinado a la tercera persona. Precepto del que la sentencia reconoce un exceso por “ultra vires”, habiendo el Gobierno usado de forma indebida el poder reglamentario para el desarrollo de una norma reglamentaria que es contraria al art. 141.2 de la LGSS que ha de desarrollar. Yo diría que más que un supuesto de ultra vires nos encontraríamos ante un reglamento “contra legem” ya que la potestad reglamentaria ha de someterse al principio de legalidad.

<sup>22</sup> BOE, 24 de Noviembre.

<sup>23</sup> Como indica Toscani Giménez, D., *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, Tirant Monografías, Valencia, 2006, pág. 293. Son en cualquier caso, actos administrativos de suspensión de derechos, que han de ajustarse a la LPAC, como indica Olarte Encabo, S., son “garantías mínimas que han de respetarse por la entidad gestora cuando tenga constancia de que se produzca una causa suspensiva (o extintiva). Ahora bien, respetando estas garantías formales, la apreciación de si concurren causas de suspensión (o de extinción) sobrevenidas que afectan al derecho a la prestación, puede ser llevada a cabo directamente por las entidades gestoras sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, pues no se trata de actos de revisión a los que se refiere el art. 145 LPL”, en *El derecho a prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pág. 243.

Pues bien, la doctrina que ahora consolida nuestro Tribunal Supremo sobre la compatibilidad entre trabajo y pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, siguiendo a las de 30 de enero y 10 de noviembre de 2008 se basa en cinco discutibles argumentos:

- El que su anterior doctrina no era suficientemente sólida ya que frente a la incompatibilidad salvo para supuestos “marginales o esporádicos”, había sentencias que permitían la compatibilidad. Si bien cita la de 2 de marzo de 1979, la de 6 de marzo de 1989 que cita no tiene mucho sentido para reforzar este argumento, pues se refiere a un inválido permanente sin derecho a prestación y, por supuesto, si no hay derecho a prestación no cabe tipo alguno de incompatibilidad ya que no puede haber fraude en la percepción de prestaciones.

- Otro argumento es que la literalidad del precepto, que “apunta a la plena compatibilidad del trabajo/pensión”, pero olvida que el art. 3.1 del Código Civil establece que las normas se interpretarán “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Y en este asunto es necesario realizar una interpretación sistemática, ya que para permitir la compatibilización o para prohibir la compatibilización es necesario saber de forma previa qué es una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Para colmo la propia sentencia hace una interpretación de este art. 141.2, en base al art. 35 del ET ¿qué tendrán que ver las horas extraordinarias con el trabajo de los grandes inválidos? Entendemos que se refiere, al derecho y deber de trabajar que tienen todos los españoles de conformidad con el art. 35.1 de la Constitución.

- El tercero de los argumentos es el que se nos hace más duro de comprender. Se está a favor de la compatibilización ya que de no ser así se haría de “mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad —e ingresos— extramuros de la marginalidad]”. Aquí cuando menos han de decirse dos cosas, de un lado, el incapaz permanente total para su profesión habitual, puede realizar otros tipos de trabajos y por ello se le concede una pensión de algo más de la mitad de las remuneraciones que venía obteniendo, porque tiene limitada su capacidad profesional para la que venía realizando pero no para otras. Y de otro lado, y por definición, el incapaz permanente absoluto lo es para cualquier tipo de trabajo por ello su pensión equivale a la totalidad, aproximadamente, de las remuneraciones que venía percibiendo, es una renta de sustitución completa o casi completa de los salarios dejados de percibir. Si ya tiene ingresos es imposible que se le puedan negar “los ingresos” como dice el Tribunal Supremo, pero sí posible que la legislación establezca, en aras al reparto de riqueza que supone los sistemas de Seguridad Social, el que el

acceso a otros ingresos lleve consigo los beneficios del sistema (de hecho ya lo hace con los pensionistas de jubilación que desean trabajar). Los conceptos sociales de marginalidad y exclusión social van ligados en el ámbito del trabajo social y servicios sociales, y siempre tienen un componente más para que se produzcan: la falta de ingresos. Ello no se produce en estas situaciones ya que el beneficiario tiene asegurada su pensión, sólo que suspendida mientras está trabajando obteniendo ingresos o rendimientos del trabajo. En fin, que este argumento no se sostiene demasiado.

- Es posible que la incompatibilidad pueda tener, como argumenta el Tribunal Supremo, “un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social”, pero ello no suele ocurrir cuando los salarios recibidos son superiores a la pensión que se suspende temporalmente ya que la motivación viene inserta en el aumento de ingresos por el trabajo, como es el caso que nos ocupa. En cualquier caso, la pensión no puede servir nunca de “estímulo económico” a una actividad de reinserción. En el momento actual, con el número elevado de pensionistas de incapacidad permanente que existen mantener criterios de compatibilidad como “estímulos económicos”, y con la reducción de cotizaciones que tienen los empresarios por contratar discapacitados, puede suponer un problema importante en orden a la financiación del sistema, que cada vez más tiene sus recursos limitados.

