

**GRAN INVALIDEZ DE DERECHO DEL TRABAJO:
PARADOJAS DEL DERECHO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 30 de enero de 2008*

SOFÍA OLARTE ENCABO*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador objeto del litigio fue declarado en situación de gran invalidez como consecuencia de un accidente grave con resultado de paraplejía a la edad de 21 años, momento en el que su actividad laboral era la de ayudante cocinero. En 1993 el interesado empieza a prestar servicios con la categoría de oficial 2º especialista y a jornada completa (35 horas semanales), consistiendo su actividad en el diseño de planos mediante ordenador. Este trabajo era diverso al que precedió a la declaración del derecho a la citada pensión.

A la vista de ello, el INSS dictó resolución suspendiendo el percibo de la pensión por reanudación de actividad, pero posteriormente anula la resolución y procede de nuevo al abono de la misma con los atrasos correspondientes. Posteriormente, en 1997, el INSS comunica al actor la iniciación de un expediente de revisión de su incapacidad, procediendo luego a la cancelación del expediente por no proceder su tramitación. En 2005 el INSS abre de nuevo un expediente de revisión por reanudación de actividad, en el que se constata la persistencia de las lesiones que motivaron la inicial declaración de invalidez pero, pese a no proceder la revisión, acuerda la suspensión de la percepción de la pensión sin afectar al incremento de gran invalidez. En 2006 el Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona dictó sentencia declarando el derecho del actor a continuar percibiendo la pensión por incapacidad permanente en el grado de gran invalidez y a compatibilizarla con el trabajo por cuenta ajena que está realizando. El INSS interpuso recurso de suplicación ante el TSJ Cataluña que

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

lo desestimó y es frente a esta resolución contra la que interpone el INSS el recurso de casación en unificación de doctrina.

RESUMEN: La sentencia comentada, dictada por la Sección 1ª, (Rec. Núm. 480/2007), reconoce el derecho a la percepción de la pensión y ordena la reanudación del pago de la pensión con efectos desde su suspensión. El TS, partiendo de la complejidad de la cuestión y de la ambigüedad legal, analiza cuáles son las actividades compatibles con el percibo de la pensión por parte de quien ha sido considerado que padece lesiones que impiden el desarrollo de toda actividad.

Sobre el concepto de capacidad residual y su compatibilidad con el ejercicio de una profesión u oficio, la jurisprudencia mayoritaria –restrictiva– viene considerando que la pensión sólo es compatible con la pensión de gran invalidez cuando se trata de trabajos de tipo marginal e intrascendente. En contraste, el TS adopta aquí una posición flexible, invocando una doctrina minoritaria anterior: el derecho constitucional al trabajo, la literalidad de la norma sobre compatibilidad (art. 141.2 LGSS), la necesidad de evitar agravios con el régimen de la pensión de Incapacidad Permanente Total, el objetivo de la reinserción social y laboral, la interpretación en el contexto actual tecnológico –informática y teletrabajo– y, finalmente, el carácter ultra vires de las disposiciones reglamentarias –en alusión a la OM de 1996–, dado que el art. 141.2 LGSS no remite a ningún desarrollo reglamentario.

ÍNDICE

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO: ¿UNA NOCIÓN DE PERFILES NÍTIDOS?
2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO
3. LA PARADOJA DE LAS INCAPACIDADES NO PENSIONADAS Y LA PÉRDIDA DEL TRABAJO: VÉASE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 62/2008
4. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO: ¿UNA NOCIÓN DE PERFILES NÍTIDOS?

La cuestión que se plantea en la sentencia aquí analizada y que da pie a las reflexiones que siguen a continuación –STS de 30 de enero de 2008–, como se ha anticipado, no es otra que la procedencia de la suspensión del pago de una pensión de incapacidad permanente en su grado de gran invalidez a causa de que el beneficiario realiza de modo efectivo un trabajo a tiempo completo, aunque distinto de aquél que desempeñaba hasta el momento en que fue decla-

rado gran inválido, por considerar el INSS que dicha incapacidad le impide realizar cualquier tipo de actividad.

Parece pues plantearse un problema de compatibilidad entre la percepción de una pensión de gran invalidez y el trabajo, sin embargo, en realidad, en el fondo se está planteando algo más importante, la noción misma de incapacidad permanente, ya en su grado de absoluta, ya en su grado de gran invalidez. Y ello es así porque dependiendo de que dicha incapacidad comporte necesariamente una imposibilidad o no con cualquier actividad laboral, sería admisible o no –según el régimen jurídico aplicable– un sistema de compatibilidad determinado.

