

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO TRAS LA STJUE DE 18 DE ENERO DE 2024, C-631/22: REFLEXIONES SOBRE UNA NECESARIA REFORMA

MANUEL JOSÉ MORENO PUEYO
Letrado de la Seguridad Social

Cómo citar este trabajo: Moreno Pueyo, M. J. (2024). “Incapacidad permanente total y extinción del contrato de trabajo tras la STSJ de 18 de enero de 2024, C-631/22: reflexiones sobre una necesaria reforma”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (2), 1–19. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10375>

1. Introducción.

El reconocimiento del grado de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual (IPT en lo sucesivo) no puede determinar la extinción automática de la relación laboral, sino que el empresario debe reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su estado o bien justificar que tal medida le supone una carga excesiva. Solo en este último caso, la extinción resultaría procedente.

En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/01/2024 (STJUE y TJUE en lo sucesivo), en la cuestión prejudicial 631/22 promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears.

El art. 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores (ET en lo sucesivo) contempla (contemplaba, podría decirse) la incapacidad permanente total como causa de extinción de la relación laboral¹.

La Jurisprudencia, al interpretar el precepto, diferenciaba con nitidez esta causa de extinción y el despido disciplinario² apuntando que la empresa no tiene obligación de realizar una reubicación del trabajador, salvo que así esté establecido convencional o contractualmente, y con independencia de que nada le impida hacerlo.

La sentencia, si bien afecta a un precepto de naturaleza laboral, pone en cuestión, en cierto modo, el régimen de protección que la Seguridad Social otorga a la incapacidad permanente. La pensión vitalicia que se reconoce en caso de IPT obedece a la pérdida de ingresos derivada de la extinción de la relación laboral por la imposibilidad de ejercicio de la profesión habitual. Si, atendiendo a la condición de discapacitado del pensionista, la empresa debe proceder ahora a adaptar el puesto de trabajo y aquél conserva su actividad profesional y retribución ¿qué sentido tiene que, además, se le reconozca una pensión?

El presente trabajo se propone analizar la STJUE desde la perspectiva de la Seguridad Social incidiendo en la necesidad de una nueva regulación de la incapacidad permanente.

2. Doctrina del TJUE.

La normativa europea interpretada por el TJUE es el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (Directiva, en lo sucesivo), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretada a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (Convención de la ONU en lo sucesivo).

La piedra angular de la sentencia es la consideración del pensionista de IPT como persona discapacitada y la extinción de su relación laboral como despido³

¹ Salvo concurrencia del supuesto previsto en el art. 48.2 ET: cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente

² Entre otras, Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (STS, en lo sucesivo), de 3/02/21, RCU 998/18.

³ A los efectos del art. 3 de la Directiva, a cuyo tenor ésta resulta aplicable a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

A tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, titulado *Ajustes razonables para las personas con discapacidad*, los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva.

Apunta el TJUE que el concepto de *discapacidad*, en el sentido de la Directiva, *debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.*

Por otra parte, señala que el concepto de despido *debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento.*

La persona afecta de IPT tiene, a la luz de esta normativa, la condición de discapacitada, al presentar limitaciones físicas, psíquicas y/o sensoriales objetivas y definitivas de suficiente entidad como para afectar de forma relevante a su capacidad de trabajo. Por lo tanto, dada la rotundidad de la Directiva y de la Convención de la ONU, que es la pauta para la interpretación de aquella, la solución no podía ser otra que la alcanzada: el Art. 49.1 e) ET en su actual redacción no es compatible con el derecho europeo y la extinción del contrato por causa de incapacidad permanente total no puede ser automática.

3. La condición de discapacitado del pensionista de incapacidad permanente total en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

Debe resaltarse que la Directiva había sido objeto de trasposición en nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social y que la Ley 26/11, de 1 de agosto, adapta la normativa nacional a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad asimila a los pensionistas de incapacidad permanente a las personas discapacitadas.

De acuerdo con su art. 1.2, *a los efectos de esta ley, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.*

Este precepto suscitó una notable polémica, al cuestionarse el alcance de la homologación. Dos sentencias de la Sala IV (ambas de fecha 21/3/2007, RCU 3872/05 y RCU 3902/05), seguidas de otras muchas, zanjaron la cuestión concluyendo que las situaciones de incapacidad permanente posibilitaban la adquisición del grado de discapacidad del 33% a los efectos de las previsiones de la ley 51/2003 pero que, para todos los demás efectos, los regulados en otras normas, dicho 33% debía alcanzarse aplicando los baremos del, entonces vigente RD 1971/1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, (A fecha de hoy rige el RD 888/2022, de 18 de octubre).

En definitiva, la homologación de los pensionistas de incapacidad permanente no sería absoluta, jugaría solo en el ámbito de la Ley 51/2003.

¿Altera esta conclusión el vigente RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Ley General de derechos de las personas con discapacidad (LGDPD en adelante). Su vigente art. 4º concreta, en lo que ahora interesa, que la homologación se extiende al derecho al trabajo de las personas discapacitadas regulado en el capítulo VI del Título I LGDPD.