- El último argumento utilizado, es quizás el más arriesgado, ya que viene a abrir el teletrabajo y las actividades informáticas, “incluso a tiempo completo” a los que se encuentran en situación de IPA o GI, como sectores compatibles con estas pensiones. Esto es, lo que viene es a entender que ni las actividades que se realicen mediante teletrabajo ni la informática son profesiones u oficios, en la medida en que la gran inválida era trabajadora social, parece que también es de extensión a este colectivo, sobre todo porque el art. 137.5 LGSS entiende por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y si en estos sectores no hay incompatibilidad es que, por lógica, no son profesiones u oficios dignos de entenderse como tales a efectos de incapacidad permanente. Esto de entenderlo de forma radical, podría crear dos problemas sociales enorme en los colectivos citados o de referencia, de un lado, respecto de los informáticos cuyo sector ha luchado, incluso últimamente hasta en el catálogo de titulaciones universitarias, para ver reconocidas sus competencias profesionales en muchas y diversas instancias. Por cierto, los trabajadores sociales, que es el puesto que ocupa la recurrente, son profesionales colegiados ¿cómo puede explicarse que ellos no ejercen una profesión u oficio? El segundo es que si no son profesiones u oficios, y *a contrario sensu*, será casi imposible que alguien que se dedique a esta actividad en el futuro pueda ser declarado incapaz permanente. En fin, un argumento poco madurado que puede traer más problemas que beneficios.

#### 4. NOCIONES PARA UNA REINTERPRETACIÓN DEL ART. 141.2 LGSS

Entiéndase que estamos totalmente a favor de que el derecho al trabajo (y deber de trabajar que predica el art. 35 de la Constitución) sea plenamente aplicable a las personas con discapacidad. Y también de que el Estado, si quiere ser coherente con 9.2, 14 y 49 de la Constitución tiene que preparar y establecer las condiciones para que las personas con discapacidad puedan acceder en condiciones de igualdad al mercado de trabajo.

Dicho esto, no creemos que la interpretación del Tribunal Supremo respecto de la función de inserción social de la pensión de gran invalidez sea la más correcta y oportuna. El mismo Tribunal ha reconocido los cambios de tendencias en esta materia y también de “la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”. Parece que el Tribunal Supremo no lo tiene muy claro en esta materia.

Desde la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, quizás por su desuso o falta de utilidad tras la Ley 13/1982 de integración social del minusválido, desapareció el capítulo referido a la recuperación de los incapaces permanentes o temporales de la LGSS, artículos 153 a 159, donde se pretendía con las mismas recuperar profesionalmente a los inválidos (rehabilitándolos funcionalmente y orientándolos y formándolos profesionalmente para que se readaptaran a su puesto anterior o para un nuevo oficio o profesión). En su plan de recuperación se tenían en cuenta las aptitudes y facultades residuales, las características de su antigua ocupación y a sus deseos razonables de promoción social, dentro siempre de las exigencias técnicas y profesionales derivadas de las condiciones de empleo. Junto a ello, también desaparecieron los beneficios del empleo selectivo que podía extenderse por el Ministerio de Trabajo a los inválidos permanentes absolutos y los grandes inválidos únicamente pero sólo respecto de su admisión en “centros-piloto para el empleo”.

Ese era sin duda un aviso importante por parte del legislador, al querer separar del sistema de Seguridad Social determinados aspectos que, aunque relacionados con la misma, debían de residenciarse en otra parte del ordenamiento jurídico. Las prestaciones contributivas de Seguridad Social tienen carácter reparador y son rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir por los trabajadores y trabajadoras que son beneficiarios de las mismas. La prestación económica recibida, con la garantía de mínimos correspondiente, sirve para evitar la exclusión social de los beneficiarios de tales prestaciones.

Es cierto que la prestación económica que venía recibiendo la actora, como gran inválida, era de una cuantía relativamente baja (entorno a los 750

euros, según hechos probados), pero la determinación de tales cuantías se produce aplicando el mecanismo legal previsto (aplicar un porcentaje a una base reguladora), que se encuentra pensado actuarialmente de conformidad con las aportaciones o contribuciones previas realizadas al sistema y, garantizando una cuantía mínima para la cobertura de la necesidad. Todo ello nos lleva a indicar que la actora no iba a verse excluida socialmente.

No puede pretenderse que el sistema de Seguridad Social sirva como mecanismo de reinserción social de los discapacitados, ya hemos dicho anteriormente que el legislador, tras la Ley de Integración Social del Minusválido y la Ley 52/2003, eliminó del sistema de Seguridad Social las normas para inválidos referidas a reinserción social. Ni tampoco puede argumentarse que si no se permite la compatibilización hay un efecto “desmotivador sobre la reinserción social”. Puede no haberlo, pero mucho menos en este supuesto donde el salario percibido era, cuanto menos, un 25% superior a la pensión que recibía la trabajadora, y además, el acuerdo de resolución por el que se suspendía la pensión de gran invalidez, no afectaba al complemento destinado a la tercera persona (esto es, en aquél momento, el 50% de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta –esto hoy día ha cambiado, téngase presente-).