A tal efecto parece oportuno recordar, de un lado, que el artículo 137.5 LGSS define la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como “la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. Y, de otro, que, en aparente contradicción, el artículo 141.2 del a LGSS establece que las pensiones vitalicias en el caso de la invalidez absoluta o de la 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.

También se ha de tener en cuenta, y más considerando que el TS declara que se trata de una norma reglamentaria dictada *ultra vires*, lo dispuesto en el artículo 18.4 de la OM de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el RD 1300/1995, que desarrolla en materia de incapacidades del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Este precepto establece que cuando el procedimiento de revisión se haya iniciado a causa de que el receptor de la pensión de invalidez permanente esté ejerciendo trabajos por cuenta ajena o propia y no se haya constatado error de diagnóstico o mejoría que justifiquen el reconocimiento del derecho a pensiones por invalidez permanente en un grado inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del INSS “actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social”.

Una simple lectura de estos preceptos pone de manifiesto la falta de claridad, por no decir la contradicción que implica, de un lado:

- definir la incapacidad permanente absoluta como aquella que “inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, situación protegida y pensionada por la Seguridad Social (art. 1375 LGSS)
- y la gran invalidez como la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y, además, 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 (art. 137.6 LGSS).

Y de otro, ex artículo 141.2 LGSS, relativo a las compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente, que las pensiones vitalicias en caso de *invalidez* absoluta o de gran *invalidez* no impedirán el ejercicio de aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Es decir, al menos no queda claro cuales pueden ser esas “actividades compatibles” cuando la percepción de la pensión presupone que su beneficiario padece una lesión que le impide el desarrollo de toda profesión u oficio y además necesita de otra persona para los actos más esenciales de la vida. Sin duda se alude a una capacidad residual, pero no queda claro si ésta permite o no integrar la actividad que conforma una “profesión u oficio”.

De otro lado, nuestro texto constitucional consagra el derecho y el deber de trabajar y, entre otros derechos profesionales directamente relacionados con él, aunque diferenciados, el derecho a la “libre elección de profesión u oficio”, (art. 35.1 CE). Se trata de derechos que se recogen entre los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos (sección 2ª, Capítulo II, Título I CE), siendo el derecho al trabajo el derecho social por excelencia. Tempranamente tuvo ocasión nuestro Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre ciertas limitaciones que para el derecho al trabajo podían derivarse del sistema de Seguridad Social –recordemos la STC 22/1981, de 2 de julio – donde reconoce también una dimensión colectiva que conecta este precepto en el art. 40.1 CE y, analizando la originaria Disposición Adicional 5ª del ET –jubilación por razón de edad y extinción del contrato–, justificaba las medidas de reparto del empleo, pero en ningún caso la pérdida de capacidad para trabajar por razón de edad.

El derecho al trabajo hunde sus raíces en el Estado liberal que proclamaba la clásica libertad de oficio, industria y trabajo, realizando más su dimensión de libertad que de derecho. Pero en el Estado Social el derecho al trabajo aparece vinculado al derecho a la vida y a la vez se conforma como instrumento de integración y cohesión social y como un “*prius*” del resto de los derechos sociolaborales. Muchas veces se ha señalado, sin embargo, que se trata de un precepto de valor meramente programático que se diluye en una mera expectativa frente a un Estado que ha de orientar su actuación hacia la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE); sin embargo, y más allá del derecho subjetivo a un puesto de trabajo, se configura progresivamente como un derecho con otros contenidos y dimensiones relacionados con los derechos de “empleabilidad” y el sistema de compatibilidad pensiones/trabajo da otra nueva dimensión a este

derecho que nunca puede dejar de estar de actualidad por su centralidad en la sociedad y cultura del trabajo.