En consecuencia, los pensionistas de incapacidad permanente son acreedores a todos los derechos y garantías que en materia laboral contempla la LGDPD, entre ellos los relativos al empleo ordinario que regula el art. 40.1. que es la trasposición del art. 5º de Directiva

En esta tesitura lo que sorprende no es el reproche que el TJUE dirige al art. 45.1 g) ET, sino que este precepto haya subsistido, en su actual redacción, hasta el momento presente.

La asimilación del pensionista de incapacidad permanente al discapacitado no ha venido acompañada, paralelamente, de una adaptación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Coexisten dos regulaciones que responden a principios antagónicos: la que promueve la integración laboral de la persona afecta de discapacidad, comprendiendo en tal concepto al pensionista de IPT y la que parte de la base de que las limitaciones físicas padecidas por el trabajador afecto de IPT le expulsan del mercado laboral, por lo que procede reconocer una pensión vitalicia.

4. Efectos de la sentencia sobre la regulación legal vigente.

4.1. Efectos sobre el art. 49.1 e) ET.

La actual redacción del precepto es nula por contraria al Derecho de la Unión, por lo que urge su reforma al objeto de que, en los casos de IPT, la extinción del contrato se condicione a la inexistencia de un puesto de trabajo que pueda ocupar el trabajador y a la imposibilidad de adaptar un puesto existente.

No debe producirse una confusión entre causa de extinción y despido. El despido es una de las diversas causas de extinción que contempla el art. 49 ET y, ciertamente, de no concurrir la que el empresario invoca, ante la reclamación del trabajador, el efecto resultante es la declaración de despido improcedente (caso, por ejemplo, del empresario que se jubila y extingue los contratos de trabajo, pero continúa con su actividad).

Una cosa es que, a efectos del art. 3 de la Directiva 2000/78, la extinción del contrato por IPT se equipare a despido y otra que dicha extinción constituya técnicamente un despido.

Cabe apuntar que la STJUE se refiere exclusivamente al supuesto de IPT, pero la condición de discapacitado es predicable igualmente del pensionista de incapacidad permanente absoluta (IPA en lo sucesivo) o gran invalidez (GI en lo sucesivo), pues dichos grados de incapacidad permanente, de acuerdo con el art. 198.2 TRLGSS, son compatibles con el ejercicio de la actividad laboral⁴.

Es cierto que el apartado 50 de la STJUE parece diferenciar los supuestos de IPT e IPA, pero lo hace en razón a las observaciones del Gobierno español acerca de que una *incapacidad permanente absoluta, designa una incapacidad para todo trabajo*. Si llegara a plantearse una nueva cuestión prejudicial relativa a la extinción del contrato de trabajo de un pensionista de IPA o GI, y se trasladase al Tribunal europeo el citado art. 198.2 TRLGSS, no se puede descartar que reiterara la doctrina que ha establecido para a IPT, al margen de que, en estos casos, el empresario podrá acreditar, con mayor facilidad, que la adaptación o el cambio del puesto de trabajo le resultan imposibles o muy gravosos.

4.2. Efectos sobre la normativa de Seguridad Social.

La nulidad del art. 49.1 e) ET no afecta al régimen jurídico de la prestación de IPT, pero sí, en cierta medida, a su gestión. Cuando el INSS o el Instituto Social de la Marina (ISM

⁴ Según el art. 198.2 TRLGSS, las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión

en lo sucesivo) constatan que el trabajador afecto de IPT está en situación de alta en la empresa, difieren la fecha de efectos de la pensión a la baja efectiva del trabajador, partiendo de la base de que este continúa desempeñando su profesión habitual⁵.

Ahora, tras la STJUE, si se mantiene la situación de alta, la entidad gestora deberá recabar de la empresa información sobre la actividad laboral que efectivamente está desarrollando el trabajador, con la finalidad de determinar si es compatible con la pensión reconocida.

El trabajador al que se le readapte el puesto de trabajo o asigne uno de distinto contenido, conservará el grado de IPT, pero no necesariamente el derecho a la pensión, que puede permanecer en suspenso en tanto desempeña las nuevas funciones si el INSS o ISM consideran que estas corresponden a la profesión habitual respecto de la cual se declaró la IPT.

Es previsible el incremento de la litigiosidad en una doble dirección: contra la resolución extintiva del empresario basada en la imposibilidad o dificultad excesiva de recolocación y contra las resoluciones del INSS/ISM suspendiendo el pago de la pensión en supuestos de recolocaciones o readaptaciones que no impliquen, a juicio de la entidad gestora, el ejercicio de una profesión diferente.

5. Reflexiones sobre la necesaria reforma de la protección de la incapacidad permanente.

5.1. Grados de incapacidad permanente.

De acuerdo con la DT 26ª TRLGSS⁶, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los grados de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez.

Estos son los grados que contemplaba ya la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 que desarrolló la Ley de bases de 28 de diciembre de 1963⁷.