A nuestro juicio, el problema radica en la interpretación literal del art. 141.2 de la LGSS que realiza el Tribunal Supremo, que apunta a la “plena compatibilidad trabajo/pensión” siempre que se den los dos condicionantes que se observa en esta doctrina (que no sólo la compone la sentencia que se comenta, sino también las de 30 de enero y 10 de noviembre de 2008): el primero de lo mismos viene referido al estado de salud del inválido y tiene como finalidad la protección de la misma, de manera que existirá incompatibilidad cuando el trabajo sea perjudicial para su salud. El segundo condicionante que permite la compatibilidad es que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo del inválido, esto es, que siga con el mismo estado de limitación por no haberse dado una recuperación funcional del mismo<sup>24</sup>.

Creemos que en este asunto ha de volverse a una interpretación sistemática. Y ello es porque, a poco que nos asomemos a la sección segunda, de la “incapacidad permanente en su modalidad contributiva”, del capítulo V de Título II de la LGSS, observaremos con claridad que la incapacidad permanente en nuestro sistema tiene como eje la “disminución o anulación de la capacidad laboral del trabajador”, vid art. 136.1, ya que si el trabajador tras haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, pero que no produce ningún tipo de disminución o anulación de su capacidad de trabajo, es imposible que pueda darse esta situación.

<sup>24</sup> Vid, AFDUCD, 10, 2006, páginas 675-684, López Mosteiro, R.

Es una cuestión que se dejó bien claro en su momento por uno de los mejores trabajos al respecto, el del Prof. Álvarez de la Rosa, y al que ahora seguimos<sup>25</sup>, y es que cuando se intenta acotar el significado de la expresión “capacidad laboral” se observa que no sólo está referida al trabajo por cuenta ajena, sino a la actividad de quienes se encuentran en el campo de aplicación de la Seguridad Social; “o sea, comprende la protección a la incapacidad resultante del beneficiario para atender su subsistencia, desarrollando ya su normal actividad, ya su capacidad residual de trabajo y teniendo en cuenta sus reales posibilidades”.

Y continúa diciendo, con razón, que la LGSS al referirse a la capacidad laboral está refiriéndose a un concepto que es distinto al de capacidad de ganancia. Esta última es más amplia y presupone que en la constatación del estado del invalidante entrarán otros factores diversos, tales como la edad, las aptitudes profesionales y las condiciones del mercado de trabajo.

Parece que el Tribunal Supremo ha confundido la capacidad laboral con la de ganancia. Nuestra legislación de Seguridad Social, establece sin duda alguna, para la determinación de las prestaciones de incapacidad permanente parcial, total y absoluta, el criterio profesional o de capacidad laboral.

Para el caso de la incapacidad permanente absoluta, es “la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. Alguien que tras ser declarado en este grado, adquiere formación distinta y encuentra un trabajo compatible con este estado, significa que no podrá seguir siendo “incapaz absoluto”, pues ya hay una profesión a la que puede acceder, y ello sin perjuicio, de que el art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, que se dice que es “ultra vires”, lo que hace es una interpretación más favorable para el discapacitado ya que lo que hace no es revisar, sino suspender la prestación para que posteriormente pueda recuperarse en caso de que se pierda este trabajo.

En cambio, las prestaciones por incapacidad total cualificada y la gran invalidez se refieren a capacidad de ganancia. Ésta, la capacidad de ganancia, viene a representar una síntesis entre las dos tendencias que tratan de fijar el núcleo de la invalidez: una, en la reducción bajo el umbral protegible de la capacidad de trabajo, y otra, en la reducción de la ganancia de hecho, actual, del beneficiario, donde no sólo tiene el componente profesional o de capacidad o actitud laboral, sino también otros factores más amplios y diversos (edad, aptitud, mercado de trabajo, necesidad del concurso de una tercera persona, etc.).

En resumen, el criterio predominante al analizar “la capacidad laboral” es el denominado profesional, pues es constante doctrina legal que “la adecuada valoración de la incapacidad resultante ha de hacerse atendiendo en primer término al tenor literal del precepto que define los diferentes grados en que la situación del inválido puede encontrarse..., y después a la aptitud del trabajo

<sup>25</sup> *Invalidez permanente y Seguridad Social*, op. cit., págs. 215 y sigs.

del sujeto enfermo, sin llegar a confundir aptitud para el trabajo con la dificultad material de encontrar un nuevo trabajo; es decir, puede flexibilizarse el tenor literal o incluso interpretarlo en sentido 218 humanitario, pero sin llegar a rebasar los límites que la ley permite” (STS de 22 de diciembre de 1977, de 23 de junio, de 3 de julio y 16 de octubre de 1978)<sup>26</sup>.

Por todo ello creemos que el Tribunal Supremo no acierta en la interpretación del art. 141.2 de la LGSS.

Finalmente, la sentencia deja abierto el tema a una modificación legal, ya que al estimar la reclamación, señala que todo ello es sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión. Por lo que no se puede descartar en el futuro una reforma legislativa que obligue el cambio del actual criterio jurisprudencial.

<sup>26</sup> Álvarez de la Rosa, J.M., *ibidem*.