Desde nuestro punto de vista, se plantea un problema de concepción: una cosa es padecer una incapacidad para toda profesión u oficio, otra distinta es el carácter inalienable del derecho al trabajo y, por fin, otra distinta es su compatibilidad con una pensión que trata de compensar precisamente un defecto de ganancia por pérdida de la capacidad de trabajo y un exceso de gastos. Indudablemente, según el criterio del INSS, la realización de una actividad laboral a tiempo completo es incompatible con la percepción de una pensión –vitalicia, sí, pero cuya percepción puede quedar en suspenso–, que precisamente tiene carácter sustitutivo de las rentas del trabajo. No obstante, no es menos cierto que el art. 141 LGSS permite la compatibilidad de estas pensiones con actividades lucrativas o no que reúnan dos requisitos:

- que sean compatibles con el estado del inválido
- que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión

El segundo de estos requisitos no se cuestiona, pues el propio INSS archiva el expediente de revisión al constatar que no hay cambio alguno en la capacidad de trabajo que justifique la revisión. Por tanto, el problema reside en determinar el significado de la expresión actividad “compatible con el estado del inválido”, ya que si entendemos que compatible lo es aquel trabajo de carácter marginal, en el supuesto de hecho de un trabajo a jornada completa cuyas funciones conforman un oficio estaríamos ante un trabajo incompatible. En cambio, si consideramos compatible aquel trabajo que materialmente puede ser desarrollado por el inválido no cabe duda de que lo es, habida cuenta de que el trabajador mantiene una relación laboral a tiempo completo desde 1993 hasta 2006, año en que se plantea la demanda que está en la base de este supuesto.

El concepto de incapacidad permanente es un concepto jurídico con perfiles propios, aunque se basa en nociones y apreciaciones médicas. Y es que la incapacidad permanente en sus grados absoluta y de gran invalidez parte de dichas nociones pero añade otras que determinan que, en algunos casos, aunque se trate de una patología grave, no se declare la IP por faltar algún requisito para causar la pensión. Por lo que en puridad, tendríamos que hablar de incapacidad permanente pensionada. De hecho, el TS ha declarado en numerosas sentencias que no cabe que el INSS declare una invalidez sin derecho a pensión, ya que se trata de una noción con dos elementos necesarios, el fáctico y el jurídico, de tal modo que no se concibe la declaración de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez sin reconocimiento de la correspondiente pensión (SSTS de 14 y 30 de octubre de 1991 (RJ 7659 y 7681) y de 29 de noviembre de 1993

(RJ 1993, 9088). Y en el mismo sentido, el TC –STC 116/1991, RTC 1991/116) considera que si como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente sin prestaciones se soporta una situación de necesidad “no debe quedar desprotegida por el régimen público de Seguridad social”, sugiriendo las pensiones no contributivas, aunque éstas se someten, entre otros requisitos, a la carencia de rentas.

El concepto de incapacidad permanente pensionable presupone, por tanto y en primer lugar, que exista y quede constatada una patología, sea cual sea el tipo, por tanto física o psíquica y sea cual sea el origen de la contingencia, profesional o común. Concretamente se considera IP aquella situación en la que el trabajador, después de haber estado sometido al tratamiento médico y haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves; ahora bien, aunque lo normal es que la IT preceda a la IP ello no es estrictamente imprescindible ni se eleva a la condición de requisito legal, pero si el tratamiento médico continua no cabe, en principio hablar de IP. El significado del tratamiento médico no es otro que poner de manifiesto la existencia de un proceso de curación finalizado y que no permite mejoría ni progreso. Sin embargo, en el caso de secuelas definitivas, no es necesaria el alta médica.

Respecto de las patologías, la LGSS exige, en segundo lugar (art. 136.1), que sean lesiones “susceptibles de determinación objetiva”, lo que guarda estrecha relación con el procedimiento y criterios a seguir para la valoración y calificación de la invalidez, por tanto han de ser valoradas por los órganos competentes. Desde 1997 se ha implantado un sistema de valoración de incapacidades que trata de aproximarse al sistema de listado de enfermedades profesionales, para lo cual se requiere desarrollo reglamentario.

En tercer lugar, además de ser objetivada, ha de tratarse de una patología permanente, esto es, previsiblemente definitiva, lo que no obsta la posibilidad de que el inválido recupere su capacidad laboral, es decir, lo que define el carácter permanente de la incapacidad no es la imposibilidad absoluta de recuperación sino que ésta sea altamente incierta o a largo plazo. Y por ello se entiende que el agotamiento del período de duración máxima de IT –cada vez más ampliado por el legislador para evitar declaraciones de IP, tal como se ha producido en la reforma de 2007 – determina el paso a la IP –en algún caso, si clínicamente se aconseja una demora, se puede ampliar dicha duración máxima–.