⁵ La Jurisprudencia confirmaba unánimemente la legalidad de este criterio. Véase el FJ 5ª.2 STS 26/04/17, RCUD 3050/15.

⁶ Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre. En adelante TRLGSS para el texto vigente, TRLGSS 94 y TRLGSS 74 para las versiones anteriores.

⁷ Decreto 907/66 de 21 de abril que aprueba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. - Boletín Oficial del Estado de 22-04-1966.

La Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, trató de introducir un sistema baremado de calificación de los grados de incapacidad permanente que, a fecha de hoy, no ha entrado en vigor por falta de desarrollo reglamentario y que se recoge en el art. 194 TRLGSS. En síntesis, la incapacidad permanente se calificaría en uno de los cuatro grados en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo valorado según un listado de enfermedades.

Es hasta cierto punto comprensible que este sistema de calificación no haya llegado a implementarse. En primer término, cabe apuntar la imprecisión técnica que supone establecer una lista de enfermedades cuando lo relevante para calificar la incapacidad permanente son las limitaciones o efectos que aquéllas producen en el trabajador. Al margen de que tales limitaciones pueden derivar no de enfermedades, sino de las secuelas de un accidente, sea o no de trabajo.

Por otra parte, ¿de qué sirve establecer porcentajes de reducción de la capacidad de trabajo en función de un listado de patologías si ese porcentaje no se traduce de manera directa en un grado de incapacidad, sino que hay que proceder a una segunda operación: *valorar la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada.*

El reconocimiento de un grado de incapacidad permanente, a diferencia de lo que acontece con la valoración de la discapacidad y los grados de minusvalía, no debe establecerse de manera automática aplicando un baremo, sino ser fruto de la valoración del inspector médico evaluador y de un órgano cualificado, el equipo de valoración de incapacidades del INSS.

La actuación de estos, para ser objetiva, sí debe sustentarse en guías de actividades y patologías y de hecho el INSS ha elaborado y actualiza periódicamente tanto una guía de valoración profesional, como una guía de ayuda para la valoración de enfermedades profesionales, así como guías de valoración de las distintas patologías.

Estas guías permiten que los cincuenta equipos provinciales de valoración de incapacidades (EVI, en lo sucesivo) apliquen unos mismos criterios de calificación de los grados de incapacidad permanente en todo el ámbito nacional. Puede decirse que se atiende en la práctica al mandato de calificación baremada del art. 164 TRLGSS de una manera más eficiente que la que resultaría del desarrollo reglamentario del precepto.

5.2. La protección de la incapacidad permanente.

Las prestaciones en materia de incapacidad permanente, como es conocido, son de naturaleza económica. Consisten en una indemnización a tanto alzado en caso de incapacidad permanente parcial y en pensiones vitalicias para la incapacidad permanente total y la absoluta y un complemento también vitalicio en el caso de gran invalidez⁸.

No siempre ha sido así. Si volvemos la vista atrás, podemos constatar que uno de los principios inspiradores de nuestro Sistema, enunciado en la norma originaria del mismo, la ley de bases de 28-12-63, es el de la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación. *Una de las preocupaciones principales de la ley es la de potenciar al máximo, frente a las clásicas prestaciones económicas, el acceso de las personas comprendidas en su campo de aplicación a las de carácter técnico, tanto preventivas como recuperadoras, rehabilitadoras y reeducadoras*, reza su exposición de motivos.

Nuestro Sistema contempló desde sus inicios y hasta 2004 las llamadas prestaciones recuperadoras. El art. 38 TRLGSS 1994, al enumerar las prestaciones que integran la acción protectora enunciaba, entre éstas, la recuperación profesional cuya procedencia se aprecie en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional o accidentes, sean o no de trabajo.

Dentro del Capítulo *Servicios Sociales* y con el epígrafe *derecho a la reeducación y rehabilitación*, el art. 54 TRLGSS 1994, establecía que los derechos que integraban la prestación de recuperación profesional eran, para los trabajadores encuadrados en el Régimen General, los regulados en el título II de dicha ley (en concreto, capítulo VI, arts. 153 a 159)⁹.

En síntesis, la sección 1ª del capítulo VI, bajo el epígrafe *prestaciones recuperadoras* contemplaba como tales el tratamiento sanitario adecuado (especialmente la rehabilitación funcional), la orientación y la formación profesionales, por readaptación al trabajo habitual anterior o por reeducación para un nuevo oficio o profesión.

⁸ No procede incidir en mayores precisiones, dado el objeto de este trabajo.

⁹ Por lo que se refiere a los trabajadores encuadrados en los regímenes especiales, la normativa reguladora de cada uno de ellos establecía el alcance y contenido de la prestación. Finalmente, los minusválidos en edad laboral tenían derecho a beneficiarse de la prestación de recuperación profesional de inválidos, en las condiciones reglamentariamente establecidas.

La sección 2ª contenía un único precepto, el art. 156, regulador del subsidio de recuperación, que se podía percibir mientras se desarrollaba la recuperación profesional¹⁰.

La sección 3ª, bajo el epígrafe empleo selectivo, remitía a la regulación reglamentaria medidas de reserva de puestos de trabajo y derechos de readmisión a favor de trabajadores incapacitados, así como diversas medidas complementarias (acondicionamiento de puestos de trabajo, subvenciones en el pago de cotizaciones, etc.).

Pues bien, sorpresivamente, sin justificación alguna plasmada en su exposición de motivos, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, derogó los arts. 153 a 159 LGSS, dejando sin contenido las prestaciones recuperadoras del Sistema, que han desaparecido del ámbito de la acción protectora del régimen público de Seguridad Social, por más que el art. 42 TRLGSS siga incluyendo a la recuperación dentro de ella.

El tratamiento sanitario adecuado y la rehabilitación funcional se seguirán prestando a cargo del sistema público de Seguridad Social, pues integran el contenido de la prestación de asistencia sanitaria, de acuerdo con el art. 98 TRLGSS 1974¹¹, pero las medidas de recuperación, rehabilitación y habilitación profesional se contienen ahora en la LGDPD (arts. 8 y 17 de la Ley, capítulos I y III del Título I LGDPD) y están reservadas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral. Esta regulación no se aplica, por lo tanto, a los trabajadores. Queda también fuera del alcance de la asimilación a discapacitado del pensionista de incapacidad permanente prevista en el art. 4.2 LGSPD.

La conclusión es muy poco satisfactoria: Los trabajadores encuadrados en un régimen de Seguridad Social no tienen derecho a unas prestaciones que, si se mantuvieran dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, podrían llegar a incidir en la calificación del grado de IP, haciendo innecesario su reconocimiento o bien dejarían sin justificación el percibo de una pensión vitalicia.

5.3. Incompatibilidad de los grados de incapacidad permanente con el trabajo.

Más bien la regla general es la contraria. El reconocimiento de un grado de incapacidad permanente es compatible con el ejercicio de la actividad laboral.

¹⁰ Su importe coincidía con el del subsidio de incapacidad temporal y era incompatible con éste y con la percepción del salario.

¹¹ Precepto que conserva su vigencia, al no haber sido derogado por el TRLGSS 94 ni por el de 201).

La incapacidad permanente parcial es, por su propia delimitación conceptual, compatible con la profesión habitual o cualquier otra¹².

La gran invalidez, no presupone la incapacidad absoluta¹³. El gran inválido puede estar afecto de otro grado de incapacidad permanente distinto al de absoluta y también estar afecto únicamente de gran invalidez¹⁴. En consecuencia, la gran invalidez, por sí misma, no implica necesariamente la imposibilidad de desempeño de la actividad laboral.

La invalidez absoluta¹⁵ en lo que sin duda constituye una contradicción terminológica, no impide el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, con el efecto de que la pensión será compatible con dicha actividad¹⁶.

Si se trata de actividades lucrativas, determinarán el encuadramiento del trabajador en el Régimen de Seguridad Social correspondiente. En tal caso, la entidad gestora valorará si procede una revisión del grado de incapacidad permanente reconocido y, si llegase a la conclusión de que las limitaciones físicas no han experimentado una mejoría que justifique la revisión de grado, podrá instar la oportuna acción judicial de revisión del acto administrativo por el que se reconoció la IPA, fundamentada en el error de calificación jurídica, cuando considere que la actividad laboral desempeñada no se corresponde con una IPA.

Este régimen legal de compatibilidad es acorde a las previsiones de la LGDPD, a tenor de la cual el pensionista de incapacidad permanente absoluta tiene la condición de discapacitado y es acreedor a las medidas laborales del Capítulo VI del Título I de la norma, que obliga a los empresarios a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa.

¹² DT 26ª TRLGSS: Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

¹³ De acuerdo con la DT 26ª TRLGSS, es 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.

¹⁴ El precepto exige que el gran inválido debe estar afecto de incapacidad permanente, pero dicho requisito se cumple, aunque no presente limitación funcional alguna para el desempeño de su profesión habitual, si necesita la asistencia de una tercera persona, pues la gran invalidez es un grado de incapacidad permanente.

¹⁵ De acuerdo con la DT 26ª TRLGSS, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio

¹⁶ Esta previsión del art. 198.2 TRLGSS se extiende también a la gran invalidez y debe interpretarse, respecto de este último grado, que se refiere a los supuestos en los que el gran inválido está afecto también de IPA pues, como se ha apuntado ya, de no estarlo, sus posibilidades laborales exceden de las referidas en este precepto.

Cabe, no obstante, una puntualización. El art. 198 TRLGSS regula la compatibilidad de las pensiones con el trabajo, pero, desde la perspectiva de la LGSPD, el derecho a la integración laboral del trabajador afecto de un grado de incapacidad permanente no implica que este deba seguir percibiendo la prestación. La finalidad de la norma se alcanza con la integración laboral y el hecho de que, al mismo tiempo, se perciba una pensión es irrelevante.