Y en cuarto y último lugar, ha de tratarse de una patología relevante desde una perspectiva laboral, ya que ha de disminuir o anular la capacidad de trabajo –lo que explica que las patologías congénitas no entren dentro del concepto de incapacidad permanente pensionada–, siendo éste el elemento que se tendrá en cuenta para determinar el grado de la incapacidad permanente, por tanto, se ha de contar con un referente individualizado, es decir, el desempeño de un trabajo

productivo previo y anterior a la patología. El criterio de referencia para determinar la profesión habitual, será, ex artículo 137.2 LGSS, la profesión que ejercía el interesado o su grupo profesional (en coherencia con lo dispuesto en los arts. 22 y 39 ET), antes de producirse el hecho causante de la incapacidad.

El grado de IP es uno de los elementos de su régimen jurídico que determina un mayor número de litigios, ya que existe cierto margen de apreciación. En efecto se ha de atender al porcentaje de disminución de la capacidad de trabajo del interesado, que en un futuro, para una mayor objetividad y seguridad jurídica, pretende valorarse según una lista que se regulará reglamentariamente. No obstante, en la medida en que aún no se ha procedido a dicho desarrollo reglamentario, el sistema vigente es el de grados, según la importancia de la disminución de la capacidad de trabajo, valorando caso por caso en atención a elementos médicos y jurídicos.

Refiriéndonos ya al mayor de los grados de IP, la gran invalidez, se define, tal como adelantábamos como la situación del trabajador en situación de IP que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (aunque la jurisprudencia ha declarado que no es preciso que el inválido esté incapacitado para desarrollar todos y cada uno de los actos esenciales de la vida, bastando con que así suceda respecto de algunos, STS 22 de julio de 1996, RJ 1996, 6383). Al respecto conviene precisar que aunque la Ley de Integración Social del Minusválido –la Ley 13/1982– parecía haber modificado implícitamente la LGSS en el sentido que, conforme a su Disposición Adicional Quinta, la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo, de modo que cabría la gran invalidez, incluso con una Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual, lo cierto es que la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido contrario, considerando que la gran invalidez es el grado más grave de incapacidad permanente, por tanto, no cabe declarar gran inválido a quien sólo está incapacitado para realizar determinadas actividades profesionales.

En conclusión, la GI presupone la IPA, es decir, una incapacidad para todo tipo de profesión u oficio. Ahora bien, a la situación de gran invalidez se puede acceder por vía de reconocimiento inicial o como consecuencia de la agravación de una invalidez inferior preexistente. La agravación es necesaria cuando no se trata de un reconocimiento inicial, solicitándose la gran invalidez por esta causa y no por un error de diagnóstico.

El incremento de la pensión se concibe con la finalidad de atender la concreta y específica situación de necesidad de ayuda por parte de un tercero y no a la mayor medida de capacidad laboral. Hasta 2007, la cuantía de este complemento consistía en una pensión vitalicia cuya cuantía se calculaba aplicando el porcentaje del 50% sobre la cuantía de la pensión correspondiente por

invalidez permanente absoluta. Dado que dicho complemento se concibe para remunerar a la persona que asiste al inválido, se venía criticando su cálculo sobre una base reguladora que estaba en función del salario que hubiera percibido el trabajador, cuando la necesidad de cuidado era la misma. A partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, incluso ha perdido sentido la opción del interesado de sustitución de dicho incremento por el internamiento en una institución asistencial pública del Sistema de Seguridad Social. Y es finalmente la Ley 40/2007, de medidas de reforma de Seguridad Social, la que ha introducido un correctivo asistencial, de modo que se ha desembocado en un sistema mixto, que combina un componente igual para todos, universal, con otro individualizado contributivo-profesional. Concretamente, la suma del 45 % de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y del 30 % de la última base de cotización correspondiente al trabajador por la contingencia de la que se deriva la situación de incapacidad permanente, con la garantía de que en ningún caso el complemento podrá tener una cuantía inferior al 45 % de la pensión percibida.

A partir de estas breves consideraciones que tratan de traer a colación los elementos fundamentales del régimen de la Gran Invalidez desde un punto de vista conceptual, se convendrá que el problema fundamental es determinar qué trabajo es compatible, no con la situación de gran invalidez, cosa que no cuestiona el INSS, sino con la percepción de la correspondiente pensión –recordemos que el INSS tan sólo ha procedido a la suspensión de la percepción–, porque, de alguna manera se cuestiona la procedencia de que el régimen público de Seguridad Social proceda al abono de rentas de sustitución de las rentas del trabajo cuando estas rentas se están percibiendo, pese a persistir los elementos fácticos –la patología grave y permanente, constatada–. Y veremos que el TS encuentra argumentos para sostener esta doctrina que podemos resumir diciendo: que la pensión de gran invalidez es compatible con cualquier actividad productiva, incluso a tiempo completo que pueda desarrollar el interesado en dicho estado, por tanto, no sólo con actividades productivas marginales, por lo cual el INSS no puede proceder a suspender el pago de la pensión por el hecho de que un inválido en GI o IPA desempeñe actividades retribuidas a tiempo completo, incurriendo en ultra vires las normas que lo permitan.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ

Con carácter previo al análisis de la doctrina que el TS ha sentado en la sentencia que da origen a estas reflexiones, conviene partir, brevemente, de cual

ha sido el criterio mantenido por el TS hasta este momento, para así valorar el alcance de la que ahora nos ocupa.

Hasta la STS de de 30 de enero de 2008, la jurisprudencia mayoritaria ha defendido una posición restrictiva en cuanto a la compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Concretamente, se ha entendido que los únicos trabajos compatibles con la percepción de las correspondientes pensiones eran aquellas actividades laborales de carácter marginal, atendiendo, fundamentalmente, a la jornada y la retribución. No obstante, no puede hablarse de unanimidad doctrinal, ya que el TS también ha pronunciado algunas sentencias flexibilizadoras que, aun admitiendo cierta dificultad conceptual para admitir la realización de una actividad laboral normal, no marginal, de quien se encuentra en estas situaciones, dados los términos legales de la definición de la IPA, han procedido a su admisión invocando, precisamente, el derecho al trabajo de quienes se encuentran en situación de IPA o GI, ya que éstas responden, según esta línea minoritaria, a un juicio problemático de las expectativas de empleo (SSTS de 2-2-197 (RJ954), 6-10-1987, RJ6841), 3-11-1987 (RJ 1987, 8045), además de que la OM de 15 de abril de 1969, según esta línea interpretativa, cuando se refería a la posibilidad de realizar las actividades laborales compatibles con estas situaciones, admitía todas las actividades sin limitación, ya que no se dispone ni en la ley ni en la norma reglamentaria que sólo puedan realizarse actividades superfluas, accidentales o esporádicas.

La jurisprudencia mayoritaria, sin embargo, como decíamos, se ha inclinado en un sentido mucho más restrictivo y se ha fundamentado en distintos argumentos que se esgrimen, entre otras, en las SSTS de 7-7-1986 (RJ 1986,3967), 19-12-1988 (RJ 1988, 9864) y de 26-12-988 (RJ 1988, 9915) y 26-1-1989 (RJ1989, 302) y que, sintéticamente son los siguientes:

En primer lugar, acudiendo a una interpretación sistemática, se ha invocado el art. 7.6 LGSS, conforme al que el Gobierno podrá excluir a instancia de los interesados del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio de vida fundamental. De este modo, si el trabajo de escasa entidad profesional y/o económica podría quedar extramuros del sistema de Seguridad Social, lo que excluye de afiliación y alta y no plantea problemas de compatibilidad con las prestaciones económicas que reconozca dicho sistema a un sujeto concreto.

En segundo lugar, atendiendo a una interpretación teleológica, esta línea jurisprudencial mayoritaria considera que la actividad compatible no puede comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio, sea cual sea dicha actividad, pues les afecta el grado de invalidez. Y, siendo la función de estas

pensiones la sustitución de las rentas del trabajo, el abono de la pensión carece de sentido cuando existen estas rentas salariales.

En tercer lugar, se invoca un argumento conceptual, ya que por la propia definición legal de la IPA y la GI, la única actividad laboral compatible es la de escasa entidad y significación, y es que, según esta jurisprudencia, el legislador, tácitamente, se refiere exclusivamente a trabajos marginales e intrascendentes, porque cualquier otra interpretación “rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina”, ya que la Incapacidad Permanente Absoluta está definida legalmente como aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea. O, en otros términos, la interpretación amplia del art. 141.2 LGSS comportaría un resultado que incurriría en “contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo”. En definitiva, la incompatibilidad con el trabajo deriva del propio concepto de la situación incapacitante y otra situación desvirtuaría las diferencias entre situaciones y grados de incapacidad permanente, especialmente entre IPA e IPT.

En cuarto lugar, se invoca un argumento reglamentario. De un lado, el artículo 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo y el artículo 18.4 de la vigente OM de 18 de enero de 1986, dictada en desarrollo del RD 1300/1995 sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, que avalan esta tesis restrictiva, especialmente cuando establece que la Dirección Provincial del INSS que acuerde la suspensión del abono de la pensión cuando el perceptor realice trabajos por cuenta propia o ajena “en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado” cuando la actividad laboral “exceda de los límites permitidos”.