Por lo que se refiere a la IPT, de acuerdo con la DT 26ª TRLGSS, *se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.*

Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.¹⁷

Cabe precisar que no ha entrado en vigor la previsión del art. 194 TRLGSS a tenor de la cual, a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo no solo de la profesión que ejercía el interesado sino también del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada.

En el caso de la IPT, de acuerdo con su propia denominación y en el plano de la lógica, cabe compatibilizar la pensión con el ejercicio de actividades distintas a las propias de su profesión habitual, pero no con esta.

Ello a pesar de la redacción del art. 198.1 TRLGSS que extiende la compatibilidad a los supuestos en los que las nuevas funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. La exposición de motivos de la ley que introdujo esta

¹⁷ El desarrollo reglamentario está constituido por el art. 11.2 OM 15/04/69: *Se entenderá por profesión habitual, en caso (...) enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad (temporal) de la que se derive la invalidez.* La jurisprudencia califica esta definición legal de imprecisa. Por todas, STS de 23/09/20, RCU 2800/18: (...) partiendo de tal insuficiencia normativa, el Tribunal Supremo más que cerrar y precisar la "definición legal", ha optado por la concreción negativa del término, en el bien entendido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de profesión habitual. Así, se ha admitido con rotundidad que la profesión habitual no es identificable con el "grupo profesional" STS 28/02/05 RCU 1591/04, pero que tampoco lo es con el "puesto de trabajo" o "categoría profesional" SSTS 27/04/05 RCU 998/04, 25/03/09 RCU 3402/07 y 26/10/16 RCU 1267/15.

previsión, la Ley 27/2011, de 1 de agosto apuntaba al *caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad*.

Del tenor literal del precepto, máxime a la vista de la exposición de motivos de la norma, cabría deducir una interpretación favorable a habitual, siempre que fueran distintas a las efectivamente desempeñadas.

Sin embargo, el TS, en su sentencia de 26 de abril de 2017, RCU 3050/2015, rechaza enérgicamente la compatibilidad de la pensión de IPT con funciones de la misma profesión y propugna una interpretación sistemática del precepto, apuntando que la reforma no afectó al concepto de IPT, siendo inadmisibles la coexistencia de dos conceptos de IPT, uno de aplicación general y otro a efectos de su compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados colectivos que, tienen garantizado en caso de IPT un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría. La conclusión es que los efectos económicos de la pensión de IPT se suspenden hasta el momento del cese en la segunda actividad¹⁸.

5.4. Algunas deficiencias de la regulación vigente.

La regulación vigente parte de la base de que el reconocimiento de la IPT implica la extinción de la relación laboral y por esa razón la acción protectora se concreta en el reconocimiento de una pensión vitalicia.

Sin embargo, tras la STJUE, la extinción solo se producirá si la empresa no acredita dificultades notables para el mantenimiento de la relación laboral, de tal manera que se va a reconocer y mantener el derecho a pensión, en mayor medida que antes, a quienes van a continuar en el ejercicio de la actividad laboral percibiendo el correspondiente salario¹⁹.

¹⁸ Esta contundencia al afrontar el concepto de profesión habitual y la incidencia de la segunda actividad desde la perspectiva del régimen de compatibilidad se quiebra cuando lo que se cuestiona es la calificación del grado de incapacidad permanente de policías que no están en situación de segunda actividad y postulan una IPT. Mientras la STS de 23/09/20 RCU 2800/18, en línea con la de 26/04/17 entiende que las dolencias del trabajador han de ponerse en conexión con su trabajo habitual de *ertzaina*, que englobaría las tareas que efectivamente se habían venido desempeñando, pero también las propias y menos exigentes de la segunda actividad, la STS de 07/03/23, RCU 903/20 apunta que *la posibilidad legal de que los ertzainas que sufren una disminución apreciable de sus facultades psíquicas o físicas puedan pasar a la situación administrativa de segunda actividad, no debe impedir que el actor, que no pasó a segunda actividad, tenga derecho al reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total cualificada si en la fecha del hecho causante tenía dolencias que le impedían desarrollar la totalidad de funciones de su profesión habitual de ertzaina*.

¹⁹ Salvo, como ya se ha apuntado, que la nueva actividad corresponda a la misma profesión que se ejercía al declararse la IPT.

Con independencia de ello, la delimitación de lo que se entiende por profesión habitual resulta muy rígida y no se aviene a las características del actual mercado de trabajo, en el que no es regla general el mantenimiento, prolongado o de por vida, de una profesión o actividad dada.

Amparado en *la imprecisa regulación legal del concepto de profesión habitual*, el TS ha llegado a reconocer una IPT en el Régimen General derivada de enfermedad profesional para una profesión que no se ejercía desde hacía décadas, cuando el trabajador, en el momento del hecho causante, estaba encuadrado en el Régimen especial de Trabajadores autónomos (RETA, en lo sucesivo), argumentando que había que estar a la profesión desempeñada, años atrás, cuando se contrajo la enfermedad profesional, enfermedad que no desencadenará su efecto incapacitante hasta mucho más tarde. (STS de 18/01/07, RCUUD 2827/05).