En congruencia con dichos argumentos, las únicas actividades o trabajos compatibles con la percepción de estas pensiones de IPA o de GI serían aquellos que consistan en tareas referidas a labores de orden adjetivo o marginal, ya que no pueden comportar un cambio de la capacidad de trabajo. Y en el caso de que se produjese dicha modificación, lo procedente es la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes.

Siendo este el estado de la cuestión a nivel jurisprudencial la STS de 30 de enero de 2008 sienta una doctrina flexible y amplia que viene reforzar los argumentos de la línea minoritaria hasta este momento. En los fundamentos de derecho, el TS se refiere a las siguientes razones:

1. El concepto de IPA o GI, deja abierto qué haya de entenderse por “actividades compatibles”, término al que califica de críptico o elíptico, pero lo dispuesto en el artículo 141.2 LGSS “invita a considerar que el maximalismo de la definición... se relativice a la hora de analizar su compatibilidad con el trabajo”. Para el TS la declaración de

IPA y de GI no es más que un juicio problemático de las expectativas de empleo, tal como evidenciaba el art. 138.2 LGSS/74, en el sentido de que son situaciones que escapan a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral. Por ello el propio legislador relativiza en el artículo 141.2 LGSS la rigurosa definición del artículo 135.5 LGSS que apunta a una imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación. Por tanto, entiendo, lo que el TS afirma es que no cabe interpretar este último precepto como una imposibilidad legal sino como una imposibilidad fáctica o material que deja un hueco a lo inimaginable, por difícil o extraño que resulta en la realidad del mercado de trabajo. Y es este resquicio el que entiende el TS deja abierta una interpretación menos rigurosa del concepto de IPA o GI.

2. El argumento constitucional: derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI porque así lo reconoce el artículo 35 CE y lo corroboran los artículos 141.2 LGSS, art. 2 RD 1071/1984 y art. 18.4 OM de 18 de enero de 1996 (invocando sentencias anteriores del TS en este sentido). Aunque no se extiende el TS en delimitar el contenido y alcance de este derecho constitucional y es que en realidad no se cuestiona este derecho, sino si su ejercicio es o no compatible con la percepción de esta pensión.
3. Invoca que la jurisprudencia social no siempre ha acogido la interpretación restrictiva del INSS trayendo a colación numerosas sentencias desde la de 2 de marzo de 1979 (RJ 1979/954), por tanto, no habría una sola interpretación ni unanimidad doctrinal.
4. Interpretación literal del artículo 141.2 LGSS, según el que estas pensiones no impedirán el ejercicio de aquellas actividades que sean compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Dado que en el supuesto de hecho enjuiciado queda acreditado que las actividades son compatibles con el estado del beneficiario y el INSS ha archivado el expediente de revisión por considerar que persisten las mismas patologías en el beneficiario de la pensión de gran invalidez y dado que el precepto legal no establece límite alguno a dicha actividad, no hay motivo para suspender la percepción de la pensión de gran invalidez.
5. La incidencia del principio de igualdad, es la que plantea el TS al señalar el agravio comparativo con la Incapacidad Permanente Total al que conduciría una interpretación en sentido contrario, ya que situaría en mejor condición al trabajador declarado en Incapacidad Permanente Total, que puede realizar cualquier profesión u oficio que no sea aquél para el que haya sido declarado inválido, mientras que el declarado en

Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Inválido no podría realizar ninguna actividad ni tener ingresos, más allá de la marginalidad.

6. Una interpretación teleológica–sistemática, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Integración Social del Minusválido, es la que sugiere el TS cuando señala que se debe hacer una interpretación conforme a la voluntad legal de integración social y laboral de estas personas. Y la suspensión de la percepción de la pensión supondría dejar sin motivación ni estímulo económico una actividad que supone un considerable esfuerzo psicofísico por parte del trabajador inválido. Y ello aunque, matiza, en contra de este argumento de la desmotivación económica, que las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo tendrían incidencia sobre las pensiones futuras, en alusión a la de jubilación o nueva prestación por IPA, con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y el derecho de opción que establece el artículo 122 LGSS.
7. Una interpretación adecuada al contexto social actual, en concreto, adecuada al impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, es otro de los argumentos del TS. En efecto, para el TS, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación abren nuevas formas de teletrabajo que consienten la realización de actividades laborales a jornada completa a las personas que están en situación de IPA o de GI, siendo una nueva vía para la reinserción social de las personas con capacidad disminuida.
8. Indirectamente, se invoca el principio de jerarquía normativa, al considerar ultra vires las disposiciones reglamentarias –en alusión a la OM de 1996– que permiten la suspensión del abono de la pensión, por contrariar lo dispuesto en el artículo 141.2 LGSS que admite la compatibilidad y no se remite a desarrollo reglamentario, por lo que ha de entenderse ineficaz.