Es lógico considerar que, si se reconoce una IPT para una profesión que presenta exigencias físicas dadas, sus efectos deberían extenderse a otras profesiones que presentasen las mismas o mayores exigencias. Sin embargo, no hay amparo legal para tal conclusión, dada la delimitación normativa del concepto de profesión habitual y la vinculación a ella de la declaración de incapacidad permanente²⁰.

Como ya se ha apuntado, la actual regulación permite reconocer prestaciones de IPT para una profesión que ya no se ejerce a quienes se encuentran desempeñando otra distinta cuando se dicta la resolución administrativa que reconoce la pensión²¹.

²⁰ El INSS, en un principio, entendía que el reconocimiento del grado de incapacidad permanente total suponía la imposibilidad de ejercicio no sólo de la actividad habitual sino de cualquier otra que presentara unos requerimientos funcionales similares. No ha sido ese el criterio del Tribunal Supremo, para el que la declaración de incapacidad permanente total afecta tan sólo al ejercicio de la concreta profesión habitual y no autoriza a la Entidad Gestora a extender la incompatibilidad a cualquier otra profesión, sea cual fuere su contenido. Cabe citar las sentencias, ya antiguas, pero no contradichas por otras posteriores, de 17 de mayo de 2006, RCUUD 1571/05, 26 de noviembre de 2004, RCUUD 4266/03 y 13 de marzo de 2003, RCUUD 2943/02. En particular ésta última entiende razonable la tesis del INSS, pero constata que no existe norma alguna que permita a la Entidad Gestora, de oficio, acordar la suspensión de la prestación de incapacidad permanente total. Además, dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa.

Al INSS le quedarían dos caminos, según apunta la sentencia: la revisión de la incapacidad (sin suspender el abono de la pensión), ateniéndose a las causas que lo permiten y a los efectos que la propia decisión de revisión tenga, en el caso de que la misma proceda o bien solicitar que se deje sin efecto aquella prestación por la vía del art. 145 de la LPL. La entidad gestora ha asumido esa doctrina.

²¹ Siendo profesión habitual, en caso de accidente de trabajo es la que se desempeñaba al acaecer éste, resulta factible que se haya iniciado una nueva actividad, si la solución del caso se demora, particularmente en los casos de impugnación judicial de la resolución administrativa que denegó el grado de IPT.

Cabe también que se reconozca la IPT para el ejercicio de una profesión que no precisa de un aprendizaje complejo cuando se pueden adquirir sin dificultad habilidades para el desempeño de otra distinta²².

En sentido opuesto, puede reconocerse de acuerdo con la legislación actual una pensión de IPT a una persona que por su edad no está en disposición de ejercerla. Es el caso del deportista que en la etapa final de su carrera postula y obtiene una pensión vitalicia para su profesión habitual de futbolista profesional invocando una lesión que en todo caso ha podido anticipar, de manera poco significativa, el final de su actividad²³.

Un indicativo de la deficiente regulación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social en materia de incapacidad permanente lo constituye la ingente litigiosidad que genera.

Si atendemos a los últimos datos publicados, los correspondientes a 2022, y relacionamos las resoluciones del INSS en materia de incapacidad permanente con los pleitos que han afrontado los servicios jurídicos de la Seguridad Social, se constata que el INSS ha emitido 181.014 resoluciones en materia de IP y en dicho año se han iniciado 44.047 procedimientos judiciales sobre esa materia. Eso supone que el 24,33 % de las resoluciones del INSS en materia de IP acabaron en los juzgados, cuando, en materia de jubilación se impugnaron judicialmente 2.755, es decir, el 0,77%, de las 353.937 resoluciones dictadas y en materia de muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y favor de familiares), 1694, el 0,90 % de las 187200 dictadas.

Los procedimientos en materia de incapacidad permanente suponen el 52,92 % del total de los 86.413 procedimientos seguidos, en materia de Seguridad Social, ante la jurisdicción social. Si a los 44.047 pleitos en materia de IP adicionamos los 19.797 seguidos en materia de incapacidad temporal, resulta que los procedimientos en los que se valoran las incapacidades laborales suponen el 73,88 % del total.

En fase de recurso estos porcentajes se incrementan. De un total de 33.721 recursos de suplicación tramitados en 2022, 21.755 corresponden a Incapacidad Permanente, un 64,51 %.

²² A título de ejemplo, reconocimiento de una IPT por una dermatitis de contacto, que constituye una enfermedad profesional y no precisa por tanto periodo de carencia, a una peluquera de 20 años que podrá fácilmente formarse para el ejercicio de otra profesión

²³ El proyecto de la que luego sería ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, excluía la incapacidad permanente total a partir del cumplimiento de una determinada edad en aquellas profesiones cuyo ejercicio resultaba inviable a partir de la misma. Era una previsión lógica que, sin embargo, no salió adelante.