3. LA PARADOJA DE LAS INCAPACIDADES NO PENSIONADAS Y LA PÉRDIDA DEL TRABAJO: VÉASE LA STC 62/2008, DE 26 DE MAYO

No pretendemos aquí proceder al análisis de la STC 62/2008, de 26 de mayo, lo que nos excede por razón de la materia y de las características de esta sección. Nuestro objetivo es más que nada traer a colación este pronunciamiento del Tribunal Constitucional para reflexionar más profundamente sobre la STS que hemos analizado y con una dimensión más amplia, porque realmente la cuestión que en esta se suscita es compleja y las soluciones no siempre resultan plenamente satisfactorias.

En la STC 62/2008, de 26 de mayo se plantea el supuesto de un despido disciplinario de un albañil de 54 años de edad dos meses después de ser contratado y a los diez días de iniciar una situación de incapacidad temporal. El despido disciplinario se basó en la trasgresión de la buena fe contractual del trabajador por ocultar a la empresa que ya padecía una enfermedad que le había provocado anteriores situaciones de IT en otras empresas. El despido fue declarado improcedente y no nulo como pretendía el trabajador, tanto en la instancia (Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid), como en el TSJ de Madrid y el TS no admitió el recurso de casación.

El trabajador demandante de amparo invocó la violación del artículo 14 –prohibición de discriminación– y el artículo 24 –tutela judicial efectiva–, pero no de los artículos 15 (integridad física) y art. 18.1 –derecho a la intimidad–, todos ellos del texto constitucional. Razón por la que el TC se limita al análisis de aquél precepto constitucional –art. 14–. Al respecto el TC admite que el estado de salud o una enfermedad pueden ser factor de discriminación aunque no esté expresamente mencionado en el artículo 14 CE y, recuerda, que así lo admitió el TS cuando la enfermedad sea tomada como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada o en la estigmatización de la persona enferma, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto de contrato.

Para el TC en el caso enjuiciado, el despido se basa en la incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por su estado de salud o enfermedad, que podrá considerarse procedente o improcedente, pero no nulo porque ello por sí no es un despido discriminatorio. Es interesante destacar las alegaciones del Fiscal que, en una opinión distinta, favorable al amparo señala (f.j 7), que el trabajador se encuentra en “una suerte de disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la clínica aparición de la enfermedad, sin llegar a tener un carácter definitivamente invalidante” y sugiere que se trata de una figura intermedia entre la IT y la IP.

Si entrar en el fondo de la cuestión, nos llama la atención el resultado de esta sentencia porque se plantea un supuesto diametralmente opuesto al analizado: una incapacidad para trabajar de forma continua, sin pensión de incapacidad permanente, dado que es discontinua, que tiene como consecuencia la pérdida de las rentas del trabajo, sin que el sistema de Seguridad contemple ésta como situación protegida. Es evidente que si aplicamos el juicio problemático que hacía el TS respecto a las posibilidades de inserción en el mercado de trabajo de este trabajador nos encontramos con un resultado paradójico, pues ninguna empresa que conozca la situación de enfermedad discontinua contratará al trabajador y si éste no ha dado el dato se estimará causa de despido –con

la calificación judicial de improcedente–, que a la postre, dado el estado del Derecho positivo, supone la pérdida del puesto de trabajo sin una causa justa en Derecho mediando una indemnización compensatoria por la pérdida del puesto de trabajo, por lo que no se garantiza el derecho al trabajo.

4. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS

El TS en esta Sentencia de 30 de enero de 2008 ha sentado una doctrina clara en la que considera que la pensión de gran invalidez es compatible con cualquier actividad productiva que pueda desarrollar el beneficiario, es decir, no sólo una actividad marginal sino, incluso, a jornada completa y, además, que el INSS no puede proceder a suspender el abono de la pensión por el hecho de que el pensionista de Gran Invalidez o Invalidez Permanente Absoluta desarrolle actividades retribuidas y a tiempo completo –siendo ineficaces por ultra vires las normas reglamentarias en que se basa el INSS para proceder a dejar de efectuar los pagos–.