Por lo que se refiere al resultado de los pronunciamientos judiciales, en la Instancia, el 36 % de las sentencias reconocen un grado de incapacidad desestimado en vía administrativa o superior al reconocido. En el caso de los recursos de suplicación, el porcentaje es algo inferior pero significativo, en torno al 29 %. Por lo tanto, las probabilidades de ver reconocida una pensión vitalicia de incapacidad permanente en los juzgados son notables.

En realidad, no hay 50 órganos calificadoros de la incapacidad permanente (los equipos de valoración de incapacidades del INSS), sino más de 400, teniendo en cuenta los Juzgados de lo Social existentes en nuestro país (superan los 350) y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, formadas a su vez, en la generalidad de los casos, por varias secciones.

Cabe cuestionar el tratamiento fiscal de las pensiones de incapacidad permanente.

Las prestaciones de Seguridad Social están sujetas al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF en adelante), en cuanto rentas que sustituyen a las derivadas del trabajo. Es el caso de las pensiones de jubilación y de viudedad, de la prestación por desempleo o del subsidio de incapacidad temporal. Sin embargo, de acuerdo con el apartado f) del art. 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, están exentas del impuesto las prestaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

¿Qué motivo hay para que las pensiones de jubilación estén sujetas al IRPF y las de IPA no? En ambos casos compensan la pérdida de rentas salariales y el que dicha pérdida derive del cumplimiento de una edad o de unos menoscabos físicos debería carecer de relevancia a efectos del tratamiento fiscal.

Esta diferencia de tratamiento fiscal afecta al principio de igualdad de los pensionistas ante la ley y es un acicate para postular el reconocimiento de una incapacidad permanente en las edades próximas a la jubilación.

Finalmente, cabe afrontar el régimen de incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente, particularmente de las de IPT.

La regulación de esta materia es muy deficiente porque no existe una previsión de alcance general, sino una regulación de la incompatibilidad referida a cada Régimen (art. 163 TRLGSS, aplicable al Régimen General, art. 319 g, al RETA). En lo que ahora interesa, son incompatibles dos pensiones de incapacidad permanente con cargo a un mismo Régimen, pero no si son reconocidas por regímenes distintos.

Sobre este panorama ha incidido la STJUE de 30/06/22, C-625/20, concluyendo que es contraria al Derecho de la Unión, por incurrir en discriminación indirecta, una regulación que impide percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social.

El efecto de esta sentencia es que, hoy en día, es factible percibir dos pensiones de incapacidad permanente total dentro de un mismo régimen siempre y cuando, eso sí, se cumplan los requisitos para el acceso a cada una de ellas y no se computen doblemente unas mismas cotizaciones.

Teniendo en cuenta esta limitación la protección duplicada podrá alcanzarse con relativa facilidad si al menos una de las pensiones deriva de accidente sea o no de trabajo o de enfermedad profesional, supuestos en los que no resulta preciso un periodo de carencia²⁴.

La discriminación constatada por el TJUE puede ser solventada como lo ha hecho el Tribunal, dejando sin efecto la incompatibilidad de las dos pensiones de un mismo régimen, pero también adoptando la medida opuesta: extendiendo la incompatibilidad a las causadas en distinto régimen, de tal forma que las pensiones de incapacidad permanente causadas, tanto en uno como en más de un régimen de la Seguridad Social que coincidan en un mismo beneficiario sean incompatibles entre sí²⁵.

5.5. Principios para una nueva regulación de la acción protectora en materia de incapacidad permanente.

De lo hasta ahora dicho se deduce qué principio debe inspirar la regulación legal: el de la recuperación profesional del trabajador afecto de limitaciones físicas que inciden en su capacidad de trabajo, dada su condición de discapacitado. Así lo imponen la Directiva, la Convención y la LGDPD.

²⁴ Si las dos pensiones derivan de enfermedad común, no parece posible la compatibilidad, pues el cálculo de la base reguladora tiene en cuenta la totalidad de la vida laboral del trabajador, así como los años que le faltan para alcanzar la edad ordinaria de jubilación, de acuerdo con el art. 197 TRLGSS.

²⁵ Salvo que, en este último caso, se causen simultáneamente en los supuestos de ejercicio paralelo de dos actividades profesionales. Si estas actividades dieran lugar a la integración en un mismo régimen, se produciría una situación de pluriempleo y, aun cuando se reconocería una única pensión, todas las cotizaciones se tendrían en cuenta para el cálculo de su importe. En lógica correspondencia si las actividades simultáneamente desempeñadas suponen el encuadramiento en dos regímenes distintos, cabe reconocer dos pensiones de IPT, una en cada régimen, pero no si, tras la declaración de una IPT en un régimen, se inicia otra distinta con encuadramiento en distinto régimen y con el tiempo se acaba reconociendo con cargo a éste una nueva IPT. En este caso, el trabajador debería optar por una u otra.

La aplicación de este principio produce determinados efectos o consecuencias. En particular, dos. En primer lugar, las prestaciones recuperadoras deben volver a integrar la acción protectora del Sistema y, en segundo término, constituir una alternativa a las de naturaleza económica.

Si la regulación legal se ajustara al principio de integración laboral del discapacitado, sería preciso modificar en paralelo la regulación de los grados de incapacidad permanente.

Existe un consenso generalizado sobre la carencia de justificación de la incapacidad permanente parcial. Procederá, en su caso, una adaptación del puesto de trabajo o de las condiciones de su desempeño, al objeto de que su ejercicio no resulte más penoso, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 31/95, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

La gran invalidez no es un grado de incapacidad permanente propiamente dicho porque se define en función de parámetros ajenos a la capacidad laboral. Debe ser protegida, pero no por medio de una prestación contributiva de incapacidad permanente, sino en el ámbito de la Ley 26/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. En este caso sí está justificada una regulación unitaria, tanto en su contenido como en la norma aplicable.

El grado de incapacidad absoluta tampoco debería ser mantenido, por la incoherencia de su configuración y denominación con la compatibilidad con el trabajo que reconoce, según ya hemos visto, el art. 198.2 TRLGSS y consagran la LGDPD, la Directiva y la Convención. El trabajador afecto de IPA es, en igual medida que el tributario de IPT, un discapacitado con derecho a la integración laboral.

Lo lógico, en consecuencia, sería contemplar un único grado de incapacidad permanente, la incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo de la profesión habitual. No se trata de una ocurrencia novedosa. Es la fórmula que contemplaba el extinto SOVI. Nada nuevo bajo el sol en cualquier aspecto de la realidad, incluido el jurídico.

El reconocimiento de este grado de Incapacidad Permanente determinaría, en primer término, como apunta la STJUE objeto de comentario, la obligación del empresario de readaptar el puesto de trabajo o reubicar al trabajador. En este caso, no procedería reconocer prestación alguna.

Si el mantenimiento de la relación laboral no fuera posible, procede valorar las posibilidades de recuperación profesional y, de ser esta factible, la protección consistiría,

como ya se ha apuntado, en el seguimiento de un programa de rehabilitación y recuperación profesional y el abono del correspondiente subsidio durante su desarrollo.

Finalmente, solo en el caso de que la recuperación no se percibiera como viable, se reconocería el derecho a una prestación económica. Su importe no debería cuantificarse en función de un porcentaje fijo para todos los casos y podría mantenerse, aunque no en su integridad, si el pensionista llegara a desempeñar una actividad laboral.

Este enfoque armoniza las regulaciones de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social y de los derechos de los discapacitados y permitirá ajustar el excesivo porcentaje que representan las pensiones de incapacidad permanente en el conjunto del Sistema.

Su impacto desborda los límites de lo razonable, por más que estadísticamente no se vislumbre porque las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de 65 años, pasan a denominarse pensiones de jubilación (art. 204 TRLGSS).

Para conocer el dato real de pensiones vigentes de incapacidad permanente hay que adicionar a las que aparecen en las estadísticas oficiales, las que se están abonando a los pensionistas de incapacidad permanente que han cumplido los 65 años y que *han cambiado de nombre*. Paralelamente, hay que detraerlas de los datos correspondientes las pensiones de jubilación.

La incapacidad permanente no debe de ser el refugio de otras situaciones de necesidad, como el desempleo, o el remedio a situaciones de insatisfacción laboral o personal.

ADENDA

Ya en prensa este artículo, se ha publicado una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, adoptada en pleno, a la que hay que hacer referencia. Se trata de la sentencia de 11/04/24, RCUD 197/23, cuya relevancia estriba en que la Sala revisa su doctrina vigente desde los años 80 en materia de compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con el trabajo y concluye que los trabajos compatibles con estas prestaciones son únicamente aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social y, en manera alguna, los que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social.

La sentencia va más allá del supuesto litigioso decidido, referido a un trabajador afecto de gran invalidez y sienta una regla general de incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente, cualquiera que fuere su grado, con la actividad que el beneficiario venía desempeñando, *pues no hay que olvidar que la pensión de Incapacidad Permanente se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la actividad profesional del trabajador, por lo que entre éste y aquélla existe una incompatibilidad esencial.*

La sentencia plantea abiertamente un cambio de enfoque en la regulación de la acción protectora de la incapacidad permanente:

Si en las actuales circunstancias sociales, las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían.

Por último, el sistema de protección social en general y las políticas de asistencia social, en particular, poseen y deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidades para el trabajo, a través de programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales, sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos, incluidos en el ámbito de la seguridad social que permiten la obtención regular de rentas derivadas del trabajo.

Nuestro legislador debe afrontar una reforma legal del art. 49.1 e) TRLET para acomodar sus efectos a la doctrina del TJUE, pero esta actuación no debe limitarse al estricto ámbito laboral, porque incide de manera directa en el régimen jurídico de la protección por incapacidad permanente y, particularmente, en la regulación de la compatibilidad de la pensión de Seguridad Social con el desempeño del puesto adaptado o las nuevas funciones asignadas. El Tribunal Supremo, en esta sentencia, señala con nitidez la senda a seguir.