Llama la atención que tratándose de una sentencia unificadora de doctrina, dictada en Sala General y sobre una cuestión, como señala el propio TS, de gran complejidad, la misma no cuente con ningún voto particular. Y más aún cuando es el TS el que señala que “no es posible negar la validez de tales argumentaciones”, en referencia a los sólidos argumentos de la jurisprudencia hasta este momento mayoritaria, como hemos señalado, restrictiva. Siendo sorprendente que las sentencias en esta línea –restrictiva– coincidan en señalar que una interpretación amplia daría como resultado “una contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo” –STS de 20 de diciembre de 1989, entre otras muchas– y sin embargo el TS ¿no puede negar la validez de esta afirmación para llegar precisamente a ese resultado, el absurdo? Nos preguntamos cómo puede ahora el TS no sólo sostener una postura contraria –esto es posible, razonable y explicable– sino señalar que no se puede negar validez a esta argumentación –la contradicción con el sistema de una interpretación amplia y el absurdo–, sin que se incurra él mismo en contradicción.

No vamos a negar que tanto una como otra solución no terminan de convencer, al menos a los ojos de quien suscribe estas reflexiones. Se enfrentan derechos y bienes jurídicos difícilmente conciliables en estos casos, por un lado, el derecho al trabajo de toda persona como derecho social por excelencia y, por otro, el reconocimiento de una pensión sobre la base de una patología invalidante que no ha variado y que, por tanto, no admite revisión. Es cierto que la Ley parte del supuesto lógico y normal de la casi imposible inserción laboral de un gran inválido, pero está claro que las nuevas tecnologías pueden hacer

posible lo que hasta hace poco era implantable para estas personas. Así las cosas, es posible que el art. 141.2 LGSS permita compatibilizar el trabajo sin excepción ni restricción alguna, y en esto no le falta razón al TS, pero no es menos cierto que ello se hace sobre la base de un juicio de alta improbabilidad, y mientras ello sea así, se prefiere dejar intangible el derecho al trabajo, pero cuando ello no sea así quizá será necesaria una revisión del concepto jurídico, no médico.

Las reformas pendientes sobre IP –desde hace más diez años– tienden a centrar la cuestión en la objetivación de la incapacidad según una “lista”, sin embargo no se tiene en cuenta que en realidad también sería necesaria una redefinición conceptual paralela, ya que hoy por hoy la definición de la IPA sigue siendo de difícil conciliación con lo dispuesto en el art. 141.2 LGSS. Esta resolución judicial deja claro que nuestro vigente sistema puede llevar a que se declare incapaz de desarrollar cualquier profesión u oficio a una persona que demuestra precisamente lo contrario, esto es, que puede hacerlo. Tal vez sea necesario plantear directa y abiertamente si conviene mantener el abono de la pensión mientras se trabaja a jornada completa a cambio de una retribución, analizar cuáles son los inconvenientes y cuáles las ventajas, los bienes jurídicos en juego, sin caer en el simplismo de tener en cuenta como único criterio un cálculo actuarial de las repercusiones financieras de estas medidas –aspecto económico, naturalmente a considerar, pero no el único–.

Redefinición del concepto y de los grados de incapacidad permanente, a la luz de la evolución tecnológica absolutamente necesaria si no queremos encontrarnos con resultados paradójicos que encuentran resquicios en nuestro ordenamiento jurídico. Y esto es lo que viene a reconocer el TS que habla de “la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”, afirmación que se entiende se refiere no sólo del concepto legal y los grados de incapacidad permanente sino también del régimen de incompatibilidad con el trabajo.

Desde nuestro punto de vista, las soluciones apuntan por una equiparación entre IPT, IPA y GI en cuanto a su compatibilidad con el trabajo remunerado a jornada completa, manteniendo en estos casos el derecho al percibo de una cuantía equivalente a la de la pensión de IPT –y suspendiéndose el resto hasta el cese en la actividad–. Ello evitaría el agravio comparativo al que alude el TS y también el del desincentivo a la inserción social y laboral de las personas con discapacidad grave; solución a la que, desde nuestro punto de vista, podría haber llegado el TS haciendo una aplicación analógica del régimen del complemento de la invalidez permanente total cualificada.